

# La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como instrumento con valor jurídico de Tratado.<sup>1</sup>

Joaquín Sarrión Esteve<sup>2</sup>

Universidad Nacional de Educación a Distancia.

## SUMARIO

1. Introducción
2. La utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento con fuerza jurídica.
3. Conclusiones
4. Bibliografía

## 1. Introducción.

En materia de tutela de derechos fundamentales<sup>3</sup> en el ámbito de la Unión Europea (UE), uno de los protagonistas indiscutibles es el Tribunal de Justicia<sup>4</sup>, que ha

---

<sup>1</sup> Este trabajo es una parte actualizada de un trabajo anterior que bajo el título “Algunas reflexiones sobre el Tribunal de Justicia” se expuso en el I Congreso Internacional “Constitucionalismo Multinivel: Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales”, celebrado en Bruselas los días 2, 3 y 4 de marzo de 2011.

<sup>2</sup> [jsarrion@der.uned.es](mailto:jsarrion@der.uned.es)

<sup>3</sup> No queremos entrar en exceso en las disquisiciones doctrinales sobre el concepto de “derechos fundamentales” y sus concepciones, así como de la distinción con el concepto de “derechos humanos”. No obstante, es necesario delimitar el sentido que le damos a estos términos en estas líneas. Baste decir que damos por buena la distinción que hace DÍEZ PICAZO para su uso, en el sentido de que la diferencia se basaría “en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos.” El Derecho comunitario se incardina en el Derecho internacional; sin embargo, dada las peculiaridades de la Unión Europea, es común usar la expresión “derechos fundamentales”. Vid. DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos Fundamentales*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2005, p. 389.

<sup>4</sup> El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) cambia de denominación con la entrada en vigor del tratado de Lisboa, puesto que el art. 221 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) párrafo primero queda derogado, y sustituido en sustancia por el art. 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE), cuyo párrafo primero fija como nueva denominación para el Tribunal de Justicia, el de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). A lo largo del texto nos referimos al mismo, en general, simplemente como Tribunal de Justicia.

contribuido, y contribuye, a la construcción de un sistema de protección de los derechos fundamentales en dicho ámbito.<sup>5</sup>

Entendemos que la construcción de un sistema de protección de los derechos fundamentales en la UE exige unos criterios claros de interrelación con los sistemas de protección de derechos fundamentales nacionales, e incluso con el sistema del Consejo de Europa.<sup>6</sup>

En cualquier caso, en nuestra opinión, actualmente la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia presenta cuatro retos importantísimos: a) los conflictos entre las libertades económicas fundamentales y los derechos fundamentales;<sup>7</sup> b) la tutela de los derechos fundamentales en la UE frente al Derecho Internacional;<sup>8</sup> c) los condicionantes derivados del ámbito del Derecho de la Unión y de

---

<sup>5</sup> Ciertamente es discutible que se pueda hablar, en sentido estricto, de un sistema de protección de derechos humanos en la Unión Europea, puesto que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, no existía un catálogo de derechos que tuviera carácter vinculante, ni mecanismos específicos de protección de los mismos. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): La Obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, en BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 196.

Por otro lado, es indudable que la tutela “pretoriana” o “casuística” que ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia en el marco del llamado proceso de “constitucionalización” de la Unión Europea ha contribuido a su construcción, que quizá es un proyecto inacabado, pero que estamos viviendo. Sobre dicha “constitucionalización”, permítaseme remitir al trabajo SARRIÓN ESTEVE, J., “La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2007, pp. 631-646.

<sup>6</sup> Ahora bien, para solucionar estos eventuales problemas de interrelación y convivencia inter-sistemas, la doctrina ha aportado fundamentalmente dos soluciones: una opción maximalista, es decir, de optar el máximo estándar de protección, y la solución pluralista. Sobre esta cuestión, permítaseme remitir a mi trabajo SARRIÓN ESTEVE, J., “El Pluralismo constitucional en la Unión Europea: ¿una construcción artificial?”, *CefLegal Revista Práctica del Derecho*, nº 124, 2011, [www.celegal.com](http://www.celegal.com), donde planteo los problemas del pluralismo y la conveniencia de estudiar y desarrollar la opción maximalista. No obstante, sin duda una próxima adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos podrá facilitar la relación con el sistema de Estrasburgo.

<sup>7</sup> En efecto, la función de garante de los derechos fundamentales del Tribunal de Justicia se evidencia de forma más nítida cuando el mismo resuelve conflictos entre derechos fundamentales y las cuatro libertades económicas originarias. Sobre esta cuestión, remito las reflexiones manifestadas en el trabajo SARRIÓN ESTEVE, J., “Social rights protection problems in conflicting situations with market freedoms in European Union Law”, *Revista Universitaria Europea*, nº3, 2010, pp. 85-102.

