

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Obviamente, no se puede hablar de un derecho fundamental a la libertad del derecho de asociación en el espacio europeo hasta su regulación en la Carta de los Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, el fenómeno asociativo ha sido objeto de interés por parte de las instancias comunitarias como lo demuestran diversos documentos producidos en su seno referentes a dicho fenómeno. Análisis aparte merece el proyecto de Estatuto de Asociación Europea que representó la aspiración más singular y unificadora, por parte de la Unión Europea, de alcanzar una regulación de las asociaciones sin ánimo de lucro. Finalmente, se terminará este estudio con el examen del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que, lógicamente, al no existir hasta fecha muy reciente normativa vinculante de un auténtico derecho de asociación, sólo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia colateralmente, al hilo de los problemas que se le han planteado con respecto a materias propiamente comunitarias.

#### I. POLÍTICAS COMUNITARIAS EN TORNO A LAS ASOCIACIONES<sup>12</sup>

##### 1. *Derecho comunitario*

En los primeros momentos de surgimiento de la Comunidad Europea resulta difícil encontrar vestigios normativos que hagan

<sup>38</sup> Salvo error u omisión, los textos y documentos comunitarios que de una u otra manera se ocupan del derecho de asociación son los que detallamos en las

referencia al derecho de asociación. La razón de esta ausencia es clara: el motor que impulsó a los padres del proyecto europeo estaba presidido por la idea prioritaria de “propiciar un desarrollo económico de todos los Estados, con base en la creación de economías de escala a nivel europeo, de modo que se presumía que este crecimiento redundaría inmediatamente en el progreso y bienestar social del conjunto de los ciudadanos comunitarios”.<sup>39</sup> La Europa construida sobre estas premisas se mostraba poco propicia a cobijar en su normación a las asociaciones sin ánimo de lucro por su propia naturaleza que resultaba poco adecuada para conseguir los primigenios objetivos comunitarios.

A pesar de esta configuración inicial de la Comunidad se introdujeron determinadas disposiciones atinentes a la política social, concebida con carácter meramente instrumental respecto a la política económica y es en el marco de estas disposiciones donde podemos encontrar alguna referencia puntual del derecho de asociación, principalmente, en su versión sindical. Concretamente:

*Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957<sup>40</sup> (en adelante, TCEE), que tiene por objeto reunir en dicha Comunidad a los Estados miembros para integrarlos mediante los intercambios con fines de expansión económica.

siguientes páginas. Además, en este apartado, hay que tener en cuenta las modificaciones que en esta materia ha podido introducir el Tratado de Lisboa, tal y como se verá más adelante al estudiar el mismo.

<sup>39</sup> Cruz Villalón, J., “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en Cruz Villalón, J. y Pérez del Río, T. (coords.), *Una aproximación al derecho social comunitario*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 13.

<sup>40</sup> Entrada en vigor del tratado el 10. de enero de 1958 y entrada en vigor para España el 10. de enero de 1986, en virtud del Tratado de Adhesión del 12 de junio de 1985 (DOCE L 302, del 15 de noviembre de 1985). Se puede acceder a su texto en *Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas*, Bruselas-Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1987, pp. 115 y ss.

El Tratado contiene en la tercera parte, en su título III (artículos 117-128) el núcleo principal de las disposiciones sobre política social. Los dos primeros artículos recogen el tratamiento general de dicha política, entrando a regular a partir del artículo 119 disposiciones sociales específicas. Interesa traer a colación, por lo que a nuestro tema se refiere:

Artículo 118: Sin perjuicio de las disposiciones del presente Tratado y de conformidad con los objetivos generales del mismo, la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente, en las materias relacionadas con: (...)

el derecho de sindicación y la negociación colectiva con empresarios y trabajadores.

A tal fin la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se plantean a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales.

Antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social.

En el mismo Tratado existe una disposición que sustrae a la competencia legislativa de la Comunidad la regulación de las entidades asociativas sin ánimo de lucro:

Artículo 58. Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente Capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derechos civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.

Ante tal muro legal se han barajado dos líneas argumentativas para abrir el camino a la regulación de un derecho societario

europeo sin finalidad lucrativa: partiendo de un concepto extensivo de actividad económica y constatado el enorme auge y desarrollo que dichas entidades asociativas han experimentado en el mercado interior comunitario, se puede acoger, sin mayores dificultades, la regulación de las mismas por parte de las instituciones comunitarias. Desde otra perspectiva, en una posición superadora de la anterior, se ha propuesto cobijar el desenvolvimiento normativo de la realidad asociativa basándolo, no tanto en razones económicas sino de índole política en sintonía con los deberes impuestos a la Unión orientados a la creación de vínculos socio-políticos más estrechos entre sus ciudadanos, exartículo 1º. del Tratado de la Unión Europea.<sup>41</sup>

*Acta Única Europea*, firmada en Luxemburgo y La Haya el 28 de febrero de 1986,<sup>42</sup> que entre las disposiciones sociales introduce en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, los nuevos artículos “118 A” que otorgando mayor participación al Parlamento Europeo, versaba sobre la mejora del medio de trabajo para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores y el “118 B”, que constituye la primera base jurídica del denominado diálogo social europeo al propiciar el establecimiento de relaciones basadas en acuerdos entre las partes y, por tanto, dinamiza, aunque tímidamente, el papel de los interlocutores sociales en la realización de la política social comunitaria, entre los que tienen un papel destacado ciertas entidades asociativas como los sindicatos y las asociaciones em-

<sup>41</sup> Gamarra Chopo, Y., *Fundaciones y asociaciones no lucrativas en el marco de la Comunidad Europea*, Zaragoza, Real Instituto de Estudios Europeos, 1993, p. 87; Teijo García, C., “Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en Escobar Hernández, C. (coord.), *La Unión Europea ante el Siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2003, p. 166.

<sup>42</sup> El Acta entra en vigor, con carácter general y para España, el 1º. de julio de 1987 (DOCE L 169, del 29 de junio de 1987; BOE núm. 158, del 3 de julio de 1987).

presariales y las organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs).<sup>43</sup>

Antes de la aprobación del Tratado de Maastricht se crea un texto que, a pesar de no tener valor jurídico, se hace eco del derecho de asociación.

*Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, hecha en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989<sup>44</sup> que en el marco de la que fuera Comunidad Económica Europea recogió unos principios sobre la sindicación análogos a los definidos por la OIT.

Artículo 11: Los empresarios y los trabajadores de la Comunidad Europea tienen el derecho de asociarse libremente con el fin de constituir las organizaciones profesionales o sindicales de su elección para la defensa de sus intereses económicos y sociales.

Cualquier empresario o cualquier trabajador tienen la libertad de asociarse o no asociarse a estas organizaciones, sin que ello pueda suponerle perjuicios personales o profesionales.

Artículo 12: Los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores por otra, tienen derecho, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos.

El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea, que debe desarrollarse, puede conducir, si estos lo consideran deseable,

<sup>43</sup> Los interlocutores sociales europeos han llegado a asumir un papel muy relevante en el proceso de integración europea, erigiéndose en una pieza clave para la consecución de los objetivos económico-sociales de la Unión Europea. Un estudio detallado de esta cuestión se contiene en Dueñas Herrero, L., *Los interlocutores europeos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

<sup>44</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *Documentos Europeos*, núm. 690, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1990. La Carta fue aprobada por once de los doce Estados miembros de la Comunidad ya que el Reino Unido no la firmó en este momento, hasta que en 1998, tras la elección de Tony Blair, se decidió a hacerlo. A pesar de carecer de eficacia vinculante, ha propiciado la adopción, por parte de la Comisión, de una serie de iniciativas y propuestas presentadas al Consejo en materia social y dentro del ámbito comunitario de competencias.

ble, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular interprofesional y sectorialmente.

Artículo 13: El derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos

Para la resolución de los conflictos laborales, es conveniente favorecer, de conformidad con las prácticas nacionales, la creación y utilización, en los niveles apropiados, de procedimiento.

Artículo 14: El ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros determinará en qué condiciones y en qué medida los derechos previstos en los artículos 11 a 13 son de aplicación a las Fuerzas Armadas, a la policía y a la función pública.<sup>45</sup>

*Tratado de la Unión Europea*, aprobado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992,<sup>46</sup> proclama en su preámbulo que uno de los fines principales de la Unión ha de ser fomentar “el progreso económico y social de sus pueblos (...), dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y la protección del medio ambiente”, y “desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de

<sup>45</sup> En el marco europeo existen, también, organizaciones sindicales, siendo las más relevantes la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOLS) y como asociaciones empresariales, la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (UNICE) y el Centro Europeo de Empresas Públicas (CEEP).

<sup>46</sup> Entrada en vigor general y para España el 10. de noviembre de 1993 (DOCE C 191, del 29 de julio de 1992; BOE núm. 11, del 13 de enero de 1994; corrección de errores BOE núm. 12 del 14 de enero de 1994; texto corregido BOE núm. 138 del 10 de junio de 1994). Constituye la reforma más importante de los Tratados fundacionales, concretamente, el TCEE se vio modificado en más de 160 disposiciones de un total de 248. Significativo fue el cambio de denominación de la “Comunidad Económica Europea” que pierde el adjetivo de “Económica” para llamarse “Comunidad Europea”, lo que expresa la voluntad de los Estados miembros de ampliar las competencias comunitarias a ámbitos no económicos. Además, este Tratado crea la Unión Económica y Monetaria, establece nuevas políticas comunitarias (educación, cultura) y amplia las competencias del Parlamento Europeo (procedimiento de codecisión).

progresos paralelos en otros ámbitos”. En su artículo 10. se establece “... El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible...”. En esta línea, interesa recordar que el concepto de sociedad civil está integrado por las:

Asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen o la voz, la transmiten al espacio de la opinión pública-política. El núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa, que institucionaliza los discursos solucionadores de problemas, concernientes a cuestiones de interés general, en el marco de espacios públicos más o menos organizados.<sup>47</sup>

Dentro de esta amplia definición descriptiva de la sociedad civil tienen amplia cabida las organizaciones asociativas sobre las que versa este trabajo. Por ello, las disposiciones de derecho comunitario referidas a dicha sociedad son extrapolables mutatis mutandis a las asociaciones sin finalidad lucrativa.<sup>48</sup>

El Tratado de Maastricht no logró los objetivos que se propuso en materia social debido a la negativa del Reino Unido a cualquier transferencia de competencia a la Unión en este ámbito, lo que provocó la erradicación de dicha materia del Tratado que se incluyó en un Acuerdo sobre Política Social, inserto, a su vez, en un Protocolo sobre Política Social que figura como anexo al Tratado de la Unión Europea. No obstante, se ha con-

<sup>47</sup> Habermas, J. K., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 447.

<sup>48</sup> *Infra*, Documento del Comité Económico y Social sobre “el papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea”.

siderado que dicho Tratado constituye un hito importante en la construcción del espacio social europeo.<sup>49</sup>

*Tratado de Ámsterdam*, firmado el 2 de octubre de 1997,<sup>50</sup> que integra el Acuerdo de Política Social, estableciendo el adecuado marco jurídico para una coherente y eficaz actuación comunitaria en este ámbito<sup>51</sup> ya que las medidas sociales comunitarias a partir de su entrada en vigor serán aplicables, sin excepción, a todos los Estados miembros.<sup>52</sup>

Dentro del título XI relativo a la política social, de educación, de formación profesional y de juventud se establecen los objetivos sociales de la Comunidad y de los Estados miembros mediante un reparto de competencias entre ambas instancias, asumiendo aquella las suyas a través de dos vías: incentivando la actuación de los Estados miembros en la persecución de los objetivos marcados en el artículo 136 TCEE<sup>53</sup> (fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos y la lucha contra las

<sup>49</sup> Cruz Villalón, J., “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en Cruz Villalón, J.; Pérez del Río, T. (coord.), *Una aproximación al derecho social comunitario, cit.*, p. 21.

<sup>50</sup> Entrada en vigor general y para España el 10. de mayo de 1999 (DOCE C 340, del 10 de noviembre de 1997; BOE, núm. 301, del 17 de diciembre de 1998, ley orgánica y textos; BOE, núm. 109, del 7 de mayo de 1999, ratificación y textos; corrección de errores BOE, núm. 188, de 7 de agosto de 1999).

<sup>51</sup> Muñoz Machado, S. *et al.*, “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en Muñoz Machado, S. *et al.* (coords.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, 2000, p. 369.

<sup>52</sup> En efecto, el 6 de mayo de 1997, el Reino Unido acepta dicha integración, en principio sin ninguna reforma.

<sup>53</sup> El artículo en cuestión es una refundición del protocolo social con el antiguo artículo 117 al recoger en un solo texto, junto a los objetivos sociales de los Estados miembros (artículo 117), los de la Comunidad (artículo 10. del protocolo). No obstante, presenta como aportación novedosa la integración de los derechos sociales fundamentales tanto de la Carta Social Europea de 1961 como de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Gomis Díaz, P. L., *La política social y de empleo en el Tratado de Ámsterdam*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pp. 67 y 68.

exclusiones) o adoptando directivas. Sin embargo, dichas disposiciones no se aplican al derecho de asociación ni al de sindicación:

Artículo 137.5: Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”.<sup>54</sup>

Además, siguiendo con la persecución de los objetivos marcados en el artículo 136, a la Comisión se le encarga un cometido especial:

Artículo 140: “Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 136, y sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con: (...)

El derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

De estas disposiciones comunitarias se puede colegir que existía una fuerte resistencia por parte de los Estados miembros a ceder competencias a la Unión Europea en el ámbito de lo social y, por tanto, la regulación relativa al derecho de asociación y sindicación, estaba reservada a la competencia exclusiva de los ordenamientos nacionales de los distintos Estados integrantes de la Unión.<sup>55</sup> Aunque con la entrada en vigor del Tratado de Lis-

<sup>54</sup> La exclusión de la acción comunitaria del derecho de asociación y de sindicación había sido objeto de repulsa por un doble motivo al implicar, por un lado, “una abierta contradicción con el reconocimiento del papel de los interlocutores sociales” y representar, por otro, “un freno a la *función promocional de la política del Derecho* en favor de la autonomía privada”. Monereo Pérez, J. L., *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, p. 131.

<sup>55</sup> La Comisión ha elaborado un documento, del que nos ocuparemos en este apartado, con profusión, en el que a partir de la incorporación del diálogo social a este Tratado ha reivindicado “la construcción a medio plazo de un sólido diálogo civil a nivel europeo que ocupe su lugar junto al diálogo sobre políticas con las autoridades nacionales y al diálogo social con los interlocutores sociales”. Véase, Comisión Europea, *El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa*, doc. COM (97) 241 final, p. 10.

boa y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como veremos a continuación, la situación ha cambiado notablemente.

En contraposición con la observación anterior, los interlocutores sociales cobraban especial protagonismo a través de diversas disposiciones del Tratado que reforzaban lo dispuesto en el anterior artículo 118 B:

Artículo 137.4: Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud de los apartados 2 y 3.

Artículo 138: Revaloriza el papel de los interlocutores sociales, a través de las consultas que la Comisión va a ir realizando para conocer su opinión sobre las orientaciones de la Política Social Comunitaria y sobre el posible establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos a los que se refiere el artículo 139.

Artículo 139: Según el mismo, los acuerdos entre los interlocutores sociales a nivel comunitario, pueden también aplicarse a este mismo nivel sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

Es decir que el TCEE exige a la Comisión consultar a los interlocutores sociales en la preparación de propuestas, especialmente en materia de política social. En determinadas condiciones, dichas organizaciones pueden celebrar acuerdos vinculantes que acaban convirtiéndose en disposiciones de derecho comunitario, en el marco del diálogo social, siendo deseable que hagan un mayor uso de las competencias que les confiere el Tratado para celebrar acuerdos voluntarios.

*El Tratado de Niza*, del 26 de febrero de 2001<sup>56</sup> introdujo, por primera vez en el derecho originario, una referencia explícita a la sociedad civil organizada:

<sup>56</sup> Entrada en vigor con carácter general y para España el 1o. de febrero de 2003 (DOCE C 80 del 10 de marzo de 2001; BOE, núm. 267, del 7 de noviembre de 2001 —Ley Orgánica y texto— ; entrada en vigor, BOE núm. 24, del 28 de enero de 2003).

Artículo 257: El Comité Económico y Social estará constituido por “representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada”.<sup>57</sup>

Artículo 258.3: Los miembros del Comité no estarán vinculados por ningún mandato imperativo. Ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Comunidad.

De este modo, los miembros del Comité que se nombran generalmente por organizaciones representativas nacionales no quedan vinculados por sus directrices en la defensa de los intereses pluralistas de la sociedad civil organizada estando sujetos, únicamente, a la obligación de actuar en pro del interés general.<sup>58</sup>

Finalmente, el recorrido sobre la regulación normativa del derecho de asociación o de ciertos aspectos relacionados con el mismo en el marco de la Unión Europea se cierra con:

*El Tratado de Lisboa*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, y que después de haber sido ratificado por los 27 Estados miembros, entró en vigor el 1o. de diciembre de 2009, según lo dispuesto en su artículo 6o. El Tratado de Lisboa otorga al Parlamento Europeo nuevos poderes legislativos de forma que, a partir de ahora, decidirá sobre la mayoría de la legislación de

<sup>57</sup> A pesar de no llegar a materializarse legislativamente, el ECAS (European Action Service) propuso durante la discusión de la CIG de 1996, la inclusión en el TCE de un hipotético artículo 8o. “A bis” (que en estos momentos sería el artículo 18 bis TCE) con el siguiente tenor: “1. Toda persona residente o establecida en el interior de la Unión tiene el derecho de constituir asociaciones o fundaciones con otras personas residentes o establecidas en el interior de la Unión, o de participar en las asociaciones existentes, cualquiera que sea su fin, siempre y cuando dicho fin sea lícito y conforme al orden público comunitario y al de los Estados miembros donde las asociaciones ejercen su actividad. 2. Las instituciones comunitarias favorecerán la información y la consulta con las asociaciones, y contribuirán al desarrollo de un espacio asociativo europeo. 3. El Consejo fijará las disposiciones orientadas a proporcionar a las asociaciones un marco jurídico apropiado a la expresión de las aspiraciones específicamente europeas de la sociedad civil”. [http://www.europarl.eu.int/hearings/ige2/doc125\\_fi.htm](http://www.europarl.eu.int/hearings/ige2/doc125_fi.htm).

<sup>58</sup> *Infra*, Documento del Comité Económico y Social sobre “El papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea”, p. 35.

la Unión. El Parlamento, al ser la única institución elegida directamente por los ciudadanos, dispondrá de nuevos medios que garanticen la responsabilidad de la UE para con sus ciudadanos. La Eurocámara también protegerá los derechos fundamentales de los europeos (entre los que, lógicamente, se halla incluido el derecho de asociación), de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reflejada en el Tratado de Lisboa. Dicha Carta adquiere carácter legalmente vinculante en todos los países miembros, con lo que se garantiza que toda ley propuesta o aplicada deba respetar los derechos recogidos en el documento. El Parlamento tendrá que asegurarse de que el nuevo catálogo de los ciudadanos europeos sobre derechos civiles, políticos, económicos y sociales —la Carta de Derechos Fundamentales— sea puesto en práctica de forma efectiva.<sup>59</sup>

Es interesante destacar que diversas Declaraciones anejas al Tratado de la Unión Europea han hecho referencia, de un modo u otro al fenómeno asociativo:

*Declaración Relativa a la Cooperación con las Asociaciones de Solidaridad*,<sup>60</sup> que constituye el primer documento donde se reconocen, formalmente, las relaciones de la Unión con el sector asociativo: “La Conferencia destaca la importancia que tiene, para conseguir los objetivos del artículo 136 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la colaboración entre ésta y las asociaciones de solidaridad y las fundaciones, como instituciones responsables de establecimientos de beneficencia y de servicios sociales con vistas a la consecución de los objetivos del artículo 136 TCEE”, es decir los objetivos de política social que se han ido extendiendo a los terrenos de las políticas de desarrollo, educativa y medioambiental.

*Declaración sobre las actividades de voluntariado*.<sup>61</sup> La Conferencia reconoce la importante contribución de las actividades de voluntariado para desarrollar la solidaridad social.

<sup>59</sup> En el apartado relativo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se tratará con mayor extensión el tema del Tratado de Lisboa.

<sup>60</sup> Declaración 23 aneja al TUE adoptado en Maastricht (1992).

<sup>61</sup> Declaración 38 aneja al TUE, añadida por el Tratado de Ámsterdam (1997).

La Comunidad estimulará la dimensión europea de las organizaciones de voluntariado, poniendo un énfasis particular en el intercambio de información y experiencia, así como en la participación de los jóvenes y de las personas mayores en el trabajo voluntario.

*Declaración sobre el apartado 2 del artículo 139 del TCE (Convenios Colectivos):*<sup>62</sup> Las Altas Partes Contratantes declaran que la primera modalidad de aplicación de los acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a escala comunitaria —a la que hace referencia en el apartado 2 del artículo 139 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea— consistirá en desarrollar el contenido de dichos acuerdos mediante negociación colectiva y con arreglo a las normas de cada Estado miembro, y que, por consiguiente, dicha modalidad no implica que los Estados miembros estén obligados a aplicar de forma directa dichos acuerdos o a elaborar normas de transposición de los mismos, ni a modificar la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución.

*Declaración sobre el deporte:*<sup>63</sup> La Conferencia pone de relieve la importancia social del deporte, y en particular su función a la hora de forjar una identidad y de unir a las personas. Por consiguiente, la Conferencia insta a los organismos de la Unión Europea a escuchar a las asociaciones deportivas cuando estén tratándose cuestiones importantes que afecten al deporte. A este respecto, debería prestarse una atención especial a las características específicas del deporte de aficionados.