<sup>8</sup> Esto se manifiesta en la necesaria tutela de los derechos fundamentales frente la regulación que se aprobó en la UE para posibilitar dar cumplimiento a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Vid. a este respecto: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos C-402/05, y C-415/05; y

la competencia del Tribunal de Justicia;<sup>9</sup> y d) la utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento con fuerza jurídica.

En este pequeño trabajo vamos a intentar acercarnos al último de ellos.

## **2. La utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento con fuerza jurídica.**

A partir del 1 de diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adquirió fuerza jurídica con un valor jurídico equivalente al Tratado;<sup>10</sup> lo que ha generado un nuevo horizonte constitucional en la Unión Europea.<sup>11</sup>

El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa era el de una fuente cognitiva a efectos de la protección de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se pueden ver las sentencias *Parlamento c. Consejo* (2006),<sup>12</sup> *Unibet* (2007),<sup>13</sup> *Viking* (2007),<sup>14</sup> *Laval* (2007),<sup>15</sup> y *Dynamic Medien* (2008).<sup>16</sup>

---

Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea*, asunto T-85/09.

<sup>9</sup> No podemos obviar que la garantía de los derechos fundamentales que pueda ejercer el Tribunal de Justicia dependerá de dos “circunstancias”: que estemos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea; y de que tenga competencia para ello. Vid. MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 133.

<sup>10</sup> Es relevante precisar que la Carta ha tenido diversas versiones. Se adopta en el Consejo de Niza a través de una Declaración de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de 7 de diciembre de 2000. Sobre dicho texto hubo mucha discusión doctrinal sobre si gozaba o no de valor jurídico. En cualquier caso, posteriormente la Carta fue adaptada para su inclusión en el fallido proyecto de Tratado constitucional, y posteriormente nuevamente adaptada, en una versión que se proclama el 12 de diciembre de 2007 y que es la que adquiere fuerza jurídica equivalente al Tratado. Esta versión de la Carta fue aprobada por el Parlamento europeo el 29 de noviembre de 2007 (P6\_TA-prov(2007)0573, A6-0445(2007)), y proclamada y firmada por las tres instituciones, el 12 de diciembre de 2007, y publicada en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 2007. (DOUE C 303/01 de 14 de diciembre de 2007).

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión, permítaseme remitir a mi trabajo SARRIÓN ESTEVE, J., “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales”, *Ceflegal Revista Práctica de Derecho*, nº 121, 2011, [www.celegal.com](http://www.celegal.com)

<sup>12</sup> Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, C-540/03, apartado 38.

<sup>13</sup> Sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, apartado 37.

<sup>14</sup> Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Worker's Federation y Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, C-438/05, apartados 43 y 44

Sin embargo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de citar la Carta y considerar su fuerza jurídica en múltiples ocasiones.<sup>17</sup>

Hay que dedicar una especial atención a la sentencia *Kücükdeveci* (2010)<sup>18</sup>, donde el principio de no discriminación en base a la edad, tal y como se concreta en la Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 2000 (2000/78/CE) que establece un marco general para la igualdad de tratamiento en materia de ocupación y condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que impide que una normativa nacional relativa al despido no tenga en cuenta el período de trabajo completo antes de que el trabajador haya cumplido la edad de 25 años para el cálculo de la duración del preaviso de despido.

Alguna doctrina ha considerado que esta sentencia sería relevante en la perspectiva de una justicia constitucional europea.<sup>19</sup> Sin entrar en dicha cuestión, nos parece que lo interesante realmente es destacar como la sentencia, tras recordar que el

---

<sup>15</sup> Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartados 90 y 91.

<sup>16</sup> Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, apartado 41.

<sup>17</sup> Entre otras, y sin ánimo de ser exhaustivos, comenzando por la sentencia de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, sobre discriminación en base a la edad, en la que por primera vez se refiere a su valor jurídico tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; de 1 de julio de 2010, *Povse*, C-211/10, sobre el reconocimiento de decisiones que establecen el retorno de un menor transferido ilegalmente que refiere el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales; de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips c. Comisión*, C-407/08 P; de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, C-550/07 P, sobre la tutela del secreto de las comunicaciones, que cita la Carta; de 16 de septiembre de 2010, *Zoi Chatzi*, C-149/09, que utiliza la Carta como parámetro de legitimidad de un acuerdo marco; de 5 de octubre de 2010, *J.McB*, C-400/10 PPU, sobre los derechos del niño y el derecho al respeto a la vida familiar, que utiliza la Carta para la interpretación del Reglamento 2201/2003, en materia de responsabilidad parental; de 14 de octubre de 2010, *Günter Fub*, C-243/09 y de la misma fecha, *Union Syndacales Solidaires Isère*, C-243/09, ambas sobre la tutela de la salud y de los trabajadores y la duración máxima de la jornada semanal; de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eiffert y Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, en la que utiliza la Carta de los Derechos Fundamentales como parámetro de validez de los actos comunitarios; de 22 de diciembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, sobre tutela judicial efectiva, interpretando que el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales; de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, en el ámbito del espacio de libertad y justicia, sobre ejecución de sentencias de custodia de menores; y de 22 de diciembre de 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, C-208/09, sobre la rectificación de apellidos de una ciudadana austríaca residente en Alemania.

<sup>18</sup> Sentencia *Kücükdeveci*, C-555/07, ya citada.

<sup>19</sup> SCARABBA, V., “La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”, en [www.europeanrights.com](http://www.europeanrights.com).

Tribunal había reconocido la existencia de un principio de no discriminación por razón de edad que debe considerarse como un principio general del Derecho de la Unión, tal y como había considerado en *Mangold* (2005)<sup>20</sup> y la Directiva 2000/78 lo concretaría.<sup>21</sup> A continuación afirma que el art. 6.1 TUE “establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados” prohibiéndose toda discriminación, y en particular al ejercida por razón de la edad en el art. 21.1 de la misma.<sup>22</sup>

De la misma cabe apreciar cómo, efectivamente, y tal y como se había apuntado, la Carta de los Derechos fundamentales es utilizada por el Tribunal de Justicia como instrumento con fuerza jurídica y que sirve de fuente de los derechos fundamentales; lo que no excluye que siga refiriéndose a su jurisprudencia y al reconocimiento de los mismos como principios generales del Derecho de la Unión. Esto posibilitaría que el Tribunal de Justicia tutelara en el futuro nuevos derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, que no estén expresamente previstos en la Carta.<sup>23</sup>

En la sentencia *Knauf Gips* (2010)<sup>24</sup> insiste en que “con arreglo al artículo 6 TUE, apartado “ (...) tiene el mismo valor jurídico que los Tratados”, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma debería estar previsto en la ley.<sup>25</sup>

La Abogado General KOKOTT, entiende estas dos sentencias en el sentido que la Carta de los Derechos fundamentales contendría un resumen de los derechos fundamentales garantizados en la Unión.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, apartado 75.

<sup>21</sup> Apartado 21.

<sup>22</sup> Apartado 22.

<sup>23</sup> Y probablemente también posibilitará que el Tribunal de Justicia tutele los derechos fundamentales que contiene la Carta como principios generales del Derecho de la Unión respecto de los Estados miembros que han ejercido el *opt-out* con sus respectivos Protocolos relativos a la aplicación de la Carta.

<sup>24</sup> Sentencia *Knauf Gips c. Comisión*, C-407/08 P, ya citada.

<sup>25</sup> Apartado 91.

<sup>26</sup> Conclusiones de la Abogado General Juliane KOKOTT presentadas el 30 de septiembre de 2010, asunto C-236/09, apartado 28.

En la sentencia *Volker und Markus Schecke GbR (2010)*<sup>27</sup>, utiliza la Carta de los Derechos Fundamentales como parámetro de validez de los actos comunitarios, en este sentido, exigiendo que las instituciones comunitarias “antes de divulgar información sobre una persona física, las instituciones comunitarias están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus acciones y, por otra, la lesión de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la carta.” No cabiendo “atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal”.<sup>28</sup>

Interpreta el art. 52.1 de la Carta en el sentido de que reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que “tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, respetando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”;<sup>29</sup> y al tratarse del caso particular de los derechos a la vida privada en lo referente al tratamiento de datos de carácter personal, que consta en el CEDH, su sentido y alcance será igual al que le confiere el Convenio en virtud del art. 52.3.<sup>30</sup>

Por su parte, la sentencia *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft (2010)*<sup>31</sup> sobre tutela judicial efectiva de las personas jurídicas y la asistencia jurídica gratuita, entiende que el principio de tutela judicial efectiva

---

<sup>27</sup> Sentencia *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eiffert y Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, ya citada.

<sup>28</sup> Apartado 85.

<sup>29</sup> Apartado 50.

<sup>30</sup> Apartados 51 y 52. Son interesantes, por otro lado, las recientes Conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN (asunto C-120/00) presentadas el 17 de febrero de 2011, asunto C-120/00, sobre un asunto de contaminación acústica y medio ambiente, en las que señala (apartado 78) que la vinculación que el art. 52.3 de la Carta establece con respecto al CEDH para los derechos contenidos en la Carta que correspondan al mismo, esto es, que su sentido y alcance serán iguales a los que confiere el CEDH, debe interpretarse conforme a la explicación sobre dicha disposición que no el alcance y sentido de los derechos de la Carta no quedará determinado “únicamente por el texto del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del TEDH” pero además, y conforme al art. 52.3 segunda frase, ello no obstará “a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa” si bien “impide, a contrario, la adopción de medidas menos protectoras”.