## 2. Documentos comunitarios

Con independencia de las normas jurídicas comunitarias referidas al derecho de asociación, diversos órganos de la Unión Europea han realizado, además, diferentes documentos sobre las asociaciones lo que demuestra la creciente importancia y

<sup>62</sup> *Ibidem*, Declaración 27.

<sup>63</sup> *Ibidem*, Declaración 29.

la pujanza que el movimiento asociativo tiene dentro del seno comunitario:<sup>64</sup>

*Comunicación de la Comisión sobre el “fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa”*, del 6 de junio de 1997:<sup>65</sup> representa un documento esencial para el conocimiento de la concepción que las instituciones comunitarias tienen respecto de las asociaciones, resaltando la importancia de las mismas y la variedad de las manifestaciones del movimiento asociativo. En efecto, la Comisión destaca, en primer lugar, la importante labor llevada a cabo por las asociaciones y fundaciones abarcando prácticamente todos los ámbitos de la vida social:

Contribuyendo a la creación de empleo, a la ciudadanía activa y a la democracia, proporcionando una amplia gama de servicios, desempeñando un papel de primera importancia en el deporte, representando los intereses de los ciudadanos ante las administraciones públicas, asumiendo una función muy importante en la salvaguarda de los derechos humanos y ejerciendo una actividad esencial en las políticas de desarrollo.

Reconoce, asimismo, desde el punto de vista histórico, los importantes logros alcanzados por las asociaciones y fundaciones al haber dado origen a muchos servicios tales como:

<sup>64</sup> Significativas, en este sentido, son las palabras del comisario Cristos Papoutsis: “Ha llegado la hora de tratar de este sector, que desempeña un papel muy importante en todos los ámbitos de la actividad social en Europa. Las asociaciones y las fundaciones contribuyen cotidianamente a la democracia, a la ciudadanía activa y a la creación de empleo representando los intereses de los ciudadanos ante las autoridades, proporcionando una amplia gama de servicios y desempeñando un papel fundamental en la promoción de la salvaguarda de los derechos humanos. Han participado activamente en el desarrollo de Europa y estoy convencido de que van a continuar haciéndolo y ni podemos ni debemos descuidarlas. Antes bien, debemos trabajar juntos para construir una cooperación sólida entre este sector y las instituciones europeas.” (Comunicado de prensa IP/97/481, del 4 de junio de 1997).

<sup>65</sup> Comisión Europea, Comunicación sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa, COM (97) 241 final.

La enseñanza, la asistencia sanitaria y los servicios sociales que hoy en día damos por descontado. Su contribución al desarrollo de ideas políticas y sociales y al clima intelectual en el que vivimos actualmente ha sido igualmente inmensa. Las asociaciones y fundaciones han desempeñado un papel esencial en la difusión de ideas científicas y de los avances tecnológicos, y han ofrecido foros para el intercambio de ideas en todo el panorama de las inquietudes humanas....

A través de una serie de encuestas realizadas en diferentes Estados integrantes de la Unión, la Comisión realizó un estudio, que figura en el anexo de la comunicación anterior, en el que se pone de manifiesto, entre otras cosas, la diversidad de regulación de las asociaciones en base a los datos examinados lo que no impide que se extraigan los siguientes rasgos comunes:

- a) Se distinguen de las agrupaciones informales o específicas, meramente sociales o familiares, por un cierto grado, por pequeño que sea de entidad formal o institucional.
- b) No reparten beneficios de modo que sus fines son otros que buscar el lucro para sus directivos o sus miembros.
- c) Son independientes, en particular del gobierno y demás autoridades públicas, es decir, tienen libertad para autogobernarse.
- d) Tienen que estar gestionadas de manera “desinteresada”, término con el que se quiere indicar que aquellos que las gestionan no deben hacerlo esperando obtener beneficios personales.
- e) Han de tener una actividad, en cierto modo, pública y su finalidad debe ser, al menos en parte, contribuir al bienestar general.

Ante los resultados arrojados por las encuestas, la Comisión estableció una serie de conclusiones reconociendo “la importancia del papel que pueden desempeñar las asociaciones en su calidad de difusores de información y como organismos próximos al ciudadano” y propone, entre otras medidas, instaurar un intercambio “de puntos de vista que permita entablar un diálogo y una consulta de carácter sistemático y regular con el sector”, declarando también su intención “de entablar un diálogo amplio con participación del sector, el Parlamento Europeo, el Comité

de las Regiones, el Comité Económico y Social, los Estados miembros y otras partes interesadas con objeto de analizar en profundidad los temas presentados (...)", así como también "organizar una serie de conferencias y seminarios para someter a debate la Comunicación y las cuestiones a las que dé lugar".

Previamente, se emitió un comunicado de prensa<sup>66</sup> en el que se establecía:

La Comisión Europea ha adoptado hoy (4 junio de 1997) a iniciativa del comisario Cristos Papuotisis, responsable del sector de Economía Social, una comunicación sobre las asociaciones y las fundaciones. En ella se recogen medidas específicas, tanto a nivel nacional como europeo, en favor del desarrollo de este sector. A nivel de Estados miembros, estas medidas comprenden la reevaluación de las políticas y las relaciones de las administraciones públicas con el sector, el establecimiento de un marco jurídico claro y útil, el análisis de la forma de garantizar la salud financiera del sector y el mejor acceso a los programas europeos de financiación. Entre las medidas a nivel europeo, la Comisión propone la mayor implicación de las asociaciones en los programas europeos de formación, el mejor acceso a los programas europeos de financiación, un "Año europeo de las asociaciones y de la ciudadanía europea" y que el sector se dote de un fondo especial para colaboración transnacional.

El objetivo primordial de la Comunicación es poder recomendar a los responsables de la toma de decisiones a las asociaciones y las fundaciones como unas entidades cuya importancia socioeconómica se ha subestimado y cuya contribución en el futuro tendrá una importancia cada vez mayor en el desarrollo de Europa.

A pesar de su crecimiento en los últimos años, el variopinto sector constituido por las asociaciones y las fundaciones es casi desconocido y merece que se le estudie mejor. Hoy ya no se puede ignorar el peso económico y la importancia socioeconómica que han adquirido.

En la Comunicación se aborda la cuestión del entorno jurídico y fiscal de las asociaciones y fundaciones en la Comunidad,

<sup>66</sup> IP/97/481, del 4 de junio de 1997.

su gama de actividades, su importancia económica y su contribución a resolver los problemas sociales y económicos.

Se ilustra también la creciente importancia de este sector en Europa y los problemas y desafíos que afronta. Uno de sus objetivos es abrir el diálogo sobre la base de una serie de ideas y otorgar coherencia a las diversas políticas de la Comisión dirigidas al sector. Un aspecto muy importante es que analiza las áreas clave que deben estudiarse con objeto de que estas entidades desempeñen su papel en el desarrollo de la Unión Europea.

Una serie de medidas específicas de desarrollo de las asociaciones y las fundaciones a nivel europeo y de incremento de sus capacidades, para que puedan atender las necesidades futuras de la Comunidad. Más concretamente estas medidas son:

A nivel de Estados miembros:

- La preparación de programas de investigación dirigidos a conocer y comprender mejor el sector.
- El reexamen de las políticas que afectan al sector aplicadas por las administraciones públicas y de las relaciones de éstas con el sector.
- La creación de un marco jurídico claro y útil para el sector.
- El examen de la forma de asegurar la salud financiera del sector.
- El fomento de la formación dirigida al sector.
- Que los Estados miembros proporcionen al sector un mejor acceso a los programas europeos de financiación.

A nivel europeo:

- Mejorar la consulta y el diálogo entre el sector y las instituciones europeas.
- Más investigación sobre el sector.
- Más participación de las asociaciones en los programas europeos de formación.

- Un año europeo de las “Asociaciones y la Ciudadanía Europea”.
- Mejor acceso a los programas europeos de financiación.
- La creación por el sector de un fondo especial destinado a maximizar los recursos puestos a disposición del sector empresarial y las fundaciones con objeto de apoyar las actividades de colaboración transnacional de las asociaciones y las fundaciones.

Con posterioridad a dicha Comunicación, entre los años 1997 y 1999, han tenido lugar una serie de consultas interdepartamentales, siete Conferencias nacionales y nueve reuniones de expertos sobre los temas de la Comunicación. Además, la Comisión organizó en junio de 1999 una Conferencia Internacional en Budapest, “Diálogo para la Europa del futuro-Integración europea y sociedad civil”.

En el año 2000, los servicios de la Comisión, prepararon un informe sobre el diálogo suscitado por la Comunicación de la Comisión de 1997 y sobre otras acciones tomadas, a todos los niveles, en Europa desde la Comunicación de la Comisión que han ayudado a promover el papel de este sector (organizaciones de voluntariado y fundaciones), que nunca ha sido publicado debido a la reestructuración de los servicios de la Comisión. Sin embargo, en reconocimiento de la necesidad de mejorar las relaciones con las organizaciones del sector del voluntariado, la Comisión adoptó el 18 de enero de 2000 su trabajo de investigación “La Comisión y las organizaciones no gubernamentales: construir una mayor colaboración”. Este trabajo busca dar una visión de las relaciones existentes entre la comisión y las ONGs y sugerir algunos caminos posibles para desarrollar estas relaciones tomando en consideración las medidas necesarias para mejorarlas. Muchas de las cuestiones suscitadas durante el diálogo fomentado por la comunicación, están ahora contempladas dentro del marco del mencionado trabajo.

En esta misma línea, el Parlamento Europeo ha adoptado, el 9 de abril de 2008, una resolución legislativa aprobando la proposición de decisión del Consejo relativa al Año Europeo del Voluntariado (2011). El Parlamento insiste en que el voluntariado debe promover la ciudadanía activa, favorecer el desarrollo de la sociedad civil y reforzar la solidaridad. Por otra parte, anima al apoyo financiero de las organizaciones de voluntariado, en particular de las asociaciones de tamaño reducido.

De la Comunicación de la Comisión sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa han surgido dos documentos elaborados por otras instituciones comunitarias:

*Dictamen del Comité Económico y Social*, del 28 de enero de 1998, sobre la Comunicación de la Comisión sobre “el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa”:<sup>67</sup> el 17 de septiembre de 1997, de conformidad con el artículo 198 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión decidió consultar al Comité Económico y Social sobre la comunicación mencionada. La sección de asuntos sociales, familia, educación y cultura, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 15 de enero de 1998 (ponente, el señor Olsson). En su 351º Pleno, el Comité Económico y Social aprobó por 79 votos a favor, un voto en contra y cinco abstenciones dicho Dictamen que presenta como puntos más destacados los siguientes:

Acoger favorablemente la Comunicación adoptada por la Comisión considerando que hay que aplicarla mediante la realización de acciones concretas. Subrayar los principios comunes que rigen la vida asociativa y la economía social cuyos criterios fundamentales que marcan la diferencia entre este sector y cualquier otro tipo de actividades son: su estructura democrática, su búsqueda del interés público y de sus miembros, o ambas cosas, y su ausencia de fines lucrativos. Dada su raigambre local, destaca la labor de las asociaciones como instrumento esencial para preser-

<sup>67</sup> Comité Económico y Social, Doc. CES 118/98, del 28 de enero de 1998, DOCE C 95, del 30 de marzo de 1998, p. 99.

var la democracia inmediata y para contribuir a la conservación de la diversidad cultural que constituye la base de la Comunidad Europea. Con respecto al empleo, el Comité reconoce el papel desempeñado por el sector asociativo al ocupar a un número de personas que se ha incrementado en los últimos años y propone a los Estados miembros la posibilidad de modificar la fiscalidad y las cotizaciones patronales como una medida importante para estimular el empleo animándolos a involucrar a las asociaciones en la lucha contra el desempleo.

Además, el Comité establece una serie de observaciones particulares a nivel de los Estados miembros, ámbito en el que considera que el principio de subsidiariedad debe seguir siendo la base de la legislación relativa a las asociaciones y propone una serie de medidas tales como la necesidad de establecer programas de investigación nacional; la conveniencia de que las asociaciones refuerzen sus bases de autofinanciación mediante una contribución mayor de sus miembros y por medio de fuentes externas, tanto del público como del medio industrial; la consideración de que se les facilite el acceso a fuentes de financiación, como los Fondos estructurales y la proposición de que los Estados miembros revisen las relaciones existentes entre las autoridades y las asociaciones aunque se opone firmemente a que el sector público descargue en las asociaciones la responsabilidad de las actividades fundamentales de interés general. A nivel de las propias asociaciones el Comité insiste en que es necesario que las asociaciones colaboren con la industria y el comercio, las organizaciones empresariales y las organizaciones sindicales así como estimular la cooperación entre las asociaciones en Europa, animándolas, por otro lado, a aprovechar diversos programas de educación y desarrollo de las competencias financiados por la Unión Europea, así como el programa “Voluntariado europeo” para permitir que los jóvenes de menos de 26 años trabajen como voluntarios en una organización, mientras que los miembros jóvenes de esta organización hacen lo mismo en las organizaciones similares situadas en otros lugares de la Unión. Por

último, a nivel de la Unión Europea se remite a sus dictámenes sobre la propuesta de la Comisión relativa a las asociaciones en Europa y el estatuto de la sociedad europea e invita a aquélla y a los Estados miembros a que intenten encontrar rápidamente un punto de entendimiento a este respecto.

Es opinión del Comité que las asociaciones desempeñan un papel fundamental en su calidad de empresarios por lo que son de su interés los debates que se están desarrollando entre los representantes de la economía social y la Confederación Europea de Sindicatos (CES) con vistas a completar el diálogo social existente entre los interlocutores tradicionales del mercado de trabajo y apunta, entre otras medidas, la posibilidad de elaborar programas de lucha contra el paro, la pobreza y la exclusión social en el marco de las disposiciones del Tratado relativas al empleo. Además, se propone la creación de un órgano independiente ligado a la economía social que pueda proporcionar, sobre todo, una visión general de las investigaciones en curso en este campo, reunir y publicar anualmente las estadísticas recientes que hagan referencia a la importancia de las asociaciones, a sus actividades y a su situación económica, y presentar las tendencias observadas en las actividades de las mismas.

*Resolución del Parlamento Europeo*, del 2 de julio de 1998, relativa a la Comunicación de la Comisión sobre “el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa”.<sup>68</sup> La Resolución comienza por establecer diversos considerandos de entre los que destacan el “C” que considera que el carácter independiente y no lucrativo de las asociaciones y fundaciones constituye un elemento destacado de su especificidad y determina su interés comunitario; el “D” que considera que las asociaciones y fundaciones (de ahora en adelante denominadas ONGs) desempeñan, en los diversos ámbitos, varias e importantes funciones que van desde la prestación de servicios hasta la solidaridad social, pasando por la salud pública, la promoción de la ciudadanía activa

<sup>68</sup> Parlamento Europeo, DOCE C 226, del 20 de julio de 1998, p. 66.

o la expresión de la voluntad de determinados grupos sociales o grupos de interés; el “O” que considera el papel fundamental desempeñado por las ONGs en el sector de la política de desarrollo, interlocutores de la Unión para la realización de los objetivos políticos de la misma, así como la oportunidad de que las instituciones comunitarias aprovechen la experiencia acumulada por aquellas.

Después realiza un análisis del sector no lucrativo proponiendo, entre otras cosas, que se distinga claramente entre la propuesta de Estatuto de la Asociación Europea y la propuesta de Reglamento relativo a la Sociedad Anónima Europea no imponiendo a la primera requisitos y modelos operativos típicos de entidades puramente económicas, sin negar por ello el hecho de que las asociaciones de utilidad pública puedan desarrollar una actividad económica. Analiza, asimismo, el papel que estas organizaciones desempeñan en el ámbito local sugiriendo la posibilidad de creación de ventanillas únicas destinadas a proporcionar a las ONGs la asistencia técnica necesaria para acceder a los recursos estructurales para dichas ONGs y expresa su opinión de que en el debate sobre la orientación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional se conceda mayor importancia a dicho sector, reconociéndoles como interlocutores de pleno derecho en los nuevos reglamentos sobre los Fondos estructurales, favoreciendo en particular la creación de colaboraciones a nivel local entre las autoridades públicas, los interlocutores sociales, el sector privado, los centros de enseñanza y de formación y el sector asociativo.

En el ámbito del empleo destaca la importancia del sector para la creación de empleo reafirmando en su apoyo la adopción de un tipo reducido de IVA que beneficie los servicios en los que predomina el factor trabajo que no están sujetos a la competencia transfronteriza y que se presentan, asimismo, en el tercer sector. Sobresale la importancia, a efectos de su desarrollo, de una cooperación entre los centros de investigación, las universidades, los centros de estudios superiores así como los de formación profesional, a fin de obtener información científica y ofrecer a los trabajadores una formación que responda a las exigencias que

plantean los servicios modernos. En cuanto a las relaciones exteriores insta a la Comisión a que valore el papel del sector no lucrativo en la construcción y en la consolidación de las estructuras democráticas y participativas de los países con los que la Unión mantiene relaciones especialmente estrechas, en particular con los países de la Europa Central y Oriental y los países de la región MEDA (Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Cisjordania y la franja de Gaza, Siria, Túnez y Turquía). En el apartado sobre el diálogo civil, celebra dicho diálogo y el recíproco interés establecido entre las asociaciones y fundaciones y las organizaciones sindicales considerando que dichas entidades pueden desempeñar un papel fundamental en el diálogo civil, favoreciendo la ciudadanía activa y orientando las políticas de desarrollo económico y social, a la vez que pide que se establece un diálogo sectorial serio y estructurado entre las instituciones europeas y las ONGs representadas a nivel europeo subrayando la importancia de que dicho diálogo se acompañe de acciones similares en los Estados miembros.

*Informe del Parlamento Europeo sobre “Asociaciones sin Ánimo de Lucro en la Comunidad Europea”,* del 8 de enero de 1987.<sup>69</sup> En dicho Informe, el Parlamento ha puesto de manifiesto, entre otras cosas, que “respecto a la construcción europea, el carácter específico de las asociaciones sin ánimo de lucro las hace particularmente aptas para promover los valores que son importantes para la Comunidad” (Considerando C). Asimismo, estima que “la función económica, social y cultural que cumplen las asociaciones en el seno de la Comunidad, fundamenta la capacidad de las instituciones comunitarias de tomar a su respecto las iniciativas de armonización legislativa o de apoyo previstas en el Tratado constitutivo de la CEE para el establecimiento del mercado interior o el progreso de la unidad europea” (considerando F).

<sup>69</sup> Parlamento Europeo, *Rapport de la comision juridique et des droits des citoyens sur les associations sans but lucratif dans les Communautés européennes*, Doc. A 2-196/86, del 8 de enero de 1987, DOCE C 99/205, del 13 de abril de 1987.

*Dictamen del Comité Económico y Social*, del 10 de diciembre de 1997, sobre “La cooperación con las asociaciones de solidaridad como agentes económicos y sociales del ámbito social”:<sup>70</sup> el 20 de marzo de 1997, de conformidad con el apdo. tercero del artículo 23 de su Reglamento Interno, el Comité Económico y Social decidió elaborar un dictamen sobre “La cooperación con las asociaciones de solidaridad como agentes económicos y sociales en el ámbito social”. La Sección de Asuntos Sociales, Familia, Educación y Cultura, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 17 de octubre de 1997 (Ponente: Condesa Eulenburg). En su Pleno 350 (sesión del 10 de diciembre de 1997), el Comité Económico y Social aprobó el presente dictamen por 75 votos a favor, 6 en contra y 7 abstenciones. En su Preámbulo se determina que dichas asociaciones no sólo representan a los responsables de establecimientos y servicios sociales, sino que motivan a las personas para que trabajen voluntariamente en aras del bien común y se consideran como abogados de los necesitados estando presidida su acción por la idea de justicia social e incluye dichas asociaciones dentro del “tercer sector” que tiene una gran importancia en las economías europeas.

En la Introducción destaca el aumento y la complejidad de las necesidades que tienen que afrontar (ayudas en casos de problemas sociales y sanitarios, abandono, exclusión y minusvalías, etcétera), constituyéndose en garantes del espíritu de solidaridad y responsabilidad en la sociedad. Especifica que el empleo de voluntarios es parte integrante del trabajo de dichas asociaciones pero que constituye un complemento, nunca una alternativa al trabajo remunerado, el cual garantiza la continuidad y el profesionalismo y destaca la posición que ocupan las asociaciones de solidaridad, intermedia entre los sectores estatal y del mercado diferenciándose del primero en que no están obligados por ley a su actividad, sino que la desarrollan voluntariamente y del segundo en que no actúan movidas por el beneficio, como lo hacen

<sup>70</sup> Comité Económico y Social, DOCE C 73, del 9 de marzo de 1998.

las empresas del sector privado. Por otro lado, subraya la contribución de estas asociaciones a la creación de puestos de trabajo suplementarios y cita textualmente la declaración núm. 23 del Acta Final del Tratado de Maastricht: “la Conferencia destaca la importancia que tiene, para conseguir los objetivos del artículo 117 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la colaboración entre ésta y las asociaciones de solidaridad y las fundaciones, como instituciones responsables de establecimientos de beneficencia y servicios sociales”.

El objetivo del dictamen, según expone el propio Comité Económico y Social, consiste en reforzar la importancia de las asociaciones de solidaridad como agentes económicos y sociales en Europa y como importantes actores que trabajan en diversos campos de la política social. Al mismo tiempo, formula una serie de propuestas concretas con vistas a institucionalizar y sistematizar la colaboración con las asociaciones de solidaridad cuyo concepto engloba a todas las organizaciones que llevan a cabo acciones a largo plazo y de efecto duradero a favor de personas que dependen de ayuda social de todo tipo y que despliegan actividades que van desde la movilización y capacitación de las personas para la autoayuda y la ayuda “externa”, hasta el apoyo a empresas de interés público en el ámbito de la prestación de servicios sociales.

El dictamen esgrime una serie de razones para reforzar la cooperación de la Unión Europea con las asociaciones de solidaridad, aduciendo que se trata de un grupo económico y social importante de los sistemas de protección social de los distintos Estados miembros y en el conjunto de la Unión Europea en proceso de integración. De ahí que el Comité Económico y Social se congratule de contar entre sus miembros con representantes de dichas asociaciones, pero se puntualiza que la labor y las prestaciones de las mismas son un complemento, no un sustituto de la política social del Estado pues se reconoce que los que se necesitan sólo pueden allegarse mediante la colaboración entre la solidaridad pública y la privada, de modo que en muchos casos

las asociaciones de solidaridad pueden prestar los servicios sociales de manera menos costosa y más ajustada a las necesidades. También se pautaliza que aunque estas asociaciones están sujetas a la competencia con instituciones privadas y comerciales, el modelo de economía de mercado puro, orientado a maximizar el beneficio, funciona mal, como principio general, en el ámbito de lo social. Concluye este apartado declarando que el principal motivo del dictamen es el reconocimiento político común de que las organizaciones, como las asociaciones de solidaridad, desempeñan un papel clave a la hora de lograr que la gran mayoría de los ciudadanos participen en la paz social y de brindarles las prestaciones que realmente necesitan.

El dictamen termina estableciendo una serie de propuestas como la necesidad de consultar y escuchar a las asociaciones de solidaridad; fomentar la cooperación de las mismas en Europa y con la Comunidad; obtener información estadística más exacta sobre el fenómeno social representado por las mismas en la Unión Europea, especialmente en relación con el trabajo voluntario; prever un programa de ayuda propio de “Cooperación con las asociaciones de solidaridad” que cuente con una dotación financiera adecuada, en la forma de una decisión del Consejo; establecer un intercambio de experiencias sobre las mejores prácticas de la cooperación de las asociaciones de solidaridad en lo que se refiere a la obtención de los recursos específicos de ellas, en particular en la cooperación con voluntarios y, finalmente, combinar todos estos objetivos con medidas prácticas para el fomento de los servicios voluntarios en Europa, tal como prevé la declaración relativa al fomento del voluntariado introducido en el Tratado de Ámsterdam.

En el desarrollo de la política social comunitaria las denominadas “Organizaciones del Tercer Sector”<sup>71</sup> adquieren una posi-

<sup>71</sup> Desde una definición de carácter estructural y operativa, este tipo de entidades presentan los siguientes rasgos diferenciales: constitución formal, naturaleza jurídica privada, presencia de formas de autogobierno, ausencia de distribución de beneficios, se benefician del voluntariado (a través de donacio-

ción modular. Esta constatación explica que desde la Comunidad Europea se hayan mantenido, y estrechado, las relaciones con las “empresas de la economía social” que son parte integrante de aquellas, y se apoye la actividad de dichas entidades en tanto que operadores económicos.<sup>72</sup> Entre los documentos que recogen esta realidad y que se refieran de modo más directo a las asociaciones, se pueden citar:

*Documento de la Comisión sobre las Organizaciones No Gubernamentales*, del 18 de enero de 2000.<sup>73</sup> Constituye una reflexión en torno a las relaciones entre las ONGs y la Comisión e indica la batería de medidas que se deben adoptar para potenciar y mejorar dichas relaciones, precisa que dentro de dicha expresión se encuadra cualquier entidad sin ánimo de lucro, como las organizaciones de caridad, las asociaciones sin ánimo de lucro y las fundaciones.<sup>74</sup>

Después de especificar que el sector de las ONGs abarca un abanico muy heterogéneo de organizaciones con diferentes estructuras y objetivos, diferencia entre las que contribuyen a suministrar servicios y aquellas cuya misión consiste en influir sobre la opinión pública en general.<sup>75</sup> Efectivamente, desempeñan un papel básico para la participación de los ciudadanos en la vida social que les permite defender sus intereses por una vía distinta a su afiliación a sindicatos o partidos políticos, sirviendo de canales de expresión a la opinión pública europea, especialmente, a los grupos de población más po-

nes y voluntarios). Salamon, L. M., y Anheer, H., *Defining the Nonprofit Sector*, Manchester, Manchester University Press, 1997.

<sup>72</sup> La terminología utilizada en este campo presenta cierta confusión pero, en términos generales, la denominación “economía social” es más precisa para expresar la idea que la Comunidad Europea tiene del tercer sector. véase Rincón García Loygorri, A., “El tercer sector y la Comunidad Europea”, en Rincón García Loygorri, A. (coord.), *Tratado de fundaciones*, Barcelona, Bosch, 2007, t. 2, p. 1210.

<sup>73</sup> Comisión Europea, *La Comisión y las organizaciones no gubernamentales: el reforzamiento de la colaboración*, COM (2000), núm. 11, del 18 de enero de 2000. Presentado por el presidente Prodi y el vicepresidente Kinnock.

<sup>74</sup> *Ibidem*, apartado 1.2.

<sup>75</sup> *Idem*.

bres y desfavorecidos, logrando una integración europea desde una base práctica y popular. Además, las ONGs son instrumentos, especialmente útiles, tanto para definir políticas comunitarias como para gestionar, vigilar y evaluar los proyectos financiados por la Unión para ponerlas en práctica.<sup>76</sup>

Los principales obstáculos que impiden la deseada cooperación entre la Comisión y las ONGs dimanan, principalmente, de la organización sectorial de estas últimas y de su constante evolución lo que dificulta la información que se les ofrece. Para superar esta situación se propone potenciar el diálogo a todos los niveles y con las diversas instituciones comunitarias. En esta línea, se están desarrollando una serie de contactos, reuniones periódicas y consultas a las ONGs que exigen una buena planificación y un alto grado de compromiso por parte de todos los participantes en el proceso, así como una mayor transparencia lo que comporta suministrar la información oportuna.<sup>77</sup>

Mención especial merecen los aspectos presupuestarios y de gestión de las ayudas a las ONGs a las que la Comisión destina considerables cantidades para financiar los costes de funcionamiento. Para lograr los mejores resultados en la práctica, las líneas presupuestarias deben estar presididas por determinados criterios:

- La naturaleza verdaderamente europea de la actividad;
- La representatividad de las ONGs europeas que solicitan este tipo de financiación o de los organismos que promueven la ONG o la actividad;
- La viabilidad financiera a largo plazo de la ONG o de la actividad.<sup>78</sup>

En cuanto al capítulo de la gestión, se aconseja el establecimiento de procedimientos suficientemente garantistas para ase-

<sup>76</sup> *Ibidem*, apartado 1.3.

<sup>77</sup> A estos efectos, en la página Europa de la UE se anuncian las reuniones de consulta <http://www.europa.eu.int>. *Ibidem*, apartado 2.

<sup>78</sup> *Ibidem*, apartado 3.

gurar una correcta utilización de los fondos públicos que aseguren la autonomía y diversidad de las ONGs, así como la precisa información acerca de las subvenciones concedidas y de sus beneficiarios. Las medidas propuestas en este campo son:

- Mejorar el papel de los organismos intermediarios en la gestión de las subvenciones;
- Reducir el número de proyectos que la Comisión debe gestionar;
- Mejorar los procesos de selección y de la calidad de los proyectos elegidos;
- Evaluar la capacidad financiera y operativa de las ONGs.<sup>79</sup>

Todas estas propuestas deben arrojar como resultado el establecimiento de un enfoque más coherente en las relaciones de la Comisión con las ONGs, manteniendo, al mismo tiempo, los buenos resultados alcanzados en determinados sectores.<sup>80</sup>

*Decisión de la Comisión por la que se instituye un Comité Consultivo para las Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CCCMAF) del 13 de marzo de 1998:*<sup>81</sup>

La Comisión de las Comunidades Europeas,

Considerando que (...) las asociaciones (...) pertenecen a la categoría de empresas llamadas de “economía social”;

Considerando que dichas empresas han de poder beneficiarse, al igual que las demás empresas del sector comercial, de las oportunidades derivadas de la realización del mercado único y de la unión económica y monetaria; (...)

Considerando que las CMAF desempeñan un papel cada vez más importante para la representación de los ciudadanos, la defensa de sus derechos democráticos y en respuesta a sus necesidades;

<sup>79</sup> *Ibidem*, apartado 4.

<sup>80</sup> *Ibidem*, apartado 6.

<sup>81</sup> Comisión Europea, Decisión 98/215, DOCE L 080, del 18 de marzo de 1998, pp. 51-53.

Considerando que la Comisión, a fin de situar convenientemente su política sobre el sector, ha de poder consultar a las organizaciones socioprofesionales correspondientes sobre todos los aspectos que pudieran tener alguna incidencia en la actividad de las empresas de economía social; que un contacto estrecho y continuo con los representantes del sector puede contribuir a la realización de su política; (...)

Decide:

Instituir el mencionado Comité (artículo 1o.), formado por 24 miembros (artículo 3o.) nombrados por la Comisión (artículo 4o.) que podrá ser consultado por ésta “a propósito de cualquier asunto relativo al fomento y a la realización de la política comunitaria en materia de economía social; tendrá por cometido, especialmente, asesorar a la Comisión en todo lo relativo a:

- Actuaciones y programas en favor de las (...) asociaciones existentes en la Comunidad,
- Participación de las (...) asociaciones (...) en la realización de las diferentes políticas comunitarias,
- Papel del sector de las (...) asociaciones (...) en la creación de empleo y en el fortalecimiento de la cohesión económica y social,
- Propuestas de medidas legislativas en relación con las (...) asociaciones.

Durante dos años dicho Comité trabajó, bajo la dirección de la Comisión, colaborando en el proceso de toma de decisiones. Con posterioridad, al reorganizarse la Dirección General de Empresa se disuelve como estructura formal y sus miembros crean una Conferencia Europea Permanente de Cooperativas, Mutuas, Asociaciones y Fundaciones (CEP-CMAF) que constituye una estructura de coordinación de dichas entidades.

*Apoyo de la Comisión a las empresas de la Economía Social (Cooperativas, mutuas, asociaciones y fundaciones).*<sup>82</sup> En 1989 se crea por la Comisión una Unidad de Economía Social en la Dirección General de Empresa para fiscalizar y apoyar, de alguna manera, la actividad en el mercado único de las asociaciones, junto con el resto de las entidades mencionadas. Este primer objetivo se fue

<sup>82</sup> Disponible en <http://www.europa.eu.int>.

ampliando para dar cabida a otros como la creación de empleo y la elaboración de una legislación para cooperativas, mutualidades y asociaciones. En julio del año 2000, se reorganiza la Comisión Europea, siendo traspasada a la unidad B3 de la Dirección General de Empresa la competencia en materia de cooperativas, mutuas, asociaciones y fundaciones, de modo que la actividad de la Comisión en este campo adquiere un tinte más empresarial.<sup>83</sup>

*Documento de la Dirección General para la Empresa y la Industria de la Comisión Europea sobre la “Importancia de las empresas de la Economía Social”*, del 19 de enero de 2005.<sup>84</sup> Subraya la importancia que para la economía y la sociedad europeas revisten las asociaciones (junto con las cooperativas, mutualidades, fundaciones y empresas sociales) y apunta el mayor reconocimiento que “la Economía Social” está recibiendo, hoy en día, a nivel europeo y de los Estados miembros. En efecto, “no son solamente actores económicos, significativos sino que desempeñan un papel clave para involucrar más plenamente a sus miembros y a los ciudadanos europeos en la sociedad (...), ayudan a responder a las demandas de una Europa en cambio” y fomentan el espíritu emprendedor y el trabajo en ámbitos donde las empresas tradicionales no son siempre viables. Además, enaltecen la solidaridad y la cohesión, favorecen el voluntariado y contribuyen a la integración de las economías de los Estados candidatos.

Las Empresas Sociales, concebidas por las instituciones comunitarias, singularmente por la Comisión, como una especie dentro del grupo más amplio de las empresas de la economía social pueden revestir diversas formas jurídicas, destacadamente la de una asociación.

Creadas a iniciativa particular a través de ellas se persiguen, sin embargo, objetivos dirigidos al interés general, para lo que despliegan sus actividades, normalmente en el ámbito de integración de personas desempleadas o el desarrollo de zonas desfav-

<sup>83</sup> Rincón García Loygorri, A., “El tercer sector y la Comunidad Europea”, en Rincón García Loygorri, A. (coord.), *Tratado de fundaciones*, cit., t. 2, p. 1224.

<sup>84</sup> Comisión Europea, <http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/coop/index.htm>.

recidas, creando para dichos cometidos un reducido número de puestos de trabajo. Además, presentan como otras notas que les caracterizan, un alto nivel de independencia o la asunción de un elevado riesgo económico.<sup>85</sup>

Incidiendo en la importancia nuclear de la sociedad civil y del diálogo social y civil en la construcción europea, destacan los siguientes documentos:

*Dictamen del Comité Económico y Social sobre “el papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea”,* del 22 de septiembre de 1999.<sup>86</sup>

Después de recordar la evolución experimentada en los objetivos de la integración europea desde la Tratados fundacionales hasta el Tratado de Ámsterdam, sin olvidar que la fuerza motriz que impulsó dicha integración no obedecía principalmente a motivos económicos sino al deseo de garantizar la paz, se hace hincapié en la sociedad civil como método para buscar un modelo de sociedad que proporcione un preciso equilibrio entre el “individualismo ilimitado y la tendencia de colectivismo autoritario”.<sup>87</sup>

Forman parte de la sociedad civil organizada,<sup>88</sup> junto con los interlocutores sociales, es decir, “los actores del mercado de trabajo” (organizaciones sindicales y patronales); las ONGs; las organizaciones de base como ciertas asociaciones y las comunidades religiosas. Dichos actores sociales ejercen una función de mediadores, transferida desde el nivel nacional, sobre todo, los interlocutores sociales europeos a través del diálogo social, “procedimiento de

<sup>85</sup> Comisión Europea, *Social Enterprise*, <http://www.europa.eu.int> Rincón García Loygorri, A., “El tercer sector y la Comunidad Europea”, en Rincón García Loygorri, A. (coord.), *Tratado de fundaciones*, *cit.*, p. 1215.

<sup>86</sup> Comité Económico y Social, Dictamen sobre “El papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea”, Doc. CES 851/99, del 22 de septiembre de 1999, DOCE C 329/30, del 17 de noviembre de 1999, p. 34.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 30 y 31.

<sup>88</sup> Definida como “el conjunto de todas las estructuras organizativas cuyos miembros prestan servicio al interés general por medio de un procedimiento democrático basado en el discurso y en el consenso y sirven como mediadores entre las autoridades públicas y los ciudadanos”. *Ibidem*, p. 33.

decisión basado en el consenso cuyos participantes, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, actúan sobre una base casi constitucional". Los parámetros de este tipo de diálogo deben extrapolarse a otros ámbitos dando lugar al diálogo civil que "está destinado a ser el foro de comunicación de la sociedad civil organizada en el nivel comunitario", complementando al diálogo social ya que a Europa "le interesa mejorar y desarrollar todas las estructuras que hacen posible que los ciudadanos europeos colaboren en un trabajo de construcción común".<sup>89</sup>

*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social y al Comité de las Regiones sobre los objetivos estratégicos de la Comisión durante los años 2000-2005, "hacer la nueva Europa"*, del 9 de febrero de 2000.<sup>90</sup> Esta Comunicación representa un interesante documento en el que la Comisión tras recordar que "sólo una Europa con valores fundamentales y objetivos políticos comunes, y con capacidad para concretarlos, podrá afrontar los formidables retos del nuevo milenio", pone de relieve la importancia de la sociedad civil al afirmar: "queremos alcanzar un nuevo equilibrio entre la acción de la Comisión, de las otras instituciones, de los Estados miembros y de la sociedad civil" para conseguir el objetivo de "una Europa mucho más próxima de los ciudadanos, que son los que le dan sentido (...) En este contexto, la sociedad civil desempeña un papel crucial. La Comisión presentará en breve una iniciativa para reforzar la participación de la sociedad civil en la elaboración y aplicación de las políticas, con el fin de garantizar una representación adecuada de la diversidad social y económica de la Unión Europea".<sup>91</sup>

*Libro Blanco de la Comisión sobre la Gobernanza Europea*, del 25 de julio de 2001.<sup>92</sup> En él se propone un paquete de cambios para sol-

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>90</sup> Comisión Europea, *Hacer la nueva Europa. Objetivos estratégicos 2000-2005*, DOC COM (2000) 154 final, DOCE C 81/1, del 21 de marzo de 2000.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 4.

<sup>92</sup> Comisión Europea, *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*, DOC COM (2001) 428 final, DOCE C 287, del 12 de octubre de 2001.

ventar algunos de los problemas pendientes de solución a la par que se lanza un proceso de consulta sobre las actuaciones necesarias a adoptar. Entre los cambios propuestos figura la implicación a la sociedad civil que “desempeña un importante papel al permitir a los ciudadanos expresar sus preocupaciones y prestar servicios que responden a las necesidades de la población”. Lógicamente, este protagonismo exige una mayor responsabilidad y transparencia por parte de aquella que le lleve a mejorar su organización interna. Dentro de la sociedad civil, las organizaciones sindicales y patronales adquieren una importancia medular por la influencia que ejercen lo que se ha reflejado a nivel legislativo en el propio Tratado CE al exigir a la Comisión la consulta previa a los interlocutores sociales en la preparación de propuestas, especialmente en materia de política social.<sup>93</sup>

Desde otro punto de vista, las instituciones comunitarias se han pronunciado tanto sobre el respeto de los derechos fundamentales, en general, con referencias específicas a la libertad del derecho de asociación, como sobre los partidos políticos europeos:

*Declaración Común Sobre los Derechos Fundamentales del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión*, del 5 de abril de 1977.<sup>94</sup>

1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

2. En el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 16 y ss.

<sup>94</sup> Parlamento, Comisión y Consejo, DOCE C103, del 27 de abril de 1977, p. 1.

*Decisión Marco del Consejo Relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega entre Estados Miembros*,<sup>95</sup> del 13 de junio de 2002, en la que el Consejo de la Unión, ateniéndose a los principios de subsidiariedad (implica que la Comunidad interviene sólo cuando los objetivos de la acción emprendida no puedan asegurarse por los Estados miembros aisladamente) y proporcionabilidad (su intervención se limita a lo estrictamente necesario) y con la voluntad de respetar los derechos fundamentales incentiva a los Estados para que tengan en cuenta sus normas constitucionales, entre otras, la libertad de asociación (considerando decimotercero).

*Resolución del Parlamento Europeo sobre los Partidos Políticos Europeos*, aprobada el 23 de marzo de 2006,<sup>96</sup> de la que vamos a destacar los aspectos más relevantes para nuestro tema: el Parlamento Europeo considera “que los partidos políticos, incluidos los partidos políticos europeos, constituyen un elemento fundamental del desarrollo de un espacio político europeo que fomentará la democracia en el plano europeo” y que “pueden gozar de un estatuto jurídico basado en la personalidad jurídica que tienen en el país donde tienen su sede; que algunos partidos han elegido la forma jurídica de una asociación belga de carácter no lucrativo, mientras que otros han optado por la forma jurídica de una asociación internacional de carácter no lucrativo”.<sup>97</sup> Además, “destaca la necesidad de llegar, más allá de normas que regulan la financiación de los partidos políticos a escala europea, a un verdadero Estatuto de los partidos europeos en el que se definan sus derechos y obligaciones y se les confiera la posibilidad de obtener una personalidad jurídica que tenga su fundamento en el derecho comunitario y pueda desarrollarse en los Estados miembros; pide a su Comisión de Asuntos Constitucionales que examine la cuestión del Estatuto de los partidos europeos desde un punto de vista jurídico y fiscal y elabore propuestas concretas a tal fin”; e “insta a que, en el contexto de este Estatuto, se regule la

<sup>95</sup> Consejo Europeo, Decisión marco 2002/584/JAI, DOCE L 190, del 18 de julio de 2002.

<sup>96</sup> Parlamento Europeo (2005/ 2224 (INI)).

<sup>97</sup> Considerandos “B” y “U” de la Resolución.

afiliación individual a los partidos a escala europea, el sistema de dirección de los mismos, la presentación de candidatos y la celebración de elecciones, así como las modalidades de organización y apoyo a los congresos y reuniones de los partidos”<sup>98</sup>

Por todo ello, “se congratula de que, desde que se inició la legislatura, después de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2004, ocho formaciones constituidas por partidos políticos de los Estados miembros, hayan fundado partidos a escala europea y hayan podido acogerse a una subvención de conformidad con las disposiciones del reglamento”. Concluye afirmando: “con el fin de hacer realidad el objetivo de reforzar los partidos políticos europeos como un elemento de la democracia europea, y en el contexto de las mayores exigencias que se les plantean en la actualidad en relación con las ampliaciones, que pesan sobre su actividad política (gastos de traducción, dietas y gastos de viaje, etcétera), parece conveniente dar continuidad al apoyo financiero a los partidos políticos”<sup>99</sup>

Merece la pena reseñar que en su informe sobre la situación de los derechos fundamentales de la Unión Europea,<sup>100</sup> el Parlamento Europeo recomendó la conexión a una red de expertos en materia de derechos fundamentales para que éstos puedan evaluar la aplicación de cada uno de los derechos enunciados en la Carta. La red se creó en septiembre de 2002 y el 31 de marzo de 2003 presentó su primer “Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y sus Estados miembros en 2002”. Este informe representa una síntesis de los informes nacionales redactados por cada uno de los expertos y contiene recomendaciones para las instituciones y los Estados miembros.