<sup>31</sup> Sentencia *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, ya citada.

consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales debe interpretarse en el sentido de que no excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que la puedan disfrutar de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, corresponde al juez nacional comprobar si los requisitos exigidos para la concesión de la misma constituyen una limitación del acceso a los tribunales que afecte a la esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y existe relación razonable de proporcionalidad, pudiendo tomar en consideración la situación de las personas jurídicas, su forma jurídica y si tiene o no ánimo de lucro y sus recursos económicos.

La sentencia *Janko Rottman* (2010)<sup>32</sup>, en la que el Tribunal de Justicia decide controlar una decisión revocatoria de la naturalización de la nacionalidad de un ciudadano de la Unión, en la medida en que puede afectar a los derechos conferidos y tutelados en el Derecho de la Unión, ha supuesto “un afianzamiento de la ciudadanía europea como estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”.<sup>33</sup>

No obstante, quizá la sentencia *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht* (2010)<sup>34</sup> podría verse como un alto en el camino de ese afianzamiento, todo y que parece que el Tribunal de Justicia entiende ajustada una normativa local que reserva la comercialización de estupefacientes en los *coffee shop* a los residentes en los Países Bajos.

Esta sentencia analiza la cuestión de si el gestor de un *coffee shop* podía invocar los arts. 12, 18, 29 o 49 TCE para oponerse a una normativa municipal que prohibía la admisión en establecimientos, como el suyo, de personas no residentes en los Países Bajos, a lo que contesta en sentido negativo; y entiende a que si bien dicha prohibición constituye una restricción a la libre prestación de servicios estaría justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

---

<sup>32</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08.

<sup>33</sup> En este sentido se expresa MAGALLÓN ELÓSEGUI en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.), y otros “Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, 2010, p. 199.

<sup>34</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, asunto C-137/09.

El fundamento de la decisión de la imposibilidad de invocar las libertades y el principio de no discriminación por el gestor de un *coffee shop* parece estar en que los estupefacientes que no se encuentran en un circuito controlado por las autoridades competentes para su uso con fines médicos y científicos están comprendidos en la prohibición de importación y puesta en circulación en todos los Estados miembros.<sup>35</sup>

Sin embargo, siendo cierta la prohibición no lo es menos que la legalidad de la comercialización de dichos estupefacientes en los *coffee shops* en Maastrich lo convierte en una actividad comercial legal allí, y que la restricción del acceso a los mismos, entendemos, no sólo constituye una restricción a la libre prestación de servicios, sino también a la libre circulación de personas que corresponde a todo ciudadano comunitario suponiendo además una discriminación por razón de nacionalidad muy discutible. Cuestión diversa sería razonar que no es el gerente del *coffee shop* el que debería invocar estos derechos, sino los no residentes en los Países Bajos que ven restringido su derecho de acceso a los *coffee shops*.

Si un Estado miembro puede restringir la los servicios prestados de forma legal en su Estado miembro a ciudadanos no residentes, amparándose en la atracción que suponen para los ciudadanos no residentes, en un futuro no muy lejano quizá el Reino Unido y otros países como España donde se lleva a cabo de forma legal la interrupción del aborto, podrían prohibir su prestación a no residentes; o en el caso de España, la celebración de bodas por cónyuges del mismo sexo también a no residentes en dicho país.

En la relevante sentencia *Sayn Wittgestein* (2010)<sup>36</sup> en la que el Tribunal tiene oportunidad de pronunciarse sobre un conflicto entre la libre circulación de personas, el derecho a la vida privada y familiar, y el principio constitucional a la igualdad vinculado a la identidad republicana de Austria, en el ámbito de la prohibición de la inscripción y utilización de apellidos nobiliarios por la legislación austríaca.

---

<sup>35</sup> Apartados 41 y ss. de la sentencia.

<sup>36</sup> Sentencia *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, C-208/09, ya citada.



Tras el fin de la Primera Guerra Mundial, la nueva República de Austria abolió la nobleza y los privilegios vinculados a la misma, como ocurrió también en Alemania, pero con una diferencia, pues en Austria la prohibición extendía también al uso de partículas de carácter nobiliario “von” y “zu”, a diferencia de lo que ocurría en Alemania.

Una ciudadana austríaca que vivía en Alemania fue adoptada por un ciudadano alemán en dicha situación, y conforme al Derecho alemán adquirió el apellido de “Fürstin von Sayn-Wittgestein” . Si bien la misma vive y ejerce su actividad profesional esencialmente en Alemania, también la realiza fuera de dicho Estado interviniendo en la venta de castillos y casas solariegas.

Además, se le expidió un permiso de conducción en Alemania con dicho nombre y creó una sociedad en Alemania con el mismo. En Austria se asentó con dicho apellido en el registro Civil, y además se le renovó el pasaporte austriaco le fue renovado al menos una vez durante el 2001, y le fueron expedidos dos certificados de nacionales, y en todos los documentos constaban dicho nombre.