En el “Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y sus Estados miembros en 2005: con-

<sup>98</sup> Puntos 4 y 5 del apartado “Contexto político” de la Resolución.

<sup>99</sup> Puntos 8 y 13.i del apartado “Experiencias y propuestas de mejora” de la Resolución.

<sup>100</sup> Parlamento Europeo, 2000 (2000/2231 INI).

clusiones y recomendaciones”,<sup>101</sup> la red se refiere, expresamente, a la libertad de reunión y asociación,<sup>102</sup> afirmando, entre otros postulados que las autoridades han de velar por el buen funcionamiento de una asociación o de un partido político y se adhiere a la posición sostenida por el Tribunal Europeo en diferentes sentencias pronunciadas con respecto tanto a las asociaciones como con relación a los partidos políticos.

La red se pronuncia, singularmente, para el caso español diciendo que debe reconocer a los trabajadores, sin distinción, (aunque no posean el permiso de residencia en España), el derecho de inscribirse en las asociaciones que elijan, con la única excepción de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.<sup>103</sup>

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La región del Mar Báltico: el papel de la sociedad civil organizada en la mejora de la cooperación regional y en el establecimiento de una estrategia regional”*, del 13 de mayo de 2009. El apartado 3 de dicho documento hace hincapié en el papel de la sociedad civil organizada en la aplicación de la estrategia del Mar Báltico. Concretamente, “acoge favorablemente el hecho de que la Comisión haya implicado activamente a organizaciones de la sociedad civil en el diseño de la estrategia del Mar Báltico” y subraya que “sin el compromiso auténtico de la sociedad civil organizada con la estrategia del Mar Báltico, no será posible aplicar las medidas de la estrategia y lograr sus objetivos” (párr. 3.1). En este sentido, afirma que “tanto como los organismos nacionales, las regiones, las ciudades y las asociaciones de la sociedad civil organizada son también

<sup>101</sup>[http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/doc/report\\_eu\\_2005\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/report_eu_2005_en.pdf), pp.1-292.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 113-119.

<sup>103</sup> También, se refiere a la ilegalización, en dicha época, de Herri Batasuna para recordar los criterios que se han de aplicar en estos casos, manifestando que cuando los partidos políticos amenazan los valores democráticos, las autoridades públicas tienen la responsabilidad de oponerse a estas organizaciones y, si fuera necesario, de ordenar su disolución.

protagonistas fundamentales de la región del Mar Báltico” (párrafo 3.3).

Una señal de la importancia que tiene el derecho de asociación a los ojos de las instituciones europeas estriba en la postura de las mismas con respecto a la garantía de este derecho fuera de las fronteras europeas. Así lo ponen de manifiesto varios documentos recientes:

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre La libertad de asociación en los países socios mediterráneos*, del 22 de abril de 2008:<sup>104</sup> observa que “la emergencia de colectivos sociales libremente asociados en los distintos sectores de la sociedad civil (trabajadores, empleadores, agricultores, economía social, mujeres, jóvenes, consumidores, etcétera) es un requisito imprescindible para el proceso de democratización” (párrafo 1.3). El Comité señala como “déficit del asociacionismo empresarial y sindical el bajo desarrollo del diálogo y la concertación social” (párrafo 1.5) y pide a la Comisión Europea que “plantee a los gobiernos concernidos que las asociaciones no sean objeto de ninguna medida de disolución o de suspensión administrativa, si no es por medio de un proceso judicial justo” (párrafo 1.6). Además, subraya la necesidad de garantizar que “los miembros y responsables de las asociaciones no sean privados de libertad por el ejercicio de sus legítimas tareas asociativas” (párrafo 1.7). Por otra parte, reafirma que la libertad de asociación “incluye el derecho a afiliarse o asociarse y a formar y retirar su adhesión a grupos, asociaciones y sociedades de distintos tipos; requiere la no intervención del Estado en la formación y en los asuntos de las asociaciones que funcionan en el marco de la Ley; exige también la ayuda del Estado en la creación y el mantenimiento de un ambiente que favorezca el ejercicio del derecho a la libertad de asociación” (párrafo 3.3). El CESE entiende que el respeto al derecho de asociación está estrechamente vinculado a los demás derechos cívicos y políticos, como el de la libertad de expresión y opinión y los derechos a la libre circulación

<sup>104</sup> *Diario Oficial*, núm. C 211 del 19 de agosto de 2008, pp. 77-81.

o de asilo (párrafo 3.4), al fomento de la participación ciudadana y del papel de la sociedad civil, al aumento de la participación de las mujeres y a la garantía de la libertad de expresión. De ahí que pida a la Comisión que “los informes estratégicos sobre el país (IEP), que establecen el marco de la cooperación comunitaria comprometida en los planes de acción, se elaboren teniendo en cuenta el grado de cumplimiento de los gobiernos de los países socios en materia de libertad de asociación y derechos humanos” (párrafo 1.8).

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La participación de la sociedad civil en la aplicación de los planes de acción de la política europea de vecindad (PEV) en los países del Cáucaso meridional: Armenia, Azerbaiyán y Georgia”*, del 14 de mayo de 2009. Dicho documento anima a que la Comisión Europea, en las negociaciones relativas a los planes de acción y los acuerdos de asociación y cooperación, insista “en el respeto de los derechos humanos, las normas democráticas, los principios del diálogo social y los del diálogo civil, en particular el derecho de asociación y el derecho a celebrar negociaciones colectivas” y propone realizar una evaluación anual detallada de estas cuestiones (párrafo 7.1.2). En efecto, el CESE considera imprescindible que los gobiernos de los países del Cáucaso meridional cooperen “activamente con los interlocutores sociales y las organizaciones de la sociedad civil para aplicar los planes de acción y los acuerdos de asociación y cooperación” (párrafo 1.4). Por tanto, se trata de reforzar la importancia de la sociedad civil y la independencia de sus organizaciones, y de este modo, ejercer una influencia positiva sobre el respeto de los derechos fundamentales, especialmente de los trabajadores, y sobre el fomento de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres (párrafo 1.5).

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Las relaciones entre la Unión Europea y Bosnia y Herzegovina: el papel de la sociedad civil” (Dictamen exploratorio)*, del 16 de julio de 2009. El principal objetivo de la UE en los Balcanes Occidentales es aumentar la estabilidad y la prosperidad de la región, singularmente en vista a la adhesión a la UE de los países de los Bal-

canes Occidentales (párrafo 2.1). Para alcanzarlo, el dictamen subraya la necesidad de contribuir al desarrollo de la sociedad civil intensificando “el apoyo, también en términos económicos, a las organizaciones” de la misma (párrafo 1.1).

*Resolución del Parlamento europeo, sobre la libertad de expresión en Azerbaiyán*, del 17 de diciembre de 2009. El Parlamento, en el apartado 5, pide a las autoridades de este país que cuiden especialmente “la seguridad y la libertad de militantes de la sociedad civil, particularmente de aquellos que actúan en el marco de organizaciones de jóvenes desvinculadas del gobierno”, que permitan “a las personas comprometerse en actividades pacíficas y democráticas” y que “este tipo de actividad sea organizado libremente y sin interferencia del gobierno”. En el apartado 10, invita al gobierno de proteger eficazmente el derecho de reunión pacífica y la libertad de asociación.

### 3. *Valoración*

Con anterioridad de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y contrastando con la importancia que al movimiento asociativo se le asigna en diferentes documentos comunitarios, resultaba llamativo su escaso reflejo legislativo en los instrumentos de carácter vinculante. En efecto, la legislación comunitaria seguía dando la primacía a la dimensión económica de la Unión. Aunque el Tratado de Maastricht resaltó la necesidad de fomentar ámbitos que no pertenezcan propiamente a la integración económica, será el Tratado de Ámsterdam el que consiga incluir unas medidas sociales comunitarias. Sin embargo, tal Acuerdo de Política Social no llegó a tomar en consideración el derecho de asociación que aparecerá sólo y de forma indirecta en el Tratado de Niza de 2001, mediante la referencia a la sociedad civil organizada.

En una tendencia totalmente distinta, los documentos comunitarios que no tienen carácter vinculante proclamaban reiteradamente la necesidad de apoyar y dar cauce a las asociaciones en

sus diversas manifestaciones, resaltando la importancia y las ventajas que dichas organizaciones presentan para la consolidación de la Unión. Dicha tendencia se ha plasmado principalmente en textos emanados de los más importantes órganos comunitarios como son la Comisión, el Parlamento y el Consejo. Descuellan diversas declaraciones adjuntas a los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam, especialmente, la declaración relativa a la cooperación con las asociaciones de solidaridad y la Comunicación de la Comisión sobre el “fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa”, que ha propiciado sendos documentos posteriores del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo. Asimismo, cabe resaltar el documento de la Comisión relativo a las ONGs y el dictamen del Comité Económico y Social sobre el papel de la sociedad civil organizada. Finalmente, otros documentos comunitarios que merece la pena resaltar son aquellos que engloban a las asociaciones, junto con las cooperativas, mutuas y fundaciones, dentro de las denominadas “empresas de la economía social”.

A través de todos estos documentos se trasciende el reconocimiento que las instancias comunitarias hacen de la contribución de las asociaciones en la construcción europea tanto en su vertiente social y política (fomento de los servicios sociales y de la democracia, entre otros aspectos) como, aunque de modo colateral, en el ámbito económico (creación de empleo etcétera). Se prevé también una importancia cada vez mayor de las asociaciones en el marco europeo lo que suscita el interés por adoptar medidas específicas, tanto a nivel de Estados miembros como de la Unión, para incrementar y encauzar este crecimiento, dando pleno apoyo al despliegue de actividades por parte de las mismas, sobre todo a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que ha determinado que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula entre otros el derecho de asociación, haya elevado tales derechos fundamentales en el seno comunitario al carácter de derecho vinculante. En esta línea, se inscribe también el Proyecto de Estatuto de Asociación Europea

que ha constituido el intento más acabado de dar una regulación en el ordenamiento jurídico comunitario al fenómeno asociativo transnacional.

## II. EL PROYECTO DE ESTATUTO DE ASOCIACIÓN EUROPEA

Por la influencia que el Proyecto de Estatuto de Asociación Europea (en adelante el Proyecto) ha tenido sobre la actual Ley Orgánica que rige el Derecho de Asociación en España,<sup>105</sup> conviene que nos detengamos en el mismo para llevar a cabo una visión panorámica de los distintos aspectos contenidos en su articulado.<sup>106</sup>

En sintonía con la ampliación de las finalidades que en un primer momento dieron origen al nacimiento de los Tratados constitutivos de la entonces llamada Comunidad Económica Europea, se ha dicho, en este sentido, que se ha pasado de contemplar sólo al *homo economicus* a la consideración también del *homo politicus*<sup>107</sup> y teniendo en cuenta que el fenómeno asociativo presentaba una gran diversidad de regímenes jurídicos en los distintos Estados que forman parte de la Unión, se pensó en la necesidad de establecer una regulación general y uniforme en todo el espacio comunitario para las asociaciones.

<sup>105</sup> Cabra de Luna, M. A. *et al.*, “La asociación: la regulación constitucional y el nuevo régimen jurídico de la Ley Orgánica 1/2002, del Derecho de Asociación”, en De Lorenzo García, R., (coord.), *Tejido asociativo español y tercer sector*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Fundación Luis Vives, 2003, p. 282.

<sup>106</sup> Otra razón que abona su análisis consiste en que a través de él se puede comprobar la perspectiva que para la Comisión tienen las entidades asociativas. Rincón García Loygorri, A., “El tercer sector y la Comunidad Europea”, en Rincón García Loygorri, A. (coord.), *Tratado de fundaciones, cit.*, p. 1247.

<sup>107</sup> De Salas Murillo, S., “Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea”, *Actualidad civil*, 1987, núm. 9, p. 188. Aunque ya desde un primer momento Jean Monet, en el Acta de creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en 1950, afirmó tajantemente: “Nosotros no agrupamos Estados, unimos a hombres”. Véase Fontaine, P., “La Europa de los ciudadanos”, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994, p. 6.

Ante la imposibilidad de elaborar un proyecto que unificara las legislaciones nacionales, se consideró más viable realizar un estatuto supranacional, reservado a las asociaciones, que comprendiera las condiciones exigidas para que una asociación pudiera tener la calificación de europea,<sup>108</sup> a semejanza de lo actuado con relación a los llamados grupos europeos de interés económico o sociedades europeas a través de la figura jurídica conocida con el nombre de Agrupación Europea de Interés Económico.<sup>109</sup>

La historia del proyecto arranca el 5 de noviembre de 1984 cuando Louis Eyrraud —diputado del Parlamento Europeo— remite, junto con otros, una propuesta de resolución sobre la misión, administración y reglamentación de las asociaciones en la

<sup>108</sup> La finalidad perseguida por el proyecto fue la de “dotar a las asociaciones que desarrollean una acción transnacional e intracomunitaria de un estatuto supranacional que les asegure un reconocimiento jurídico homogéneo en el conjunto de los países miembros de la Unión Europea”. Teijo García, C., “Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en Escobar Hernández, C. (coord.), *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, cit.*, p. 167.

<sup>109</sup> Hay que tener en cuenta que en sintonía con la línea de actuación establecida por la Comisión de las Comunidades Europeas en 1989 al diseñar el concepto de *économie sociale* para justificar la actividad económica de las organizaciones sin ánimo de lucro y dado que la exclusión establecida en el artículo 58 del Tratado de Roma al hacer beneficiarios de la libertad de establecimiento a las sociedades civiles o mercantiles y a las otras personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo, no supone ya un obstáculo insalvable por la interpretación extensiva que se ha dado de esta restricción, es indudable que se pueden acoger al marco legal de la Agrupación Europea de Interés Económico (creadas por el reglamento 2137/85, de 25 de julio, el Consejo de las Comunidades Europeas) las organizaciones no lucrativas que desarrollan actividades económicas para llevar a cabo acciones de cooperación transnacional. Véase Gaudin, J., *Impacto del AUE en las fundaciones y otras asociaciones o instituciones sin fin de lucro. Las fundaciones en el horizonte del 92*, Santiago de Compostela, Centro de Fundaciones españolas y Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1989, p. 74.

Comunidad Europea<sup>110</sup> que fue enviada por el Parlamento Europeo a la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos Cívicos la cual, en su reunión del 30 de noviembre de 1984, decidió elaborar un dictamen y designó como ponente a la entonces vicepresidenta del Parlamento, señora Nicole Fontaine que emitió dicho dictamen el 8 de enero de 1987.<sup>111</sup>

El Parlamento Europeo emitió una resolución<sup>112</sup> en la que, tras varios considerandos<sup>113</sup> se reclamaba, entre otras medidas: la erradicación de toda discriminación por motivos de nacionalidad en el libre ejercicio del derecho de asociación y por motivo de la pertenencia a una asociación; la armonización mediante directiva de las disposiciones relativas al reconocimiento recíproco de las asociaciones sin fin de lucro y su capacidad jurídica en los Estados miembros de la Comunidad Europea; facilidades fiscales para las asociaciones y sus benefactores; el establecimiento de un Fondo Europeo para el desarrollo de la vida asociativa; representación de las asociaciones en la vida comunitaria y “una propuesta de directiva que comprenda un estatuto de asociaciones concebido sobre una base europea para aquellas asociaciones

<sup>110</sup> Doc. 2-920/84.

<sup>111</sup> Parlamento Europeo, informe, *Les associations sans buts lucratifs dans les Communautés Européennes*, Documents de Séance, (Doc. A 2-196/86, del 8 de enero de 1986).

<sup>112</sup> DOCE C 99 del 13 de marzo de 1987.

<sup>113</sup> De entre los que descuellan: “A) Considerando que la libertad de asociación constituye un derecho esencial de la democracia, reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y que además de garantizarse en lo que atañe a su principio, debe disponer también de los medios necesarios para su expresión. D) Considerando que, con respecto a la construcción europea, el carácter específico de las asociaciones sin fines de lucro las hace especialmente aptas para promover los valores que son importantes para la comunidad europea. F) Considerando que la función económica, social y cultural que cumplen las asociaciones en el seno de la Comunidad, fundamenta la capacidad de las instituciones comunitarias de tomar a su respecto las iniciativas de armonización legislativa o de apoyo previstas en el Tratado constitutivo de la CEE para el establecimiento del mercado interior y el progreso de la unidad comunitaria”.

que operen en más de un Estado miembro y aquellas asociaciones nacionales que deseen operar en común a nivel europeo".<sup>114</sup>

Ante la inoperancia de la Comisión en esta materia, único organismo comunitario que tiene la competencia para la aprobación de los proyectos de estatutos, el Parlamento Europeo tomó la iniciativa de constituir un grupo mixto formado por especialistas en las entidades asociativas y presidido por el propio Louis Eyraud, que el 14 de abril de 1989 remitió a la Comisión un Proyecto de estatuto europeo de asociaciones que se sometió a dictamen por parte del Comité Económico y Social así como a diferentes encuestas y estudios. El 18 de diciembre de 1991, la Comisión adoptó las Propuestas de Reglamento destinadas a fijar el Estatuto de la Asociación, el de la Cooperativa y el de la Mutualidad Europeas —enmarcadas las tres en las llamadas “estructuras jurídicas europeas para la economía social”—, así como las proposiciones de directivas concernientes al cometido de los trabajadores en las respectivas entidades.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Artículo 4o. de la Resolución del Parlamento Europeo del 13 de marzo de 1987 sobre las asociaciones sin ánimo de lucro en la Comunidad Europea (DOCE C 99 del 13 de marzo de 1987, p. 205).

<sup>115</sup> Comisión Europea, propuesta de Reglamento del Consejo por el que se Establece el Estatuto de la Asociación Europea. Propuesta de directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Asociación Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores, COM/91/273 final, DOCE C 99 del 21 de abril de 1992, pp. 1 y 14, respectivamente. Resulta interesante destacar que en diciembre de 1989, la Comisión remite al Consejo de Ministros una comunicación sobre las empresas de la economía social y la realización del mercado europeo sin fronteras, que englobaría a aquellas organizaciones actuantes en los Estados miembros cuyo primer objetivo no es la obtención de beneficios que, en caso de producirse, no pueden ser repartidos entre sus miembros, estando también caracterizadas por un procedimiento fuertemente democrático en la toma de decisiones. Al referirse el proyecto de 1989 a la economía social quedan cobijadas en dicho concepto junto a las asociaciones, las cooperativas, mutualidades y fundaciones. Por ello, se da una definición de actividad económica congruente con la de todas estas entidades: “se encuentran, bajo el término de economía social, unas organizaciones relevantes en el campo económico de hecho, que ejercen actividades productivas, tendentes a afectar recursos a la satisfacción de necesidades; estas organizaciones producen

Remitidas las propuestas al Consejo, este pidió dictamen al Comité Económico y Social, que emitió un dictamen favorable el 26 de mayo de 1992, y las transmitió al Parlamento quien aprobó las respectivas proposiciones el 20 de enero de 1993. Por su parte, la Comisión aprobó la propuesta el 6 de julio de 1993,<sup>116</sup> después de incorporar algunas de las enmiendas presentadas por el Parlamento,<sup>117</sup> y se transmitieron al Consejo y al Parlamento para su posterior aprobación por el Consejo de Ministros. Sin embargo, dicha aprobación no llegó a producirse ya que la Comisión decidió retirar una serie de propuestas legislativas pendientes (en total 68), tras el examen “realizado como parte de su esfuerzo de mejora en el marco de la Asociación para el crecimiento y el Empleo en la Unión Europea”.

De este modo, y dentro del apartado de “Empresa e industria”, se ha procedido a evacuar las propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por los que se Establece el Estatuto de la Asociación Europea y de la Mutualidad Europea, así como las propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se completan dichos estatutos en lo que respecta al co-

unos bienes o servicios mercantiles (...) pero también no mercantiles (proporcionados gratuitamente o a un precio sin relación con su coste, proviniendo la diferencia de una financiación exterior al mercado: cotizaciones, subvenciones, donaciones...”. De Salas Murillo, S., advierte del peligro que puede entrañar el que estas organizaciones, que pueden ejercer actividades idénticas a las de las sociedades civiles y mercantiles, se puedan beneficiar de ayudas, subvenciones etcétera, situación que puede dar lugar a una auténtica competencia desleal. De Salas Murillo, S., “Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea”, *cit.*, p. 192, nota 32.

<sup>116</sup> Comisión Europea, Propuesta modificada de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Asociación Europea y Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Asociación Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores, COM/93/252 final, DOCE C 236, del 31 de agosto de 1993, pp. 1 y 14, respectivamente.

<sup>117</sup> Referidas, fundamentalmente, a la denominación de las asociaciones, requisitos que deben cumplir para su constitución, modalidades de convocatoria y poderes estatutarios de las Juntas Generales así como capacidad jurídica y financiera. Por lo que respecta a la función de los trabajadores en estas entidades, las enmiendas atanen a la información, consulta y participación de los mismos.

metido de los trabajadores. De dichas propuestas sólo se mantuvo el reglamento destinado a fijar el Estatuto de la Cooperativa, propuesta que fue aprobada por el Consejo el 22 de julio de 2003.<sup>118</sup> La razón de esta retirada masiva ha sido la incompatibilidad de las propuestas “con los criterios de Lisboa y de mejora de la legislación, o que no tienen probabilidades de avanzar en el proceso legislativo o que han quedado obsoletas por razones objetivas”.<sup>119</sup> Previamente a esta decisión, la Comisión emitió una comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo,<sup>120</sup> con la exposición de los resultados del examen de las propuestas legislativas pendientes ante el legislador, en el que concluye que el análisis “muestra el compromiso de la Comisión Europea con la Asociación para el Crecimiento y el Empleo y su empeño en garantizar que los principios de “legislar mejor” se lleven a la práctica rigurosamente”.

No obstante, estimamos que el peso jurídico del proyecto de estatuto de asociación europea justifica, plenamente, el estudio de sus preceptos. El objetivo de esta normación es crear un estatuto europeo que posibilite actuar en todo el territorio de la Comunidad a las asociaciones y fundaciones,<sup>121</sup> proporcionando a

<sup>118</sup> Reglamento 1435/2003, del Consejo, del 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DOCE L 207, del 18 de agosto de 2003. Directiva 2003/72, del Consejo, del 22 de julio de 2003, por el que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DOCE L 207, del 18 de agosto de 2003.

<sup>119</sup> Propuestas de la Comisión retiradas tras el examen a la vista de su importancia general, su impacto sobre la competitividad y otros aspectos (DOUE C 64, del 17 de marzo de 2006), publicado en el DOCE del 17 de abril de 2006.

<sup>120</sup> Comisión Europea, COM(2005) 462 final, del 27 de septiembre de 2005.

<sup>121</sup> Sin embargo, la versión modificada de propuesta de Estatuto de Asociación Europea (2002-14791/02 DRS 75 SOC 563) no contenía referencia alguna atinente a las fundaciones. En la actualidad, la única propuesta que pervive, con respecto a dichas entidades, es la del Centro Europeo de Fundaciones, *Proposal for a Regulation on a European State for Fondation*, 2005, sin que hasta el momento la Comisión haya acometido actividad alguna dirigida a la aprobación de un texto legislativo para las fundaciones. Se ha hecho notar, en este campo, la necesidad de que las fundaciones adquieran una identidad europea debiendo garantizarles el derecho comunitario “la posibilidad de extender su ámbito de actuación, eliminando obstáculos jurídicos y administrativos, y fomentando el

las asociaciones europeas los instrumentos jurídicos adecuados y, por otro lado, organizar la participación de los trabajadores en la Asociación Europea con objeto de reconocer la función y el lugar que les corresponde en la empresa.<sup>122</sup> No se persigue, en definitiva, crear un reglamento que desplace a la legislación nacional para uniformizarla con el resto de los países de la Comunidad, sino establecer una regulación paralela a la de los respectivos Derechos nacionales, a la que se puede acudir voluntariamente. De ahí que se establezca un sistema de fuentes sumamente peculiar: se aplicarán en primer lugar las disposiciones del reglamento y en cuanto que éste lo autorice las de los estatutos de la Asociación Europea. En su defecto, las legislaciones de los Estados miembros del domicilio de la Asociación Europea y, en cuanto ésta lo permita, las de los estatutos, con arreglo a la legislación del Estado del domicilio (artículo 6o. del proyecto).

Conviene tener en cuenta, antes de pasar al análisis de esta regulación, que la asociación europea forma parte de las llamadas “empresas de economía social” que se distinguen de otras entidades, tales como las Agrupaciones Europeas de Interés Económico o la Sociedad Anónima Europea, por la primacía que se otorga en aquellas a la persona humana.<sup>123</sup> Sin embargo, “(...) en la actualidad muchas asociaciones y fundaciones, para la consecución de sus objetivos, participan plenamente de la vida económica, ejerciendo actividades económicas remuneradas, a título principal o accesorio” (Considerando 6o. de la propuesta de Reglamento por la que se Establece el Estatuto de la Asociación Europea). Ello justifica que “los tres estatutos presenten la misma

trabajo en red”. Véase Durán López, A., “Hacia un modelo europeo de fundaciones”, <http://www.elpais.com>.

<sup>122</sup> A pesar de ser estos los objetivos fundamentales, se ha apuntado que la normativa era también necesaria por constituir un aspecto importante de la Europa de los ciudadanos al permitir el adecuado desarrollo y participación de los individuos en la vida comunitaria. Rincón García Loygorri, A., “El tercer sector y la Comunidad Europea”, en Rincón García Loygorri (coord.), *Tratado de fundaciones, cit.*, p. 1248.

<sup>123</sup> Durán López, A., “Hacia un modelo europeo de fundaciones”, *cit.*, p. 1.

estructura que la del proyecto de Sociedad Anónima Europea: en primer lugar se establecen las reglas de constitución, para a continuación abordar lo atinente a los órganos, cuentas y medios de financiación, reglas sobre disolución y liquidación y por fin el establecimiento de las disposiciones aplicables para los supuestos de insolvencia y suspensión de pagos".<sup>124</sup>

En el texto del proyecto de Estatuto de Asociación Europea se pone de manifiesto la importancia que el movimiento asociativo tiene en Europa ya que "contribuye a la promoción del interés general y al desarrollo de actividades tan diversas como numerosas, en especial en los ámbitos educativo, cultural, social y de ayuda al desarrollo", constituyendo la Asociación Europea "una manifestación concreta de la Europa de los ciudadanos en la medida en que facilite y fomente la participación efectiva de los individuos en la vida comunitaria(...)"( considerandos 4o. y 14o. del proyecto).

Las cuestiones básicas de su regulación podemos sintetizarlas en los siguientes puntos:

1. Concepto: bajo el título de "Naturaleza de la Asociación Europea", el artículo 1.1 la define como "agrupación de carácter permanente de personas físicas o jurídicas cuyos socios pondrán

<sup>124</sup> De Salas Murillo, S., "Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea", *cit.*, p. 193. El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea fue aprobado por el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, del 8 de octubre de 2001 (DOCE L-294, del 10 de noviembre de 2001), al que se ha anexionado la Directiva (CE) 2001/86 del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L-294, del 10 de noviembre de 2001). La profesora Pérez Escalona defiende que no existen razones que justifiquen la existencia de dos Estatutos Autónomos, uno para la Asociación Europea y otro para la Sociedad Europea. A su juicio lo procedente, en derecho comunitario es la asunción de un concepto de asociación como sociedad corporativa no capitalista lo que permitiría integrar las lagunas que se produzcan en su régimen jurídico con "el caudal dogmático de las soluciones aportadas por el derecho de las sociedades de capital". Pérez Escalona, S., "El concepto y la personalidad jurídica de la Asociación Europea: problemas de interpretación a la luz del derecho nacional", *Boletín de la Universidad de la Rioja*, núm. 14-15, 2005, p. 42.

en común sus conocimientos o actividades, para un fin de interés general o para el fomento de intereses sectoriales o profesionales, en los ámbitos más variados”.

En cuanto a las actividades que puede desplegar y los límites inherentes, el artículo 1.2 preceptúa:

Sin perjuicio de la aplicación, a escala nacional, de las disposiciones legales y administrativas relativas a las condiciones para el ejercicio de una actividad o de una profesión, la Asociación Europea definirá libremente las actividades necesarias para la consecución de su objeto, siempre que sean compatibles con los objetivos de la Comunidad, el orden público comunitario y el de los Estados miembros, y las desarrollará dentro del respeto de los principios vinculados a su carácter de agrupación de personas y de gestión desinteresada. El producto de cualquier actividad económica ejercida por la Asociación Europea se destinará únicamente a la consecución de su objeto, quedando excluido el reparto de beneficio entre los socios.

La realización de actividades económicas por parte de la Asociación Europea se justifica en la Enmienda núm. 1 de la propuesta modificada de reglamento del Consejo:<sup>125</sup> “en la actualidad muchas asociaciones y fundaciones, para la consecución de sus objetivos, participan plenamente de la vida económica, ejerciendo actividades económicas remuneradas, a título principal o acceso-rio”. Aunque a dicho tipo de actividades siempre ha de sobreponerse su carácter altruista que viene establecido tanto por la prohibición para los socios del reparto de beneficios (artículo 1.2 del proyecto) como por la referencia a la “gestión desinteresada” (artículo 1. 1 del proyecto), alocución esta última con la que también se parece aludir indirectamente a la clásica expresión en el ámbito asociativo de “carencia de ánimo de lucro”.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> SYN 386 de 1993.

<sup>126</sup> “Nada impide, por ello, que las asociaciones desarrollen actividades económicas para lograr la consecución del fin común aunque, naturalmente, el beneficio obtenido debe destinarse íntegramente a la realización del fin común no lucrativo”. Pérez Escalona, S., “El concepto y la personalidad jurídica de la

Tampoco menciona expresamente el proyecto el “interés público” o la “utilidad pública”, siendo novedoso observar que se puede perseguir tanto un “interés general” como uno “sectorial” lo que nos puede plantear el interrogante de que si estarían incluidas en su normación las corporaciones de derecho público.<sup>127</sup>

2. Constitución: el estatuto prevé dos formas de constitución: En primer lugar directa, bien por un mínimo de dos entidades jurídicas mencionadas en el Anexo, constituidas con arreglo al derecho de un Estado miembro y que tengan su domicilio social y su administración central en al menos dos Estados miembros, o por un mínimo de siete personas físicas que residan al menos en dos Estados miembros o, por último, por una o varias entidades jurídicas mencionadas en el Anexo, de acuerdo con al menos siete personas físicas que residan como mínimo en dos Estados miembros (artículo 3.1). En segundo lugar, por transformación de una asociación existente de derecho nacional siempre que tengan su domicilio y su administración central en la Comunidad y posean desde hace dos años, como mínimo, un establecimiento en un Estado miembro distinto del de su administración central. En cualquier caso, por esta transformación no se producirá la disolución ni la creación de una persona jurídica nueva (artículo 3.2).

Este artículo posibilita que una Asociación Europea pueda estar constituida por dos fundaciones al remitirse el artículo al anexo e incluir este, en España, a las asociaciones y fundacio-

Asociación Europea: problemas de interpretación a la luz del derecho nacional”, *cit.*, p. 43.

<sup>127</sup> De Salas Murillo, S., da una respuesta negativa a dicho interrogante interpretando el artículo 3o. que remite para la constitución de la Asociación Europea a las entidades mencionadas en el anexo que en el caso de España son “las asociaciones y fundaciones regidas respectivamente por la Ley del 24 de diciembre de 1964 (en la actualidad hemos de entender que la remisión está referida a la actual Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación de 2002) y los artículos 35 y siguientes del Código Civil, por lo que quedarían excluidas las corporaciones del artículo 35. 1”. De Salas Murillo, S., “Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea”, *cit.*, p. 195.

nes, lo que plantea ciertas interrogantes para estas hipótesis, tales como la conservación del tradicional sustrato personal universitas personarum, la posibilidad de que dos patrimonios puedan poner en común actividades, etcétera.

Los Estatutos de la Asociación Europea que deberán revestir forma escrita e ir firmados por los fundadores (artículo 7o.), —pero que a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico positivo, se entienden por tales tanto los estatutos propiamente dichos, recogidos en documentos separados, como la escritura de constitución (artículo 3.4)—, harán referencia, principalmente, a los siguientes extremos: denominación; objeto social; datos personales de los fundadores (si se trata de personas físicas) y denominación, objeto y domicilio (si son personas jurídicas); domicilio, condiciones y modalidades de admisión, exclusión y renuncia de los socios así como sus derechos y obligaciones; poderes y competencias del órgano de administración y las condiciones para la designación y revocación de sus miembros; reglas de mayoría y quórum; causas de disolución (artículo 3.3). Estos estatutos deberán ser aprobados por la Asamblea General por una mayoría de dos tercios de los votos presentes o representados (artículo 3.2).

La conformidad de los estatutos a estas disposiciones es verificada por la autoridad encargada del control preventivo, administrativo o judicial, previsto por la legislación del Estado del domicilio. Cuando ésta no prevea ningún tipo de control, el proyecto dispone, al menos, que los estatutos se otorguen en escritura pública.

3. Domicilio: una de las cuestiones en las que más se incide es en el domicilio que será el designado en los estatutos y debe estar situado dentro de la Comunidad así como coincidir con el lugar donde esté situada su administración (artículo 4o.). Como se ha puesto de manifiesto:

Esta determinación es muy importante en la medida en que el Derecho del Estado de la sede, es el Derecho nacional aplicable, en los

casos en que la reglamentación de la Asociación Europea lo permite. También es importante la determinación de la sede central porque la Asociación Europea tendrá acceso a todos los medios de financiación en las condiciones más favorables aplicables a las asociaciones del Estado del domicilio de la misma (artículo 41). Esta facultad es fruto de una proposición del Parlamento y permite, ciertamente ampliar las fuentes de financiación de estas empresas.<sup>128</sup>

Dado que el ámbito de actividad de una Asociación Europea se extiende a toda la Unión Europea, se autoriza el cambio de sede de uno a otro Estado miembro sin que ello afecte a su persistencia con el fin de evitar las cargas fiscales inherentes a estas operaciones. El procedimiento, contemplado pormenorizadamente en el artículo 50., comienza por el proyecto que ha de elaborar el órgano de administración o dirección donde se expongan los aspectos jurídicos y económicos que justifiquen el cambio y que puede ser examinado por los socios y acreedores de la Asociación Europea, siendo tomada la decisión de transferencia por la Asamblea General por una mayoría de al menos dos tercios cuando hayan transcurrido dos meses desde la publicación del proyecto.

Una vez adoptado el acuerdo de transferencia tiene efecto desde el día en que la asociación sea registrada en el registro del país de la nueva sede, operación que ha de ser publicada para que pueda ser oponible a terceros, así como la cancelación de la inscripción en el registro del domicilio anterior. Con una clara finalidad de protección hacia los acreedores y los terceros se establecen, por último, supuestos de prohibición de transferencia de domicilio para la Asociación Europea sometida a un proceso de disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos o procedimientos análogos.

4. Personalidad jurídica: Se adquiere a partir de su inscripción en el registro designado por el Estado de su domicilio (artículo 2.1). Sistema, pues, de inscripción constitutiva que obliga a los

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 196.

Estados miembros a designar el registro en que debe efectuarse la inscripción y, por tanto, a determinar la normativa aplicable a la Asociación Europea (artículo 7.3).<sup>129</sup> Dicha adquisición lleva consigo el goce de los siguientes derechos, siempre que sean necesarios para la consecución de su objeto (artículo 2.2):

- a) celebrar contratos y realizar otros actos jurídicos;
- b) adquirir bienes muebles e inmuebles;
- c) percibir donaciones y legados, incluso mediante cuestación a la generosidad de la población;
- d) contratar asalariados;
- e) comparecer en juicio.

El resto de los efectos de la personalidad jurídica dependerá de la aplicación del derecho del Estado en que esté actuando.

Por lo que se refiere a los actos realizados antes de que la Asociación Europea haya adquirido la personalidad jurídica, siempre y cuando no sean asumidos por esta, determinan la responsabilidad solidaria e indefinida de las personas que los hayan realizado, salvo disposición en contrario (artículo 7. 5).

5. Publicidad: La garantía de publicidad se impone para ciertos actos y datos (relativos, fundamentalmente, a los estatutos y sus modificaciones, órganos, domicilio, disolución y liquidación) (artículo 7.4) y el vehículo adecuado para ello es el *Boletín Oficial* del Estado miembro en que la Asociación Europea tenga su domicilio (artículo 8. 1). Además, dentro del mes siguiente a esta publicación se deben comunicar ciertos datos sobre la Asociación Europea y su matriculación a las Oficinas de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas para su debida inserción en el DOCE (artículo 9o.).

Una vez que se han publicado dichos actos y datos son oponible frente a terceros, excepto que la Asociación Europea de-

<sup>129</sup> Pérez Escalona difiere de la solución legal adoptada y opina que el nacimiento de la personalidad jurídica se origina a partir de la celebración del acuerdo constitutivo. Pérez Escalona, S., “El concepto y la personalidad jurídica de la Asociación Europea: problemas de interpretación a la luz del derecho nacional”, *cit.*, p. 44.

muestre que con anterioridad habían tenido conocimiento de los mismos y exceptuando, también, las operaciones realizadas antes del decimosexto día siguiente a dicha publicación, en cuyo caso tales actos y datos no se pueden oponer a los terceros que demuestren que no habían podido tener conocimiento de los mismos (artículo 8.3). Por último, “los terceros podrán prevalecerse de los actos y datos respecto de los cuales no se hayan cumplido todavía las formalidades de publicidad, a menos que la falta de publicidad les prive de efecto” (artículo 8.4).

6. Organización interna: Los estatutos prevén la existencia de dos órganos: una Asamblea General y un órgano de representación.

La Asamblea General (regulada en los artículos 11-21) debe convocarse al menos una vez al año, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, bien de oficio por el órgano de administración o a instancias del 25% de los socios, aunque los estatutos pueden rebajar dicho porcentaje (artículo 13.1.2).

Cada socio tiene derecho a un voto (artículo 17.1), adoptándose las decisiones por mayoría de votos de los socios presentes o representados (artículo 18), aunque para la modificación de los estatutos se requiere una mayoría cualificada, consistente en dos tercios de los votos de los socios presentes o representados (artículo 19).

La competencia de la Asamblea General se extiende a todas las materias respecto a las que el reglamento le confiere una competencia específica (básicamente en lo atinente al nombramiento y revocación de los miembros del órgano de administración, modificación de los estatutos y disolución) y, por exclusión, a aquellas para las que no sean competentes los otros órganos (artículo 11).

En cuanto al órgano de administración (contemplado en los artículos 22-35) está compuesto al menos por tres miembros (artículo 22.2), pudiendo formar parte del mismo una entidad jurídica —representada por la persona física que designe—, a menos que lo prohíba la ley del Estado del domicilio (artículo 26.1). Los

miembros elegirán de entre ellos un presidente encargado de realizar la convocatoria del propio órgano, de oficio o a petición de un tercio, al menos, de sus miembros (artículo 24). Dichos miembros son nombrados por el periodo fijado en los estatutos sin que pueda exceder de seis años, aunque pueden ser reelegidos una o varias veces (artículo 25). En cualquier caso, para ser elegido es preciso reunir las condiciones de elegibilidad en virtud de la ley que les sea aplicable o de la ley del Estado de la sede de la Asociación Europea (artículo 26.2).

Por lo que respecta a las relaciones externas, el órgano de administración que gestiona la Asociación Europea tiene poder para obligarla frente a terceros, incluso si tales actos no se corresponden con el objeto de la asociación, a menos que “constituyan una extralimitación de los poderes que la ley confiere o permite conferir a dicho órgano”. Tampoco queda obligada la Asociación Europea, en estos casos, cuando pueda probar que el tercero sabía que el acto sobrepasaba el objeto de la misma o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta que la publicación de los estatutos no constituye, por sí misma, una prueba estos efectos (artículo 9.3). En la hipótesis de que el ejercicio del poder de representación frente a terceros se encomiende a más de un miembro lo ejercerán colectivamente (artículo 9.2) y las eventuales delegaciones que puedan hacerse a algunos de ellos sólo serán oponibles a terceros a partir de que se le haya dado publicidad a la cláusula donde conste (artículo 9.2).

Están sujetas a la autorización expresa del órgano de administración, las operaciones que enumeran los estatutos que podrán ser determinadas por los Estados miembros, el cual deliberará en las condiciones y según los procedimientos previstos en los estatutos, teniendo el presidente un voto cualificado en caso de empate (artículo 32).

Para las obligaciones derivadas del cargo, los miembros de los órganos de administración deben actuar siempre en interés de la Asociación Europea y perseguir la realización de sus objetivos, debiendo guardar discreción, “aún después de cesar en

sus funciones, en lo que se refiere a las informaciones de carácter confidencial de que dispongan sobre la Asociación Europea” (artículo 31). Son responsables solidarios del perjuicio que le ocasionen, aunque se establece una responsabilidad personal para cada uno de los miembros del órgano de administración que incumpla las obligaciones inherentes a sus funciones (artículo 33.2), para cuya exigencia se otorga la llamada acción social que corresponde promover a la Asamblea General, que debe adoptar la decisión por mayoría de los votos, o bien, en nombre y por cuenta de la Asociación Europea, por un quinto de los socios. En ambos casos tienen que designar “un mandatario especial, al que incumbirá el ejercicio de la acción” (artículo 34).

#### 7. Otras cuestiones:

A. Contabilidad (artículos 36-41): a la Asociación Europea se le impone la obligación de elaborar un presupuesto provisional, previamente a cada ejercicio (artículo 36). Por lo demás, para todo lo relativo a la contabilidad, el proyecto remite a las disposiciones respectivas de las legislaciones nacionales sobre cuentas de las sociedades de capital, que son una trasposición de las directivas contables comunitarias.

B. Disolución (artículos 42-43): la Asociación Europea queda disuelta bien por decisión de la Asamblea General cuando se produzcan cualquiera de las causas previstas en el artículo 42.2,<sup>130</sup> bien por decisión judicial del Tribunal del lugar de la sede de la Asociación Europea a petición de cualquier interesado cuando su domicilio ha sido trasladado fuera del territorio comunitario, o su actividad infringe el orden público del Estado miembro correspondiente a su domicilio, o las disposiciones del artículo 10. (naturaleza de la Asociación Europea), o del apartado 1 del artí-

<sup>130</sup> “Al expirar el periodo fijado en los estatutos;-si no se ha dado publicidad a las cuentas de los últimos tres ejercicios de la Asociación Europea;- cuando el número de socios sea inferior al número mínimo previsto por el presente Reglamento o por los estatutos de la Asociación Europea; por cualquier causa prevista por los estatutos o por la legislación del Estado del domicilio de la Asociación Europea para las entidades jurídicas enumeradas en el anexo”.

culo 3o. (personas que pueden constituir la Asociación Europea), aunque el Tribunal puede establecer la concesión de un plazo a la Asociación Europea para que regularice su situación (artículo 43).