El Tribunal Constitucional austríaco dictó una sentencia de 27 de noviembre de 2003 en la que resolvió una situación similar declarando que la Ley de abolición de la nobleza, que gozaba de rango constitucional, aplicaba en este ámbito el principio de igualdad, e impedía por lo tanto a un ciudadano austríaco adquirir un apellido que incluyera un antiguo título nobiliario, por medio de la adopción de un ciudadano alemán que lo ostenta legalmente; puesto que en virtud de dicha ley de abolición los austríacos no estarían autorizados a utilizar títulos nobiliarios, incluidos los que tengan origen extranjero.

A raíz de dicha sentencia, una resolución administrativa rectificó la inscripción del apellido de la interesada, eliminando los elementos nobiliarios. Esta resolución fue recurrida, alegando vulneración de la libre circulación de personas al tener que usar apellidos diferentes en diferentes Estados miembros, así como el derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el art. 8 del CEDH

Y el *Verwaltungsgerichtshof* que conoce del recurso judicial plantea la cuestión prejudicial, planteando si el art. 21 TFUE se opone a una legislación en cuya conformidad “las autoridades competentes de un Estado miembro pueden negarse a reconocer el apellido de un adoptado (adulto), determinado en otro Estado miembro en la medida en que el mismo contiene un título nobiliario no admitido por el Derecho (constitucional) del primer Estado miembro?”<sup>37</sup>

El Tribunal sigue los pasos de la Abogado General SHARPSTON<sup>38</sup>, y comienza por observar que la situación de la demandante entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, dado que si bien las normas que rigen el apellido de una persona y el uso de título nobiliario son competencia de los Estados miembros, deben respetar el Derecho de la Unión al ejercer dicha competencia recordando las sentencia *Grunkin y Paul*.

La demandante es nacional de un Estado miembro y en como ciudadana de la Unión ejerce su derecho a la libre circulación y residencia en otro, pudiendo invocar dichas libertades reconocidas por el art. 21 TFUE; y como ejerce en Alemania una actividad profesional de prestación de servicios a destinatarios de uno o más Estados miembros, también puede invocar as libertades reconocidas en el art. 56 TFUE.<sup>39</sup>

La cuestión a resolver planteada por el órgano jurisdiccional remitente es “si razones de índole constitucional pueden autorizar a un Estado miembro a no reconocer en todos sus elementos el apellido obtenido por uno de sus nacionales en otro Estado miembro y no saber si el hecho de no reconocer un apellido adquirido legalmente en otro Estado miembro constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios”<sup>40</sup>

La respuesta del Tribunal de Justicia parte del reconocimiento de que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad, y vida privada, quedando protegido por el art. 7 de la Carta de los derechos Fundamentales, y el art. 8

---

<sup>37</sup> Apartado 35 de la Sentencia.

<sup>38</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor SHARPSTON presentadas el 14 de octubre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*.

<sup>39</sup> Apartados 37, 38, y 39 y 40.

<sup>40</sup> Apartado 41.

del CEDH, que si bien no lo menciona de forma expresa lo incluye conforme a la jurisprudencia el TEDH.<sup>41</sup>

Además de afectar a este derecho fundamental, lo hace también respecto al derecho de circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro.<sup>42</sup>

Recuerda el tribunal de Justicia su doctrina sobre los problemas derivados de los apellidos diferentes, constatando que declaró incompatible con el Tratado una legislación que obligaba una persona a usar apellidos deferentes en estados miembros diferentes, cuando un menor tiene la nacionalidad de ambos, pudiendo encontrar el interesado dificultades ligadas a los diplomas, certificados y otros documentos (sentencia *Garcia Avello*). Dificultades que también podrían derivarse cuando el menor afectado únicamente tiene la nacionalidad de un Estado miembro, pero éste se niega a reconocer el apellido adquirido por el menor en el Estado de nacimiento y residencia (sentencia *Grunkin y Paul*).<sup>43</sup>

El Tribunal señala que el apellido de la demandante figura en único registro civil, el austríaco, y que sólo las autoridades austriacas pueden expedirle documentos oficiales como el pasaporte o el certificado de nacionalidad, por lo que no habría posibilidad de conflicto con registro civiles de otros Estados miembros u otros documentos oficiales no expedidos por Austria.<sup>44</sup>

En el caso concreto, a la demandante se le expidió un pasaporte con el nombre de “Fürstin von Sayn-Wittgestein” por las autoridades consulares austriacas en Alemania, utilizando dicho nombre durante quince años, y habiéndosele expedido en Alemania un permiso de conducir con dicho nombre e inscribiendo en el mismo país una sociedad con el mismo,<sup>45</sup> siendo posible que haya dejado muchos rastros formales en Alemania (asume aquí las reflexiones de la Abogado General en el apartado 44 de sus

---

<sup>41</sup> Apartado 52. Se refiere a las SSTEDH *Burghartz c. Suiza*, de 22 de febrero de 1994, y *Stjerna c. Finlandia*, de 25 de noviembre de 1994.