C. Liquidación, insolvencia y suspensión de pagos (artículos 44 y 45): cuando la Asociación Europea es objeto de un procedimiento de liquidación (que se producirá como consecuencia de la disolución), insolvencia o suspensión de pagos, queda sujeta a las disposiciones de derecho nacional del Estado de su domicilio.

D. Disposiciones finales (artículos 46-47): hacen referencia, por un lado, a las medidas necesarias que han de adoptarse tanto en caso de infracción como para la ejecución del reglamento, remitiendo a las legislaciones nacionales y teniendo que comunicar dichas medidas a la Comisión, y por otro, a la obligatoriedad y entrada en vigor.

Finalmente, y en sintonía con la concepción de la Asociación Europea como una de las empresas de la economía social, al igual que las cooperativas y mutualidades, cada proposición de reglamento va acompañada de una proposición de directiva del Consejo por la que se completa el estatuto correspondiente en lo que respecta al cometido de los trabajadores.<sup>131</sup>

Lo más importante de la propuesta de directiva, por lo que respecta a las asociaciones, es la imposición de un modelo de participación o de un sistema de información y consulta, como condición indispensable para que la Asociación Europea pueda inscribirse y adquirir su personalidad jurídica (artículo 1o.).<sup>132</sup>

En otro orden de cosas, la directiva remite a las disposiciones nacionales sobre la participación de los trabajadores en los órganos de vigilancia o de administración de las sociedades naciona-

<sup>131</sup> Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Asociación Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores, COM (1991) 273, DOCE C99, del 21 de abril de 1992, p. 14.

<sup>132</sup> No olvidemos que en el ámbito de esta normativa, la inscripción tiene carácter constitutivo.

les en general.<sup>133</sup> No obstante, si el Estado miembro del domicilio no dispone de normas en materia de participación de los trabajadores o si no desea aplicar dichas disposiciones a la Asociación Europea, debe atenerse a las prescripciones mínimas previstas en el articulado de la directiva, en lo relativo a la información y consulta a los trabajadores (artículo 2o.). En este sentido, se determina que dicho sistema de información y consulta se debe adoptar, de común acuerdo, por los órganos de administración de las entidades fundadoras y los representantes de los trabajadores y ser ratificado por la Asamblea General constitutiva, aprobación que también se extiende al sistema elegido, en caso de constitución directa por personas físicas (artículo 3o.).

Por otro lado, el órgano de administración de la Asociación Europea debe informar y consultar a los trabajadores de la entidad, dentro de un plazo prudencial, al menos sobre determinados asuntos que se especifican, en particular, cualquier propuesta que pueda tener consecuencias graves para los intereses de los trabajadores o cualquier asunto que afecte a las condiciones de empleo (artículo 4o.).

También precisa la directiva determinados principios fundamentales relativos a las modalidades de dirección y de ejercicio de los mandatos: los representantes de los trabajadores de la Asociación Europea deben ser elegidos y representar a los trabajadores de todos los establecimientos, fábricas o instalaciones diversas de la Asociación, incluso cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial (artículo 5o.).

El análisis que a grandes líneas acabamos de realizar, con respecto a la reglamentación de la Asociación Europea nos da como resultado un sistema complejo “que intenta cohonestar

<sup>133</sup> En España, además de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores del 10 de marzo de 1980, la Ley del 7 de enero de 1991 sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, exige (con algunas excepciones) que el empresario entregue una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito a la representación legal de los trabajadores a los efectos que dispone la Ley.

las necesidades impuestas por la actuación internacional con las normas básicas de los Estados nacionales cuyos ordenamientos permanecen siempre en una segunda línea preparados para intervenir en cuanto el primer ordenamiento, el derecho común europeo, desfallezca”.<sup>134</sup> De hecho, se establece la remisión a la legislación de los respectivos Estados miembros en múltiples cuestiones: condiciones de inscripción de la Asociación Europea en el registro jurídico, examen y verificación de las cuentas, insolvenza y suspensión de pagos, etcétera. Se prevé, incluso, que el derecho estatal pueda llegar a determinar el grado de responsabilidad de la entidad cuando el órgano de administración actúa *ultra vires*, es decir, cuando desborda sus poderes.<sup>135</sup>

Ante la falta de viabilidad, hasta el momento actual, de la gestación de un Estatuto de Asociación Europea sólo tienen operatividad en el espacio europeo, las asociaciones materialmente europeas que son aquellas “asociaciones de carácter estatal que pueden ser constituidas tan sólo al amparo del ordenamiento interno de un Estado miembro y que despliegan su vida social sometidas a dicho ordenamiento”.<sup>136</sup> Dichas asocia-

<sup>134</sup> Benito Ruiz, L., “Aspectos jurídico-institucionales de las organizaciones voluntarias de objeto social”, en Casado Pérez, D. (comp.), *Entidades sociovoluntarias en Europa*, Barcelona, Hacer, 1997, p. 70.

<sup>135</sup> La retirada del proyecto resta actualidad a la crítica que se realizó al mismo basada, fundamentalmente, en su excesivo encorsamiento formalista y en la propuesta de *Directiva por la que se completa el Estatuto de la Asociación Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores* (DOCE C 273, del 21 de abril de 1992, que fue posteriormente modificada DOCE C 252 del 31 de agosto de 1993) que supuso un grave obstáculo para que prosperase el proyecto por el papel que al personal laboral asignaba en la dirección y gestión de las asociaciones. Teijo García, C., “Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en Escobar Hernández, C. (coord.), *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, cit.*, pp. 168 y 169.

<sup>136</sup> Así las define el prof. Teijo García que enumera entre ellas: CEDAG (European Council of Voluntary Organisations), CEN (European Committee for

ciones, a pesar de no representar la aspiración de lograr la regulación de un estatuto de asociacionismo europeo de carácter transnacional, juegan un importante papel como lo demuestra el amplio abanico de relaciones de carácter económico-instrumental y coadyuvantes con las políticas de la Unión Europea que las diversas instituciones de dicha organización vienen manteniendo con ellas, además de constituir auténticos lobbys que hacen valer su opinión ante las instancias comunitarias.<sup>137</sup>

En definitiva, dado que el Proyecto que acabamos de examinar ha sido retirado, el derecho de asociación, en la actualidad, sólo encuentra su reconocimiento comunitario en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### III. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

#### 1. *Origen de la Carta de los Derechos Fundamentales*

Los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas no incluyeron ningún catálogo de derechos fundamentales, en contraste con su reconocimiento en las Constituciones de los Estados miembros<sup>138</sup> entonces vigentes, lo que ha sido explicado por la

Standardization), CLONG (Liason Committee of Development NGOs to the EU), EAEA (European Association for the Education of Adults). Sus respectivas denominaciones hacen referencia a los fines de diversa índole que persiguen presentando, sin embargo, como nota común el sometimiento al derecho belga, regulación que se explica por la proximidad geográfica de dicho Estado con diversas sedes comunitarias y por su generosidad a la hora de regular el estatuto jurídico de las asociaciones. *Ibidem*, p. 163 y nota 11 de dicha página.

<sup>137</sup> A pesar de la importancia que las asociaciones europeas han venido experimentado, la Unión Europea no se ha decidido aún por dotarlas de una adecuada infraestructura normativa que traduzca, legislativamente, la pujanza que dichas entidades han experimentado, últimamente, en la construcción europea, como ha sido denunciado por cierto sector doctrinal. *Ibidem*, pp. 164 y 165.

<sup>138</sup> Recordemos que la primera Comunidad Europea acogía en su seno a seis países de Europa occidental: Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxem-

doctrina dado el carácter parcial con que nacieron dichos tratados, centrados en objetivos meramente socioeconómicos que fundamentaron diversas disposiciones de dicha índole en su articulado (libre circulación de personas, libre prestación de servicios, igualdad de retribuciones entre trabajadores masculinos y femeninos, derecho de sindicación y negociación colectiva etcétera), evidentemente, dirigidas a la consecución de un espacio económico unificado. Este vacío normativo tampoco fue colmado, en dicho momento inicial, por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante el Tribunal de Justicia) “probablemente en la creencia de que los objetivos inmediatos de la Comunidad no incluirán los derechos de los ciudadanos”.<sup>139</sup>

Resulta evidente que con esta situación se daba lugar a una gran inseguridad jurídica en el ámbito europeo,<sup>140</sup> máxime si se tiene en cuenta que la misma fuerza expansiva de la Unión Europea al superar los estrictos límites de los objetivos socioeconómicos que caracterizan su ámbito de actuación originaria alcanzando esferas materiales cada vez más diversas tales como la cultura, el medio ambiente y el desarrollo tecnológico etcétera, impusieron la necesidad de “constitucionalizar”, de alguna manera, la obligación de proclamar el respeto a los derechos y libertades fundamentales, así como su eficaz protección y tutela.

burgo y Países Bajos a los que en el devenir de la construcción europea se han añadido con posterioridad: Dinamarca, Irlanda y Reino Unido en 1973; Grecia en 1981; España y Portugal en 1986; Austria, Finlandia y Suecia en 1995; la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia en 2004; Rumania y Bulgaria en 2007.

<sup>139</sup> Muñoz Machado, S., Madrid, *Constitución*, Iustel, 2004, p. 271.

<sup>140</sup> Roldán Barbero advierte que el mismo Estado de derecho de los Estados miembros podía resultar afectado al no tener las competencias transferidas a las instituciones europeas “el mismo nivel de salvaguarda y garantía en lo que a los derechos fundamentales se refiere”. Roldán Barbero, J., “La carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, 2003, p. 944.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia abandona su inicial postura reticente para juzgar las normas y actos comunitarios que pudieran entrar en colisión con los derechos fundamentales<sup>141</sup> y a raíz de la sentencia Stauder,<sup>142</sup> ha procedido a establecer un sistema de control jurisdiccional de la actuación de las instituciones comunitarias, cimentado en la necesidad de garantizar la protección de aquellos derechos. De este modo, se consagra la doctrina según la cual estas libertades fundamentales quedan recogidas como principios generales del derecho comunitario a través de una triple remisión: —ciertas disposiciones de los tratados constitutivos de la Comunidad— los tratados internacionales atinentes

<sup>141</sup> Además de la apertura del proceso de integración, concebido originalmente en términos estrictamente económicos, hacia un ideal de integración política que por su propia dinámica imponía objetivos más ambiciosos, el otro factor que determinó el cambio de postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, en nota TJCE) fue la dirección adoptada por ciertos Tribunales constitucionales de Estados miembros, señaladamente, el italiano y el alemán (Sentencia Frontini, del 27 de diciembre de 1973 y Sentencia Solange Beschluss de 29 de mayo de 1974, respectivamente) de no admitir la prioridad del Ordenamiento jurídico comunitario con lagunas tan importantes en aspectos esenciales como el de los derechos humanos, por encima del derecho constitucional interno, véase en especial, la Decisión del BVerG del 22 de octubre de 1986, Solange II, en la que el Tribunal Federal Alemán, ante la mejora de la normativa y de la jurisprudencia comunitaria, en este sentido, se compromete a no fiscalizar en el futuro los actos comunitarios mientras los derechos fundamentales fueran garantizados convenientemente en sede comunitaria. Un comentario a esta Sentencia se puede encontrar en Rodríguez Iglesias, G.C.; Woelker, U., “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad (La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán del 22 de octubre de 1986)”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 14, núm. 3, 1987, pp. 667-685.

<sup>142</sup> El supuesto de hecho que motiva dicha sentencia es la de un beneficiario de una prestación social que estima que su dignidad ha sido dañada en virtud de una norma comunitaria que le obliga a identificarse ante los proveedores para poder acceder a un producto básico por un precio reducido y en ella el Tribunal llegó a afirmar: “los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia” (STJ del 12 de noviembre de 1969, Stauder, C-29/69, Rec. 1969, p. 419).

a la protección de los derechos humanos de los que son parte los Estados miembros, en especial el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950,<sup>143</sup> y —las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros—, siendo todos estos elementos los criterios indicativos que marcaron el nivel de protección de que gozaban en la Comunidad los derechos fundamentales (sentencias Nold y Hauer).<sup>144</sup>

A pesar de esta construcción jurisprudencial,<sup>145</sup> la incertidumbre jurídica persistía ya que “ni las autoridades comunitarias nacionales, ni los ciudadanos, pueden saber con precisión y a priori cuál es el contenido y alcance de los derechos fundamentales en el

<sup>143</sup> Recordemos que en su artículo 11 se consagra el derecho de asociación.

<sup>144</sup> SSTJ, respectivamente del 14 de mayo de 1974, Nold, C-4/73, Rec. 1974, p. 491, apartado 13; y del 13 de diciembre de 1979, Hauer, C-44/79, Rec. 1979, p. 3727, apartado 15.

<sup>145</sup> El sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales desarrollado por el tribunal mereció el apoyo de otras instituciones comunitarias: el Parlamento aprueba una resolución para la salvaguarda de los derechos fundamentales en la que invita a la Comisión a evitar conflictos con los derechos constitucionales nacionales y a examinar los modos de garantizar dichos derechos (Resolución del Parlamento europeo, del 4 de abril de 1973, DOCE C 26, del 30 de abril de 1973, p. 7); la Comisión se muestra decididamente partidaria de que los derechos constitucionalmente reconocidos por los Estados miembros alcancen el máximo nivel de protección (Informe de la Comisión, del 4 de febrero de 1976, sobre la protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del derecho comunitario. Bull. CE, Supl. 1976/5. Con posterioridad, se emite una declaración conjunta por las dos instituciones anteriores a las que se añade el Consejo (Declaración común sobre los derechos fundamentales del 5 de abril de 1977, DOCE núm. C, 1977, p. 1), en la que se obligan, en el ejercicio de sus competencias, a respetar los derechos emanados tanto de las Constituciones de los Estados miembros, como del CEDH. Por su parte, los jefes de Estado y de Gobierno gestan una Declaración en la que afirman que la pertenencia a la Comunidad Europea pasa, ineludiblemente, por el respeto a la democracia y a los derechos humanos en cada uno de los Estados miembros. (Declaración de Copenhague, del 8 de abril de 1978. El texto se puede consultar en Duparc, C., *La Comunidad Europea y los derechos humanos*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1992, p. 33).

ámbito del derecho comunitario”.<sup>146</sup> Para poner fin a esta situación existían, al menos en el plano teórico, dos posibilidades: incorporar, sin más, los catálogos de los derechos fundamentales, tal y como se regulaban en los ordenamientos internos de los Estados miembros, solución que chocaba con los principios de autonomía y de uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, o bien dotar de un catálogo propio al ámbito comunitario, catálogo que no tenía, necesariamente, que ser creado *ex novo*, ya que podía consistir en algún tratado internacional que insertara tales derechos.

De este modo, el constituyente comunitario recogió el testigo del Tribunal de Justicia, posibilitando las referencias al Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950 que se fueron incorporando en los tratados comunitarios<sup>147</sup> a partir del Acta Única Europea de 1987<sup>148</sup> para culminar con el Tratado de la Unión Europea (en adelante Tratado de la UE) aprobado en Maastricht el 7 de febrero de 1992,<sup>149</sup> y con el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre

<sup>146</sup> Míguez Macho, L., “Los derechos de justicia en la Carta de los Derechos Fundamentales”, en Ruiz Miguel, C. (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 193.

<sup>147</sup> Paralelamente, los derechos fundamentales fueron ocupando un espacio mayor en el proceso de integración europea, —se pasó de aspirar a la unidad por medio del mercado a la unidad por los derechos—, hasta que en el artículo 6.1 del Tratado de Ámsterdam se proclamó: “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”, siendo el respeto, por parte de los Estados, de aquellos derechos requisito imprescindible para pasar a formar parte de la Unión (artículo 49) y su violación grave y reiterada, posible causa de suspensión de algunos derechos, “incluidos los derechos de voto del gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo” (artículo 7.1.2).

<sup>148</sup> Fue firmada en Luxemburgo y La Haya el 28 de febrero de 1986 y entró en vigor con carácter general y para España el 10. de julio de 1987 (BOE núm. 158, del 3 de julio de 1987).

<sup>149</sup> Firmado el 7 de febrero de 1992. Entrada en vigor general y para España el 1 de noviembre de 1993 (BOE núm. 11 del 13 de enero de 1994; corrección de errores BOE núm. 12, del 14 de enero de 1994; texto corregido BOE núm. 138, del 10 de junio de 1994).

de 1997<sup>150</sup> cuyo artículo 6.2 establece: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario”<sup>151</sup> y atribuyó la tutela de los mencionados derechos al Tribunal de Justicia (artículo 46 Tratado de la UE, letra d). No obstante, la adhesión al Convenio por parte de la Comunidad fue descartada, ya con anterioridad, por un dictamen emitido por el Tribunal de Justicia 2/1994, de 28 de marzo de 1996<sup>152</sup> argumentando, sin entrar en

<sup>150</sup> Firmado el 2 de octubre de 1997. Entrada en vigor general y para España el 10. de mayo de 1999 (BOE, núm. 301, del 17 de diciembre de 1998—Ley Orgánica y textos; BOE, núm. 109, del 7 de mayo de 1999— Ratificación y textos; corrección de errores BOE, núm. 188, del 7 de agosto de 1999).

<sup>151</sup> Incidiendo en el aspecto de la protección de los derechos fundamentales dentro del proclamado acervo constitucional común, Freixes, explica que “se trata de su protección jurisdiccional, ya sea por el poder judicial ordinario, ya sea por el juez constitucional. En efecto, en todos los sistemas jurídicos de las sociedades democráticas los derechos fundamentales tienen fuerza vinculante garantizada por procedimientos jurisdiccionales. Y en varios países, como Alemania o España, se han establecido procedimientos específicos de protección constitucional de los derechos fundamentales, como el recurso de amparo. Además, sistemas de tutela configurados a través de instituciones de garantía no jurisdiccional se han desarrollado con éxito en los Estados miembros o en la Unión Europea. Un buen ejemplo de ello lo constituye la generalización de los mediadores”. Freixes Sanjuan, T., “Los derechos fundamentales en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea”, *Unión Europea*, núm. 4, 2004, p. 22.

<sup>152</sup> Dicho Dictamen es consecuencia de la solicitud que formula el Consejo de la Unión Europea con arreglo al apartado 6 del artículo 228 del Tratado CE, actualmente artículo 300 CE tras su modificación (Rec. p. I-1759). Según dicha disposición, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro pueden solicitar un dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del Tratado. Por lo demás, el dictamen representa el último eslabón de una cadena que se inicia con el Memorándum de la Comisión sobre la adhesión de las Comunidades a la Convención europea sobre derechos humanos del 4 de abril de 1979 (Boletín CE, supl. 2/79), siendo retomada dicha aspiración en la Comunicación de la Comisión del 19 de noviembre de 1990, en la que se insta al Consejo a autorizar las negociaciones

cuestiones de fondo, que en el “estado actual” del derecho comunitario las instituciones no tienen competencia para regular en materia de derechos humanos y, por tanto, para adoptar tal género de decisión.<sup>153</sup>

Ante dicha negativa, en el Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999) se optó por la alternativa de trabajar en la elaboración de una carta que procurase a la Unión una declaración de derechos fundamentales que le dotase de mayor visibilidad, siendo encargada su redacción por el Consejo Europeo a una Convención que se constituyó el 17 de diciembre de 1999.<sup>154</sup>

(Doc. SEC (90) 2087 final). A partir de esta toma de postura de la Comisión favorable a la adhesión se desarrolla una labor de apoyo y estudio por parte de todas las instituciones comunitarias que culmina con el dictamen referido. (Para un estudio detallado sobre el mismo se puede consultar Fernández Sola, N., “La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 144, 1997, pp. 41-55).

<sup>153</sup> La mayoría de los autores coincide en que la razón decisiva que llevó al Tribunal de Justicia a adoptar tal postura fue su deseo de mantenerse como supremo intérprete del Derecho comunitario sin perder tal posición por la incorporación de la Comunidad a un sistema jurídico que contase con su propio órgano jurisdiccional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase entre otros, De Areilza Carvajal, J.M., “El Dictamen 2/1994 del Tribunal de Justicia o cómo no abordar el espinoso asunto de las competencias comunitarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, p. 344; Míguez Macho, L., “Los derechos de justicia en la Carta de los Derechos Fundamentales”, en Ruiz Miguel, C., (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit., pp. 195 y 196; Peña Echevarría, J., “Ciudadanía europea y derechos fundamentales”, *Ciudadanos de Europa. Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, p. 150. Sin embargo, Carrillo Salcedo apunta que las razones son mucho más complejas y se derivan del conjunto tan heterogéneo de Estados que, en la actualidad, componen el Consejo de Europa, con su repercusión en la formación del TEDH, frente a la homogeneidad del bloque de los Estados de la Unión Europea con una constatada tradición en el respeto de los derechos humanos lo que dificulta su sometimiento a las decisiones de dicho Tribunal. Carrillo Salcedo, J. A., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 125.