<sup>42</sup> Apartados 53 y 54.

<sup>43</sup> Apartado 56.

<sup>44</sup> Apartado 60.

<sup>45</sup> Apartado 62.

Conclusiones, que razonaba la posibilidad de que la demandante hubiera sido inscrita por las autoridades alemanas como residente extranjera, y haya estado afiliada a la Seguridad Social, o abierto en Alemania cuentas bancarias y celebrado contratos con dicho nombre).<sup>46</sup>

Siendo el apellido “Fürstin von Sayn-Wittgstein” un único apellido compuesto en Alemania, con varios elementos, pueden surgir confusión e inconvenientes por la discrepancia en cuanto se apliquen distintos apellidos a una misma persona;<sup>47</sup> concluyendo que sí constituye un inconveniente grave para la demandante la modificación de sus rastros formales,<sup>48</sup> y por ello cada vez que deba acreditar su identidad o su apellido en Alemania, que es su Estado de residencia “corre el riesgo de tener que disipar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido, rectificado, que figura en sus documentos de identidad austriacos y el apellido que ha utilizado desde hace quince años en la vida cotidiana, que ha sido reconocido en Austria hasta la rectificación en cuestión (...)”.<sup>49</sup>

Si bien el riesgo puede no ser tan grave como los que puede acceder el menor de que trataba la sentencia *Grunkin y Paul*, constituye una circunstancia que puede obstaculizar el ejercicio de su derecho del art. 21 TFUE;<sup>50</sup> en consecuencia constituye una restricción a las libertades reconocidas en dicho artículo la negativa a reconocer su apellido, en todos sus elementos.<sup>51</sup>

No obstante, considera que esta restricción de la libertad de circulación y residencia estaría justificada, al entender que la invocación del Gobierno austriaco en referencia a la historia constitucional austriaca y la Ley de Abolición de la nobleza como elemento de la identidad nacional, debe interpretarse como una invocación del orden público;<sup>52</sup> y si bien ésta debe interpretarse en sentido estricto para que un Estado

---

<sup>46</sup> Apartado 63.

<sup>47</sup> Apartados 64 y 65.

<sup>48</sup> Apartado 67.

<sup>49</sup> Apartado 68.

<sup>50</sup> Apartado 70.

<sup>51</sup> Apartado 71.

<sup>52</sup> Apartados 83 y 84.

miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control de las instituciones europeas, pudiendo invocarse sólo “en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” recordando la sentencia *Omega*.<sup>53</sup>

A continuación constata, que las circunstancias que pueden justificar el recurso al orden público “pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra” por lo que “hay que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado”,<sup>54</sup> y teniendo en cuenta la alegación del gobierno austríaco de que la Ley de abolición de la nobleza constituye una aplicación del principio de igualdad,<sup>55</sup> cuyo respeto como principio general del derecho es una de las finalidades del ordenamiento jurídico de la Unión,<sup>56</sup> y que como ya había declarado en *Omega*, “no es indispensable que la media restrictiva adoptada (...) corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido”.<sup>57</sup>

Ahora bien, de conformidad también con la doctrina *Omega*, el hecho que “un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia”.<sup>58</sup>

Por tanto se dispone a controlar la proporcionalidad y adecuación de la limitación. Teniendo en cuenta que conforme al art. 4 TFUE, apartado 2, la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, como la forma republicana, “no parece desproporcionado que un Estado miembro pretenda garantizar el objetivo de preservar el principio de igualdad prohibiendo la adquisición, posesión o uso por sus ciudadanos de títulos nobiliarios o elementos nobiliarios que pudieran hacer creer a la

---

<sup>53</sup> Apartado 86.

<sup>54</sup> Apartado 87.

<sup>55</sup> Apartado 88.

<sup>56</sup> Apartado 89.

<sup>57</sup> Apartado 91.

<sup>58</sup> Apartado 91.

persona que los usa que ostenta tal honor nobiliario;<sup>59</sup> por lo que razona que no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre circulación y la libre residencia de los ciudadanos de la Unión.<sup>60</sup>

Y termina concluyendo que las autoridades nacionales podrían negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional, tal y como fue terminado en otro Estado miembro, cuando dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primero, conforme a su Derecho constitucional “siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias al objetivo legítimamente perseguido”.<sup>61</sup>

En definitiva, deja la decisión sobre la apreciación, en última instancia, de la proporcionalidad y adecuación de la restricción al juez nacional.