<sup>154</sup> El nombre lo tomó evocando la Convención de Filadelfia de 1787 que redactó la Constitución de EE.UU., hoy todavía vigente, y en su método de

La Convención culminó su cometido con la aprobación del Proyecto definitivo el 21 de septiembre de 2000, siendo firmada y proclamada, solemnemente, el 7 de diciembre de 2000 en Niza, por los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de sus respectivas instituciones.<sup>155</sup>

## 2. Contenido. Especial referencia al derecho de asociación

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>156</sup> con una estructura netamente original en el ámbito de protección interna e internacional de los derechos humanos, consta de 54 artículos divididos en siete títulos y precedidos de un Preámbulo:<sup>157</sup> título I “Dignidad”(artículos 1-5); título II “Li-

trabajo utilizó una fórmula normativa muy novedosa, estando integrada por 62 miembros provenientes de todo el espectro de los órganos comunitarios e incluso de los internos de los diferentes Estados miembros: contaba con treinta diputados nacionales (dos por cada parlamento estatal) y sus reglas de trabajo fueron en todo momento públicas y abiertas a las sugerencias de la ciudadanía, especialmente, a través de Internet. Roldán Barbero, J., “La carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *cit.*, pp. 946 y 949. Es decir, que dicha asamblea se integraba “por una importante presencia de las dos legitimidades que conforman la UE, la democrática y la intergubernamental, europea y nacional”. Véase Mangas Martín, A., Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 42.

<sup>155</sup> Es interesante recordar que, durante esta etapa, el *Forum Permanent de la Société Civile* envió a la Convención un *Projet de Charte des citoyennes et citoyens européens* instando al reconocimiento expreso del derecho de asociación en la Unión Europea (Doc. CHARTE 4104/00, del 7 de febrero de 2000, p. 6).

<sup>156</sup> Publicada en el DOCE C 364, del 18 de diciembre de 2000, p. 1.

<sup>157</sup> En el que con carácter sumamente integrador se establece: “La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo de-

bertades” (artículos 6-19); título III “Igualdad” (artículos 20-26); título IV “Solidaridad” (artículos 27-38); título V “Ciudadanía” (artículos 39-46); título VI “Justicia” (artículos 47-50); título VII “Disposiciones generales aplicables a la interpretación y aplicación de la Carta” (artículos 51-54).<sup>158</sup>

En la Carta aparecen, pues, incluidos en sus diversos títulos un haz de derechos civiles y políticos junto con derechos económicos, sociales y culturales<sup>159</sup> esto es, lo que se conoce como derechos de la primera y la segunda generación e incluso, teniendo en cuenta la evolución social, también, de la tercera: derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, protección de datos personales.<sup>160</sup> En cuanto al derecho de asociación, lógicamente incardinado en

bidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizada bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”.

<sup>158</sup> “El concepto de los derechos de la Carta se basa en una escala de valores generales, cuyo punto de partida es la dignidad de la persona, y cuyos principios integrantes son los de universalidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales”. Gil y Gil, J.L.; Ushakova, T., “Los Derechos Sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002, apartado 4.

<sup>159</sup> Carrillo Salcedo recuerda lo novedoso de este tratamiento en comparación con la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y económicos sociales y culturales por otro presente, hasta entonces, en los Tratados internacionales tanto universales como regionales (Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos sociales y culturales, en la esfera de las Naciones Unidas y Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta Social Europea en la del Consejo de Europa). Carrillo Salcedo, J. A., *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, cit., p. 119. No obstante, la Carta no los clasifica con arreglo a estas categorías, sino en torno a unos valores fundamentales como la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. Véase Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 152.

<sup>160</sup> De este modo, la Carta “reúne en un instrumento único y común a todos los Estados miembros de la Unión europea un conjunto de derechos fundamentales reconocidos en Europa, y hasta entonces dispersos (o bien en textos como el CEDH o bien en la práctica jurisprudencial), a los que da un contenido preciso, llevando a cabo una labor de codificación”. *Ibidem*, p. 151. Dicha codificación ha sido sumamente intensa al englobar el acervo convencional (Consejo de Europa, Unión Europea, ONU, OIT, etcétera), jurisprudencial (Tribunal

el título II al constituir una de las libertades clásicas, se proclama en su artículo 12,<sup>161</sup> junto con el de reunión y sindicación, con el siguiente tenor:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical, y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.<sup>162</sup>

2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.<sup>163</sup>

Reconocimiento amplísimo del derecho de asociación en la Carta de Derechos Fundamentales que engloba no sólo la consagración de la libertad de asociación propiamente dicha “a todos los niveles” (por lo que sería viable una asociación de cualquier

Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión) y el constitucional de los Estados miembros, según reza en su Preámbulo.

<sup>161</sup> Los antecedentes de dicho precepto a partir de los trabajos de la Convención aparecen recogidos en Martín y Pérez de Nanclares, J., “Comentario al artículo 12”, en González Alonso, L.N., (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 289 y ss.

<sup>162</sup> Se ha observado el tratamiento correlativo con el CEDH que se hace en la CDFUE de la libertad sindical al no dotarla de carácter autónomo. Además, no se le ubica con el resto de los derechos sociales de carácter positivo que comportan para los poderes públicos la obligación de fomentar su ejercicio. Véase Gil y Gil, J. L., y Ushakova, T., “Los Derechos Sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *cit.*, apartado 3.1.

<sup>163</sup> Andrea Buratti explica que las diferencias entre este artículo y el 11 del CEDH (el uso del término “individuo” en lugar del de “persona”; los añadidos de la fórmula “en todos los niveles” y del inciso “especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico”; el uso de ligeras variantes de léxico en lo atinente a la disciplina del derecho de asociación sindical), hacen referencia a aspectos marginales que no implican alteraciones en el alcance de la norma de la Carta con respecto a la contenida en el Convenio. Indica, también, dicho autor lo significativo que resulta el que ambas normas no se refieran a la libertad negativa de asociación que, no obstante, debe entenderse reconocida. Buratti, A., “El sistema constitucional europeo de las libertades asociativas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, p. 280.

índole cultural, deportiva etcétera), sino también formas asociativas específicas, singularmente, partidos políticos y sindicatos. Siguiendo con el ámbito material del precepto, precisamente la referencia a los sindicatos cobra especial importancia desde una doble perspectiva: en relación con determinados derechos sociales que en la Carta, a diferencia del CEDH, aparecen recogidos, especialmente el derecho de negociación y acción colectiva del artículo 28. Por otro lado, teniendo en cuenta que los destinatarios de la Carta son las instituciones y órganos de la Unión, los funcionarios comunitarios también son titulares del derecho de asociación, incluido lógicamente, el derecho a crear sindicatos.<sup>164</sup> Junto a los sindicatos, como ejemplo de manifestación relevante de la libertad asociativa, se encuentran las formaciones políticas. Mención aparte merecen dichas formaciones cuando se constituyen a escala europea contempladas específicamente en el párrafo segundo del artículo 12 de la Carta. Como se ha puesto de manifiesto en realidad el apartado contiene un alto valor simbólico que revela la importancia de la que se quiere dotar a los partidos políticos de ámbito europeo para conformar la voluntad de los ciudadanos de la Unión. No obstante, la inclusión puede llegar a adquirir importancia ante eventuales limitaciones a la futura actividad de dichas formaciones en relación con la libertad de asociación consagrada en el párrafo primero.<sup>165</sup> También se ha advertido

<sup>164</sup> El Tribunal de Justicia, que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho de asociación sindical de los funcionarios, como tendremos ocasión de ver con posterioridad (STJCE del 8 de octubre de 1974, *Union Syndicale*, 175/73, Rec., p. 917, apartados 14 y 16; STJCE del 11 de mayo de 1989, *Maurissen and Union Syndicale*, C-193/87 y C-194/87, Rec. P. I-95, apartados 13 y 21), reconduce su pronunciamiento al derecho del trabajo y no a la libertad del derecho de asociación.

<sup>165</sup> Especialmente si en el futuro el Consejo hace uso de la atribución de competencia que le brinda el artículo 19. 2 del TCE y establece un estatuto de los partidos políticos a escala europea. En tal caso, dichos partidos gozarían obviamente de la protección que brinda a las asociaciones en general el párrafo primero del artículo 12". Martín y Pérez de Nanclares, J., "Comentario al artículo 12", en González Alonso, L.N., (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, cit. p. 294.

que el principal reto al que se van a enfrentar dichas organizaciones “consiste en determinar hasta qué punto seguirán siendo redes de partidos estatales o, en cambio, van a convertirse en centros de decisión realmente independientes del ámbito estatal, organizando una vida política autónoma en torno a los mismos”.<sup>166</sup>

A pesar de que el artículo no contiene una disposición como la establecida en el párrafo segundo del artículo 11 del Convenio que recoge los requisitos para la válida interdicción del derecho de asociación,<sup>167</sup> ha de considerarse incluida en el derecho de asociación regulado en la Carta ya que el artículo 52.3 de la Carta dispone: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.<sup>168</sup> Por tanto, el ejercicio del derecho de asociación no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que,

<sup>166</sup> Pérez-Moneo, M., “Los partidos políticos a escala europea (artículo 12 CDFUE)”, en García Roca J., Fernández Sánchez, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 483.

<sup>167</sup> Ello es debido a que la redacción de la misma se concibe en términos de máxima sencillez para que sea fácilmente asequible a todos, teniendo en cuenta que los redactores establecieron en el Informe explicativo, de una manera desarrollada, las excepciones, límites y conceptos de cada derecho o libertad (el texto definitivo de las Explicaciones se contiene en la Declaración núm. 12, “Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales” anexa al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

<sup>168</sup> La inclusión de la última frase del precepto ha sido motivada por la extensión territorial experimentada por el Consejo de Europa que ha provocado ya una política de doble estándar de protección por parte del TEDH cuando se trata de países adheridos con una tradición menos desarrollada de garantía de sus derechos fundamentales. Ante tal eventualidad, los redactores de la Carta se han reservado la posibilidad de superar los niveles de protección mantenidos por el CEDH. V. Rodríguez Bereijo, A., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 192, 2001, p.

previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. Además el CEDH prevé la posibilidad de imponer restricciones legítimas al ejercicio del derecho de asociación por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.<sup>169</sup>

Para precisar el contenido esencial de este derecho, es determinante el párrafo primero del mismo precepto de la Carta cuando dispone, con carácter general: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad,<sup>170</sup> cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”, formulación que evoca lo preceptuado en los segundos párrafos de los preceptos que establece el convenio para aquellos

29; Gil y Gil, J.L., y UshakovA, T., “Los Derechos Sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *cit.*, apartado 4.2.

<sup>169</sup> El TEDH tiene ya una consolidada jurisprudencia a propósito de estos límites que se concreta en los partidos políticos a la posibilidad de su prohibición cuando se produzcan los requisitos previstos en el artículo 11.2 CEDH y para los sindicatos en la imposición, por parte de algunos Estados de la necesidad de afiliación obligatoria. En el espacio estrictamente comunitario, la cuestión más emergente gravita en torno a la interacción entre estas limitaciones y las libertades de circulación de los factores de producción, tal y como queda reflejado en el asunto Schmidberger, que tendremos ocasión de analizar más adelante.

<sup>170</sup> El principio en cuestión implica que se ha de elegir, de entre las diversas medidas aplicables, la menos gravosa, así como que las cargas impuestas no deben ser desmesuradas con respecto a los objetivos perseguidos. Pico Lorenzo, C. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Unión Europea*, núm. 11, 2009, p. 26. Para un estudio más detallado de dicho principio, V. Fernández Nieto, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público europeo*, Madrid, Dykinson, 2008.

derechos fundamentales que no son inderogables, dentro de los que se encuentra el derecho de asociación.<sup>171</sup>

Esta interpretación tiene, también, su apoyo en las “Explicaciones” dadas al artículo 12 de la Carta por el Praesidium:

1. Las disposiciones del apartado 1 de este artículo corresponden a lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio que dice lo siguiente: (...) Las disposiciones del apartado 1 del presente artículo 12 tienen el mismo sentido y alcance que las del Convenio, pero su ámbito de aplicación es más amplio dado que pueden aplicarse a todos los niveles, incluido el europeo.<sup>172</sup> Conforme al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, las limitaciones a este derecho no pueden sobreasar las que el apartado 2 del artículo 11 del Convenio considere que puedan ser legítimas.
2. Este derecho se basa, también, en el artículo 11 de la Carta comunitaria de Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores.
3. El apartado 2 del presente artículo corresponde al artículo 191 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> En este sentido, SANZ que añade un juicio de valor sobre la metodología más honesta del Tratado del Consejo de Europa sobre el texto de la Unión Europea al establecer aquél, clara e individualmente dichas limitaciones. Sanz Caballero, S., “La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas”, en Fernández Sola, N. (Coord.), *Unión Europea y Derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 84, nota 41.

<sup>172</sup> Teijo García interpreta la extensión de la libertad de asociación recogida en la Carta como una posibilidad para que las asociaciones con una base social europea constituyan un auténtico estatuto europeo. Teijo García, C., “Democracia, sociedad civil europea y asociaciones europeas: un olvidado vacío legal. Nuevas reflexiones a la luz del derecho europeo de asociación recogido en el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en Escobar Hernández, C. (coord.), *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, cit.*, pp. 162 y 163.

<sup>173</sup> Artículo 191 (antiguo artículo 138 A): “Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dicho partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión”. Como aclara el profesor

El precepto comunitario supone, por tanto, la constitucionalización por primera vez en el ámbito regional europeo de la garantía del contenido esencial, de forma similar a lo establecido en la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, y a diferencia de lo preceptuado en la Constitución Española, el artículo comunitario se refiere sólo a la posible restricción del ejercicio de los derechos fundamentales en lugar de contemplar el concepto más amplio de regulación de este ejercicio.<sup>174</sup>

El goce de la mayor parte de los derechos mencionados por la Carta de Derechos Fundamentales y, por consiguiente, del derecho de asociación corresponde a cualquier individuo sin ser necesario que sea un ciudadano de la Unión.<sup>175</sup> Dicho ámbito subjetivo del derecho engloba no sólo a las personas físicas, sino también,

Cruz, estas “explicaciones” son meras concordancias del contenido del correspondiente precepto de la Carta con lo dispuesto en los homólogos artículos de otros Textos internacionales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o las tradiciones constitucionales comunes y lo que evidencian, a juicio de dicho autor, es que la Carta no aporta nada nuevo a lo ya establecido en otras partes de la Constitución europea, en los Tratados internacionales, fundamentalmente, el CEDH y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cruz Villalón, J., “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en Cruz Villalón, J; Pérez del Río, T. (Coords.), *Una aproximación al derecho social comunitario*, *cit.*, pp. 194 y ss.

<sup>174</sup> Véase, De Domingo Pérez, T. y Martínez-Pujalte López, A. L., “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución Europea”, en García Couso, S. (coord.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1578.

<sup>175</sup> No obstante, existen derechos reservados a los ciudadanos de la Unión (los contemplados en el Capítulo V, que hace referencia a algunos derechos ya mencionados en los Tratados —libertad de circulación y estancia, derecho de voto, derecho de petición—, introduciendo al mismo tiempo, también, el derecho a una buena administración), o a los nacionales de los terceros Estados que sean residentes legales en territorios de la Unión, así como otros que se atribuyen en atención a una condición particular de las personas (sería la hipótesis de los derechos de los menores, de los trabajadores en relación con determinados derechos sociales o de las personas con discapacidad), en contraste con el carácter universal de los derechos proclamados en otros textos internacionales (así, en la DUDH los dos Pactos Internacionales y, señaladamente, en el CEDH).

en determinados supuestos a las jurídicas ya que una asociación podría ejercer su derecho a ser miembro de otra.<sup>176</sup> Desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos (en cuanto les imponen no sólo una obligación pasiva de respeto sino también de impulso y promoción), sus disposiciones se dirigen “a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad,<sup>177</sup> así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”, ex artículo 51.1 de la Carta.<sup>178</sup> Al llevar a cabo este cometido, las instituciones comunitarias no podrán arrogarse, en ningún caso, competencias de los Estados miembros, de ahí que en el segundo párrafo del artículo se puntualice: “La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los tratados”.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> Martín y Pérez de Nanclares, J., “Comentario al artículo 12”, en González Alonso, L. N., (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo, cit.*, p. 291.

<sup>177</sup> Dicho principio implica que la Unión debe “ejercer únicamente aquellas responsabilidades que pueden acometerse de forma más efectiva mediante políticas comunes que a través de la actuación de los Estados miembros por separado” (Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004/2129(INI). Ponentes Richard Corbitt e Íñigo Méndez de Vigo).

<sup>178</sup> Los derechos fundamentales y, consiguientemente, el derecho de asociación están protegidos con carácter general en el ámbito comunitario de modo que ni las medidas de las instituciones comunitarias ni las de los Estados miembros, siempre que hayan sido adoptadas dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario, pueden resultar incompatibles con el respeto de los derechos humanos fundamentales ya que la Comunidad como comunidad de derecho se ve asimismo como comunidad basada en el respeto de dichos derechos (sentencia del TJCE del 12 de junio de 2003, Schmidberger, C112/00, Rec. 2003, p. I-5659, apartado 73).

<sup>179</sup> Un estudio del artículo ha sido realizado por Biglino Campos, P., “Derechos frente a la Unión, Derechos frente a los Estados miembros: el artículo 51

En esta misma línea, interesa traer a colación que el artículo 53 del mismo texto, también dentro de las denominadas cláusulas horizontales, contiene un precepto con arreglo al cual ninguna disposición contenida en la Carta podrá interpretarse como limitativa y opresiva de los derechos humanos recogidos por el derecho de la Unión, por el derecho internacional y por las Constituciones de los Estados miembros, lo que implica que en cuanto al nivel de protección o garantía de los derechos fundamentales siempre ha de aplicarse, en el caso concreto, el de aquél de los derechos que contenga el estándar más elevado de protección.<sup>180</sup> Sin embargo, tampoco debemos olvidar que la Carta no fue introducida en la reforma operada en Niza, en el derecho primario de la Unión a fin de privarle de efecto jurídico obligatorio por lo que, en este momento, nos encontrábamos ante una norma que no tenía carácter vinculante,<sup>181</sup> dada la inexistencia de un pro-

de la Carta”, en Fernández Sola, N. (coord.), *Unión Europea y Derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, cit., pp. 235-256.

<sup>180</sup> No ha pasado inadvertida para la doctrina, la amenaza que puede encerrar dicha cláusula al atentar contra el principio de primacía de la norma europea sobre la nacional y sobre la aplicación uniforme del derecho comunitario, como, por ejemplo, en la hipótesis de que al enjuiciar un acto de un Estado sometido al derecho comunitario, el Tribunal de Justicia comunitario tuviera que aplicar dicho ordenamiento interno, en detrimento del derecho comunitario al comportar aquél un mayor nivel de protección de los derechos fundamentales, propiciando así la heterogeneidad y la ruptura de la primacía. Alonso García, R., “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, pp. 15 y 16; Muñoz Machado, S., *Constitución*, cit., p. 277.

<sup>181</sup> No obstante, Carrillo Salcedo pone de manifiesto que dicha ausencia de fuerza vinculante no implica también carencia de efectos jurídicos y se aventura a proclamar que la Carta de Derechos Fundamentales alcanzará valor obligatorio por la vía “de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho comunitario”. Carrillo Salcedo, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, pp. 17-19. En esta misma línea, Alonso García insiste en su indudable relevancia jurídica al constituir un instrumento de progreso en la constitucionalización de la Unión Europea haciendo realidad “la

nunciamiento con eficacia asumiendo su contenido,<sup>182</sup> hasta que no entrase en vigor el tratado constitucional.<sup>183</sup>

unión progresivamente más estrecha de los pueblos europeos”. Alonso García, R., “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *cit.*, p. 10. Asimismo, constituye un referente obligado para valorar, por parte de la Comisión, si en los países candidatos están suficientemente protegidos los derechos fundamentales dimanantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión. Véase José Menéndez, A., “Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, <http://premium.vlex.com>.

<sup>182</sup> Conclusiones del abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 12 de septiembre de 2006, en el Asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, apartado 75, ante la petición de decisión prejudicial planteada por el Arbitragehof de Bélgica al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la validez de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0303:ES:HTML>.

<sup>183</sup> Mangas Martín, exponía que a pesar de todo, la Carta tenía, ya en estos momentos, efectos jurídicos con independencia de la suerte que corriera el nuevo Tratado constitucional, de modo que ya en ese momento había adquirido virtualidad a través de otros instrumentos normativos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, nuestras constituciones y el Derecho comunitario, siendo reclamable su tutela judicial ante los Tribunales. Mangas Martín, A., *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005, p.186. En este sentido, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea había sido invocada por los Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión en sus conclusiones (así por Ph. Léger, en la sentencia del Tribunal del TJCE, de de 6 de diciembre de 2001, Consejo contra Hautala, C 353/99 P, Rec. 2001, p. I-9565, invoca el artículo 42 de la Carta a propósito del derecho a la información y al acceso a los documentos), y por algunos Tribunales constitucionales como el español (en concreto, en la alusión que al artículo 8 de la Carta hace en su voto particular D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en la STC 290/2000, de 30 de noviembre —BOE, núm. 4 suplemento, de 4 de enero de 2001—, relativa a un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la LO 15/99, sobre protección de datos. Posteriormente, también, había sido citada, por ejemplo en la STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3o; STC 17/2006, de 30 de enero, FJ 5o, así como por el TEDH (en el mismo fallo, STEDH de 11 de julio de 2002, *caso I. contra Reino Unido*, entre otras). Incluso, había sido objeto de mención por parte del TPI en algunos fallos (entre otros en la sentencia de 3 de mayo de 2002, Jégo-Quéré y Cia/Comisión, T-177/01, Rec. 2002, p. II-2365, apartados 42 y 47); asimismo, la Comisión y el Parlamento Europeo habían asumido

### 3. *La Carta de los Derechos Fundamentales en cuanto parte integrante del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*

A raíz del Consejo Europeo de Laeken el 14 y 15 de diciembre de 2001<sup>184</sup> se formó una nueva Convención para el Futuro de Europa que comenzó sus trabajos el 28 de febrero de 2002,<sup>185</sup> bajo la presidencia de Valéry Giscard d'Estaing y la vicepresidencia de Giuliano Amato y Jean-Luc Dehane, y los concluyó en julio de 2003 presentando al Consejo Europeo de Tesalónica un proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución europea. El documento final que elaboró la convención, adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, sirvió de punto de partida para la conferencia intergubernamental que inició sus trabajos el 15 de octubre de 2003 en Roma y adoptó el texto del nuevo tratado Constitucional el 29 de octubre de 2004.<sup>186</sup> Todo este proceso terminó con la

su valor jurídico en diversos proyectos de reglamento y resoluciones. Finalmente, el TJCE, que no se había referido a ella explícitamente. V. “Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (COM 2000 644), había dado un giro copernicano fallando que, si bien no era un instrumento jurídico vinculante, había de significarse su importancia (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 27 de junio de 2006, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea, Asunto C-540/03, Rec. 2006, p. I-05769, apartado 38.