Esta sentencia, en línea con *Omega* refuerza el acento constitucional en la medida en que ya no son sólo los derechos fundamentales de un Estado miembro los que se ponderan con las libertades del mercado, sino también un principio constitucional que define la identidad constitucional de un Estado miembro.

En el caso concreto se trata del principio de igualdad vinculado a la identidad republicana de Austria y la abolición de los títulos y privilegios nobiliarios, incluidos los nombres nobiliarios. Como se puso de manifiesto, este principio era la base de la prohibición en Austria de que sus nacionales ostenten y utilicen nombres o apellidos que contengan elementos nobiliarios en aras de garantizar una auténtica igualdad entre todos los ciudadanos del país.

Esta prohibición puede afectar a derechos fundamentales como el derecho a la vida privada, y a libertades fundamentales del mercado como el derecho a la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios.

No obstante, se aprecia como el Tribunal de Justicia, a pesar de reconocer los perjuicios derivados de esa prohibición a la demandante, que había utilizado durante 15

---

<sup>59</sup> Apartado 93.

<sup>60</sup> Apartado 94.

<sup>61</sup> Fallo de la sentencia.

años el apellido nobiliario del padre alemán que la había adoptado, incluso para realizar una actividad económica (consistent, en particular, en la de compraventa de castillos y casas solariegas); considera que un Estado miembro puede mantener dicha prohibición de conformidad a su Derecho constitucional, siempre que las medidas estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido.<sup>62</sup>

Así, deja la decisión sobre la proporcionalidad y adecuación de la restricción al juez nacional, si bien por los razonamientos que lleva a cabo es evidente que entiende ajustada la medida. En nuestra opinión el Tribunal de Justicia no pondera de una forma adecuada los perjuicios derivados de la medida respecto de la interesada, puesto que le afectan de una manera notable, no sólo a su vida privada y familiar; sino también a la actividad económica que realiza con dicho nombre.

En este sentido, se echa en falta una mayor consideración por las circunstancias concretas del caso en particular, que podrían haber llevado al Tribunal a razonar que de forma general la limitación justificada en el Derecho constitucional austríaco, sería ajustada al Derecho de la Unión, pero que en este caso concreto los perjuicios derivados de la modificación de un apellido que se ha estado utilizado legalmente y de buena fe durante 15 años (y que constata el propio Tribunal de Justicia) deberían motivar que no se hiciera pechar a la interesada con los mismos, y por tanto que se le permitiera la utilización de su apellido y circular libremente con él en la UE.

### **3. Conclusiones generales.**

El Tribunal de Justicia sigue desarrollando un sistema de protección de los derechos fundamentales, pero ahora con la referencia de una Carta de los Derechos Fundamentales con fuerza jurídica jurídica de Tratado.

Ahora bien, el Tribunal ejerce de garante de la tutela de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la UE. Esto motiva que si bien

---

<sup>62</sup> Apartado 96.

la Carta ya no es una mera fuente cognitiva, sino una fuente jurídica, no es la fuente exclusiva de los derechos fundamentales, y de la jurisprudencia estudiada se deriva de forma nítida que nada impide al Tribunal de Justicia tutelar derechos fundamentales que no estén contemplados de forma expresa en la Carta.

Tal y como hemos puesto de manifiesto la garantía de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia no debe estar exenta de cierta crítica. Así, en las sentencias *Marc Michel Josemans* (2010) y *Sayn Wittgestein* (2010) se echa de menos una mayor insistencia en la valoración de las circunstancias concretas de cada caso particular, para apreciar la posible vulneración de libertades y derechos fundamentales.

La Carta de los Derechos Fundamentales supone un instrumento jurídico de indudable relevancia, y puede que esté sirviendo para que el Tribunal de Justicia amplíe su control y posición de garante de los derechos fundamentales, pero ello debe ir acompañado de una auténtica garantía de los mismos, y una pormenorizada justificación de sus límites y restricciones, lo que no parece evidente en todos los casos.

Cumplir con el mandato de adhesión de la UE al Convenio Europeo de los Derechos Humanos que contiene el Tratado de Lisboa puede servir para garantizar, al menos, un estándar o nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, teniendo en cuenta que los arts. 52 y 53 de la Carta vienen a configurar un sistema de protección de los derechos fundamentales que introduce no solo un principio de no regresión, sino también un criterio a favor del mayor nivel o estándar de protección de los derechos fundamentales; y, entendemos, la doctrina debería comenzar a solicitar del Tribunal de Justicia la aplicación de dicho criterio.

Por otro lado, de las sentencias estudiadas, y en particular, *Janco Rottman* (2010), *Marc Michel Josemans* (2010) y *Sayn Wittgestein* (2010) muestran como se está produciendo una irradiación de la tutela de los derechos fundamentales a materias que tradicionalmente han sido competencia estatal. En este sentido, la actividad legislativa de los Estados miembros en materias que son de su competencia (estatal), deberá tener en cuenta el Derecho de la Unión y garantizar el respeto de las libertades fundamentales del mercado y de los derechos fundamentales de la Unión, no hay otra



opción razonable, puesto que el Tribunal de Justicia va a entender que es competente para salvaguardar los derechos y libertades incluso en materias de clara competencia estatal en cuanto exista un elemento de conexión con el Derecho de la Unión. La existencia de dicho elemento de conexión cobra pues una relevancia determinante que deberá ser estudiada.

#### 4. Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.). “Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, nº 1, 2010, pp. 197-254.

CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): La Obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, en BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 157-176.

DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos Fundamentales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2005.

MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.

SARRIÓN ESTEVE, J., “La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2007, pp. 631-646.

\_\_\_\_\_, “Social rights protection problems in conflicting situations with market freedoms in European Union Law”, *Revista Universitaria Europea*, nº3, 2010, pp. 85-102.

\_\_\_\_\_, “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales”, *Ceflegal Revista Práctica de Derecho*, nº 121, 2011, [www.celegal.com](http://www.celegal.com)

\_\_\_\_\_, “El Pluralismo constitucional en la Unión Europea: ¿una construcción artificial?”, *CefLegal Revista Práctica del Derecho*, nº 124, 2011, [www.ceflegal.com](http://www.ceflegal.com)

SCIARABBA, V., “La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”, en [www.europeanrights.com](http://www.europeanrights.com)

# CONSTRUYENDO CIUDADANÍA. TEORÍA Y PRAXIS

PEDRO J. PÉREZ ZAFRILLA

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

CRISTINA BENLLOCH DOMENECH

(Editores)

Editorial Comares

ISBN: 978-84-9836-850-5

Depósito Legal: GR. 2.188/2011

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento.

© Los autores.

Los editores no se hacen responsables de la opinión expresada por los diferentes autores, a quienes atañe en exclusiva la misma.

Esta obra ha sido publicada con la colaboración del *Centre d'Assessorament i Dinamització d'Estudiants* (CADE) de la Universidad de Valencia

## ÍNDICE

PREFACIO	5
AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA: UNA MIRADA INTERDISCIPLINAR. Joaquín Sarrión Esteve	8
<b>CAPÍTULO 1: INMIGRACIÓN, PARTICIPACIÓN Y DERECHO.</b> Coordinado por Cristina Benlloch Domenech.	15
- <i>La inmigración en Europa: realidades y escenarios</i>	
Cristina Benlloch Doménech	16
- <i>Derechos humanos e inmigración: en busca de una ciudadanía de los derechos</i>	
José Mateos Martínez	27
- <i>Breve estudio sobre el discurso de los colectivos anti-inmigración</i>	
René Alfonso Cañón Pineda	36
- <i>Redes Participativas. El capital social de las asociaciones de inmigrantes a debate.</i>	
Mireya Bolibar Planas	47
- <i>La dignidad de los ciudadanos extranjeros y sus derechos fundamentales en el ordenamiento español</i>	
Antonio Pérez Miras	60
<b>CAPÍTULO 2: CIUDADANÍA, DERECHO, Y ADMINISTRACIÓN.</b> Coordinado por Francisco M. Bombillar Sáenz	70
- <i>El derecho a una buena administración. Acerca de la supuesta falta de cualificación e imparcialidad de los miembros que componen los comités de expertos que auxilian a la Administración en el desempeño de su labor [Comentario a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta), de 9 septiembre 2010, asunto Now Pharm AG contra Comisión Europea]</i>	
Francisco M. Bombillar Sáenz	71

- <i>La participación política y ciudadana de las mujeres: ampliando los límites de la democracia</i>	
Isabel Lozano	82
- <i>Mujeres y espacio público, un paseo por la historia</i>	
Cristina Benlloch Domnech	101
- <i>E-gobernanza: retos y oportunidades</i>	
Sor Artega	121
- <i>La publicidad de la Administración General Pública de España y sus esfuerzos para sensibilizar sobre la interculturalidad y el racismo</i>	
Alex Arévalo Salinas	139
- <i>La libertad religiosa en el constitucionalismo español. 1812-1978</i>	
Carlos Nieto Sánchez	159
- <i>La contribución de los presupuestos participativos a la construcción de ciudadanía: la experiencia de Lisboa.</i>	
Rafael J. Sanz Gómez	167
- <i>La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como instrumento con valor jurídico de Tratado</i>	
Joaquín Sarrión Esteve	181

**CAPÍTULO 3: NUEVAS VÍAS PARA EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DESDE LA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA.** Coordinado por José Mateos Martínez 199

- <i>El neoconstitucionalismo como vía para el desarrollo de los derechos humanos</i>	
José Mateos Martínez	200
- <i>Multiculturalismo y derechos fundamentales en las sociedades occidentales</i>	
José Mateos Martínez	209