<sup>184</sup> Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea, SN/273/01, del 15 de diciembre de 2001.

<sup>185</sup> En ella se incidiría en cómo organizar el reparto competencial, en determinar las respectivas tareas de las instituciones comunitarias, asegurar la coherencia y la eficacia de la acción exterior de la Unión, sin olvidar el importante aspecto de reforzar su legitimidad.

<sup>186</sup> Girón Larrucea, J. A., “Carácteres esenciales del proyecto de Tratado Constitucional Mediante el que se Propone la Constitución Europea”, en Urías Martínez, J. et al. (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 2179-2188. La última versión del texto de la Constitución Europea figuraba en el documento CIG 87/2/04 Rev. 2, del 29 de octubre. El debate en torno a si nos encontrábamos ante una Constitución o se trataba, más bien de un tratado lo zanjó el Parlamento europeo puntualizando que si bien

incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales adoptada en el 2000 en Niza por la primera Convención, como parte II, al Tratado por el que se Establece la Constitución Europea,<sup>187</sup> figurando la libertad de reunión y asociación en el artículo II-72.<sup>188</sup>

su aspecto formal participa de las características de los Tratados por lo que su aprobación y ratificación se llevarían a cabo de conformidad con la normativa que rige los mismos, su naturaleza y contenido, sin embargo le erigían en una verdadera Constitución (informe del Parlamento Europeo Sobre el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (2004/2129(INI). También se ha puesto de manifiesto que dicha denominación tenía un fuerte valor simbólico que traslucía una clara voluntad política de afianzar, tal y como recogía el preámbulo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”. Alonso García, R., “Estudio Preliminar”, *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2008, p. 23.

<sup>187</sup> Cruz Villalón desarrolla la idea de que la Carta no aporta nada nuevo al sistema de derechos de la Constitución Europea del que se hace dependiente. Cruz Villalón, P., “La Carta, o el convidado de piedra”, en Closa Montero, C., Fernández Sola, N., (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 185-197.

<sup>188</sup> El Tratado Constitucional tenía que haber sido ratificado por los ciudadanos o el Parlamento de los veinticinco Estados miembros de la UE., habiendo sido aprobado en España por referéndum el 20 de febrero de 2005 (convocado mediante Real Decreto 5/2005, del 14 de enero, BOE núm. 13, de 16 de enero de 2005) y por 14 Estados más. José Menéndez se aventuró a decir que resultaba improbable que todos los Estados miembros lo ratificasen (en los referendos de Francia y Holanda se impuso el no), en cuyo caso era previsible que se hubiera articulado la fórmula prevista en el proyecto que posibilitaba su entrada en vigor para la mayoría de aquéllos que lo hagan. Véase José Menéndez, A., “Ni Constitución ni Tratado, sino todo lo contrario”, en Closa Montero, C., Fernández Sola, N., (Coord.) *La Constitución de la Unión Europea*, cit., p. 115, nota 61. El proceso de convalidación ha sido estudiado por López Castillo, A., “A propósito del proceso de ratificación del Tratado constitucional de la Unión Europea”, en Closa Montero, C., Fernández Sola, N., (coords.) *La Constitución de la Unión Europea*, cit., 2005, pp.165-184. En una reunión de los Jefes de Gobierno de los 25 Estados miembros, celebrada en Bruselas los días 15 y 16 de junio de 2006, se acordó que este proceso debía quedar cerrado para finales del año 2008, fecha en la que el Consejo europeo estará bajo la presidencia alemana. El presidente de la Comisión europea, José Manuel Durao Barroso, y el resto de los líderes europeos puntualizaron también, en este sentido, que sería necesario

Dicha incorporación implica, sin duda, una dinamización de los derechos fundamentales ya que todas las disposiciones que forman parte de la legislación de la Unión Europea así como las acciones que lleven a cabo las Instituciones de la Unión han de respetar la normativa de la Carta. En esta misma línea, no se puede olvidar que a pesar de que la Conferencia Intergubernamental se ha limitado, prácticamente, a reproducir el texto de la Convención, contiene la novedad,<sup>189</sup> esencial para el respeto de los derechos humanos en el plano de la Unión Europea, de establecer la adhesión por parte de la misma al Convenio Europeo de Derechos Humanos ex artículo I-9.2, del que son parte integrante todos los Estados miembros, siempre que ello no suponga una alteración de sus competencias para garantizar el control externo del respeto a los derechos humanos.<sup>190</sup>

Se culminaba, de este modo, de forma positiva la aspiración a dicha adhesión, si bien hay que tener en cuenta que el artículo 17 del Protocolo núm. 14, de Modificación del Sistema de Control del Convenio, modifica su artículo 59 y añade un párrafo segundo estableciendo que “la Unión Europea se puede adherir

resolver la crisis constitucional que tenía planteada la Unión europea antes de proceder a nuevas incorporaciones de otros Estados a la Unión.

<sup>189</sup> Otras modificaciones están constituidas por la adhesión a los valores relativos a los derechos de las personas que pertenecen a minorías; la inclusión de la igualdad entre hombres y mujeres con el rango de principio; la inclusión de la estabilidad de precios entre los objetivos de la Unión, junto con el objetivo de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social.

<sup>190</sup> El reconocimiento del Convenio Europeo en la Carta de Derechos Fundamentales pretendió evitar la duplicidad en la interpretación de unos mismos derechos con respecto a Estados integrados en los dos sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, aprovechar el acervo interpretativo construido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde su creación. González García, J. M., “Efectividad de los derechos fundamentales en el plano internacional: la ejecución en España de los dictámenes y decisiones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales”, en Aguilera Morales, M., (Coord.), *La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2008, pp. 364 y 365.

al presente Convenio”, aunque dicha posibilidad se ha visto reforzada en el propio texto de la Constitución con el documento CIG 87/04 Add. 2, del 6 de agosto, cuya declaración relativa al apartado 2 del artículo I-9, especifica que la adhesión “debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión”, fortaleciéndose tras la adhesión el diálogo regular ya existente entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo.

Precisamente, por esta práctica de inalterabilidad de contenidos entre los textos dimanantes de la Convención y de la Conferencia Intergubernamental y puesto que ya se ha dejado constancia de los puntos más importantes cuando se analizó el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, nos fijaremos ahora en el aspecto que vertebría todo el desarrollo de los derechos fundamentales: la centralidad de la persona y de su dignidad en el Tratado por el que se establece la Constitución Europea.

Podemos comprobar, en efecto, que ya en su Preámbulo se hace referencia a la “herencia cultural, religiosa y humanista de Europa” lo que claramente entronca con el humanismo personalista presidido por la idea de la dignidad humana.<sup>191</sup> El artículo I-1 contiene la referencia clara a la persona humana como centro del orden jurídico y político y el artículo I-2 especifica como valores sobre los que se articula toda la construcción europea, en primer lugar la dignidad humana junto con la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas que pertenecen a minorías. Dichos valores sirven de parámetros para la admisión de futuras adhesiones y, además, pueden legitimar sanciones imponibles a aquellos Estados miembros que los vulneren de forma grave y persistente. En este último artículo se consagran, igualmente, los principios que han de marcar el norte en la actuación de la

<sup>191</sup> Serna Bermúdez, P., “La dignidad humana en la Constitución Europea”, en Álvarez Conde, E. *et al.*, (coord.), *Comentarios a la Constitución Europea*, *cit.*, p. 206.

Unión: el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres.<sup>192</sup>

Siguiendo con este recorrido constitucional la parte II incorpora, como sabemos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que se abre con un segundo preámbulo donde, nuevamente, la dignidad ocupa un papel primordial: “Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”. A continuación, el título I de la Carta que se titula, precisamente, “Dignidad”, abarca los artículos II-61 a II-65, comienza por establecer en el primero de ellos que “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.<sup>193</sup>

La correlación entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y la dignidad humana se pone de manifiesto, de forma patente en las explicaciones del praesidium a este artículo en el que después de dejar sentado que “la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental sino que

<sup>192</sup> En dicha actuación, la Unión persigue objetivos políticos, económicos y sociales, tanto a nivel interno (ofreciendo a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia y un mercado interior basado en la competencia libre y leal) como en el plano de las relaciones exteriores (en el que la Unión contribuye a la paz, a la seguridad y respeto mutuo entre los pueblos, potenciando la protección de los derechos humanos), *ex* artículo 3o.

<sup>193</sup> La última referencia a la dignidad se contiene en el artículo III-292.1 que preceptúa: “La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional” y a dichos principios se remite el artículo III-316.1, como marco de la política de la Unión en materia de cooperación al desarrollo.

constituye la base misma de los derechos fundamentales”, añade en el párrafo segundo:

(...) ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho.

De este modo, a raíz de la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea alcanza su céñit al desarrollarse dicha función tuitiva en un triple nivel: el nacional, el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea que tienen como denominador común valores idénticos, presididos por el debido respeto a la dignidad personal. Ante esta situación, el abogado general Ruiz Jarabo reflexiona en los siguientes términos:

(...) Las encrucijadas son múltiples y los solapamientos posibles, pero no hay inconveniente insuperable en el respeto de las competencias ajenas, albergando la confianza en que todos las ejerzan con plenas garantías para el sistema de convivencia. El diálogo entre los intérpretes constitucionales supremos en Europa permite cimentar un discurso común.<sup>194</sup>

En este marco el derecho fundamental de asociación, de haberse ratificado el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa hubiera pasado a ser derecho primario, dotado

<sup>194</sup> Conclusiones del abogado general, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 12 de septiembre de 2006 en el Asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, apartado 81, ante la petición de decisión prejudicial planteada por el Arbitragehof de Bélgica al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la validez de la decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0303:ES:HTML>.

de los principios de autonomía, primacía y efecto directo. En esta línea se inscribe la enmienda 7 en la que la Comisión de Asuntos Jurídicos sugiere a la de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo que incorpore a la propuesta de resolución que apruebe la siguiente declaración:

Todas las disposiciones contenidas en la legislación de la Unión Europea y todas las acciones emprendidas por sus Instituciones o basadas en la legislación de la Unión habrán de cumplir las normas referentes a los derechos fundamentales recogidos en el proyecto de Constitución, especialmente en su parte II, por la que se incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales, que es, por lo tanto, jurídicamente vinculante, a pesar de que la declaración relativa a las explicaciones dadas sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, actualizada bajo la responsabilidad del praesidium de la Convención, pretende acotar su interpretación por parte de los tribunales de la Unión y de los Estados miembros.<sup>195</sup>

#### 4. *La Carta de los Derechos Fundamentales en el marco del Tratado de Lisboa*

Después de los fallidos, referéndum de Francia y Holanda (celebrados el 29 de mayo y el 10. de junio de 2005) y la abierta oposición demostrada por algunos Estados más a la ratificación de este Tratado, se abrió una profunda crisis de confianza en la propuesta constitucional.<sup>196</sup> Para acabar con esta poco deseada e irregular

<sup>195</sup> Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos para la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004/2129(INI)), del 25 de noviembre de 2004, Ponente de opinión María Berger.

<sup>196</sup> Dicha crisis no supuso, sin embargo, obstáculo alguno en el funcionamiento de la Unión, que siguió marchando al ritmo marcado por los Tratados de Ámsterdam y de Niza. Girón Larrucea, J.A. *El sistema jurídico de la Unión Europea. la reforma realizada en el Tratado de Lisboa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 33.

situación comenzaron a barajarse diversas propuestas y a intensificarse los contactos entre los representantes de los Estados miembros.<sup>197</sup> La salida al *impasse* tiene nombres y apellidos, ya que comenzó con la aceptación de la propuesta avanzada por Nicolás Sarkozy, por entonces tan sólo candidato a la presidencia de la República Francesa, y por Ángela Merkel, canciller de la República Federal de Alemania. Sobre la base de dicha propuesta fue adoptada el 25 de marzo de 2007 en Berlín por los Estados miembros una declaración sobre la modificación del Tratado que establecía una Constitución europea.

A esta declaración siguió el principio de acuerdo al que llegaron los presidentes de los actuales 27 Estados miembros para redactar un nuevo Tratado de la Unión Europea, alcanzado en Bruselas el 23 de junio de 2007. Como consecuencia, el Consejo emite un mandato de la CIG de 2007,<sup>198</sup> para servir de base y enmarcar las labores de la CIG que comienza con una serie de observaciones generales que, por su interés, merece la pena transcribir:

1. Se pide a la CIG que elabore un Tratado (en lo sucesivo “Tratado de reforma”) por el que se modifiquen los Tratados existentes con el fin de aumentar la eficacia y legitimidad democrática de la Unión ampliada y la coherencia de su acción exterior. Se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en de-

<sup>197</sup> “Quedaron de manifiesto las notables diferencias que existen en el seno de la Unión Europea a propósito de su modelo. Frente a quienes desean una Europa fuerte e integrada con aspiraciones de avanzar hacia una unión política, se erige un notable grupo de Estados que, más allá del mercado interior y alguna concreta política de acompañamiento, conciben la Unión Europea como un mero ámbito de cooperación intergubernamental en el que están incluso dispuestos a demandar la renacionalización de competencias que actualmente ya están atribuidas a la Unión”. Martín y Pérez de Nanclares, J., “Estudio Preliminar” a la versión consolidada definitiva en español del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Real Instituto Elcano, <http://www.realinstitutoelcano.org>.

<sup>198</sup> Consejo de la Unión Europea, *Mandato de la CIG de 2007*, 11218/07, POLGEN 74, del 26 de junio de 2007.

rogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado “Constitución”. El Tratado de reforma introducirá en los Tratados existentes, que seguirán en vigor, las innovaciones resultantes de la CIG de 2004, con arreglo a las precisiones que figuran a continuación.

2. El Tratado de reforma contendrá dos cláusulas sustantivas que modificarán, respectivamente, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). El TUE conservará su denominación actual, mientras que el TCE pasará a llamarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión, ya que la Unión tendrá una única personalidad jurídica. La palabra “Comunidad” se sustituirá en todo el texto por la “Unión”; se estipulará que ambos Tratados constituyen los Tratados sobre los que se funda la Unión y que la Unión sustituye y sucede a la Comunidad. Habrá además otras cláusulas en las que se recojan las disposiciones habituales sobre ratificación y entrada en vigor, así como las medidas transitorias. Las modificaciones técnicas del Tratado Euratom y de los actuales protocolos acordados en la CIG de 2004 se efectuarán a través de protocolos anejos al Tratado de reforma.

3. El TUE y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada en ambos Tratados reflejará este cambio: no se utilizará el término “Constitución”, el “ministro de Asuntos Exteriores de la Unión” pasará a llamarse “Alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad” y se abandonarán las denominaciones “ley” y “ley marco”, al conservarse las de “reglamento” “directiva” y “decisión” actuales. Del mismo modo, no figurará en los Tratados modificados ningún artículo que mencione los símbolos de la UE (bandera, himno o divisa).<sup>199</sup> En cuanto a la primacía del derecho de la UE, la CIG adoptará una declara-

<sup>199</sup> Si bien, en una declaración adoptada por Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania, Eslovenia y Eslovaquia se afirma que la bandera, el himno, el euro y la divisa “seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión y de su relación con ella”.

ción en la que se recuerde la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la UE.<sup>200</sup>

4. Por lo que respecta al contenido de las modificaciones de los actuales tratados, se integrarán en el TUE y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión las novedades resultantes de la CIG de 2004, tal como se especifican en el presente mandato. Las modificaciones de estas innovaciones introducidas como resultado de las consultas celebradas con los Estados miembros durante los últimos seis meses se indican claramente más adelante. Se refieren, en particular, a las competencias respectivas de la UE y de los Estados miembros y su delimitación, al carácter específico de la política exterior y de seguridad común, al mayor papel de los parlamentos nacionales, al tratamiento de la Carta de los Derechos Fundamentales y a un mecanismo, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, que permita avanzar en un determinado acto a los Estados miembros que deseen utilizarlo, dejando la posibilidad de no participar a los Estados miembros que no deseen hacerlo.

Con respecto a los derechos fundamentales, el artículo 60. TUE se sustituye por el siguiente texto:<sup>201</sup>

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales del 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada en Estrasburgo el 12

<sup>200</sup> “La Conferencia recuerda que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, los Tratados y la legislación adoptada por la Unión sobre la base de los Tratados primarán sobre el derecho de los Estados miembros, con arreglo a las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”.

<sup>201</sup> La CIG acordará la siguiente Declaración: “La Conferencia declara lo siguiente: 1. La Carta de los Derechos Fundamentales, que tiene carácter vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. 2. La Carta no amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni establece ninguna nueva competencia o misión de la Unión, ni modifica las competencias y funciones definidas por los tratados”.

de diciembre de 2007, que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.<sup>202</sup>

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los tratados.

Los derechos, libertades y principios de la Carta se interpretarán de acuerdo con las disposiciones del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.<sup>203</sup> Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones

<sup>202</sup> De este modo, y ante las reticencias mostradas por los Estados para ratificar el tratado constitucional, precisamente por la inclusión en él del texto de la Carta de Derechos Fundamentales, se ha alcanzado una solución de compromiso consistente en otorgarle efecto obligatorio, a pesar de que no forme parte del Tratado. Manero Salvador, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa”, en Alcoceba Gallego, M. A., Manero Salvador, A. (coords.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Madrid, Dykinson S. L., 2008, pp. 122 y 123.

<sup>203</sup> Por tanto, la mencionada adhesión no tiene carácter facultativo, como había proyectado la Convención, sino obligatorio, aunque sus efectos son limitados pues en ningún caso pueden resultar afectadas las competencias de la Unión. Por otro lado, dicha adhesión formal constituye un indudable control judicial externo para garantizar el respeto de los derechos humanos. Mangas Martín, A. “Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales”, en González Alonso, L. N., (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo, cit.*, pp. 71 y ss. No obstante, si atendemos a la realidad práctica del TEDH con la ingente cantidad de casos que se le amontonan y ha de resolver, la mencionada garantía de fiscalización externa que dicho Tribunal puede ofrecer en el marco de la Unión Europea se verá, con toda probabilidad, seriamente disminuida. Pastor Ridruejo, A., “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, en Martín y Pérez de Nanclares, J., (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, 2008, pp. 151 y ss.

constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.<sup>204</sup>

Sobre estas bases, el 19 de octubre de 2007, los jefes de Estado y de Gobierno de los 27 Estados miembros de la Unión, reunidos en Lisboa firman el Tratado de reforma. Posteriormente, autenticado el 13 de diciembre de 2007, firman el Tratado de Lisboa por el que se modifica sin sustituirlos el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE),<sup>205</sup> quedando pendiente de ratificación por los respectivos Parlamentos para que entrase en vigor, presumiblemente se pensó en aquel momento, el 1 de enero de 2009, antes de que se produjeran las elecciones al Parlamento Europeo en junio de ese año.<sup>206</sup> Con anterioridad, el 12 de diciembre de 2007, los presidentes del Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo habían proclamado solemnemente en Estrasburgo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>207</sup> Con dicha proclamación, la Carta pasaba a ser parte integrante del nuevo Tratado de Lisboa, por lo que tendría carácter vinculante para las instituciones europeas al adquirir rango de derecho primario.

<sup>204</sup> Es interesante destacar la declaración unilateral que realiza Polonia en los siguientes términos: “La Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, el derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y el respeto de la integridad física y moral humana”.

<sup>205</sup> DOC 306/10, DOCE del 17 de diciembre de 2007.

<sup>206</sup> Quedaba, por tanto, pendiente superar la prueba de fuego que hizo naufragar al Tratado Constitucional que tras ser firmada no logró sobrevivir al rechazo de los referéndos celebrados en 2005 en Francia y Holanda, pese a haber sido ratificada por 18 países. De hecho, ya se esperaba que los Parlamentos de Reino Unido, Holanda y Dinamarca no le dieran una cordial bienvenida al Tratado de Lisboa.

<sup>207</sup> DOC 303/1, DOCE del 14 de diciembre de 2007. La Eurocámara aprobó la Carta en noviembre por 534 votos a favor, 85 en contra y 21 abstenciones. Recordemos que con anterioridad la Carta había sido publicada en el DOCE C 364, del 18 de diciembre de 2000.

Por ello, la protección de los derechos humanos básicos contenidos en la Carta, cobraba la misma importancia legal que los propios Tratados de la UE.<sup>208</sup> En esta línea, el presidente de la Comisión Europea, Durao Barroso, había resaltado que los 54 artículos de la Carta cubrían materias “que hasta ahora el Tribunal de Justicia tenía que reconocer caso por caso y se incorporan las libertades civiles clásicas: como la libertad de expresión, de religión y la igualdad ante la justicia”.<sup>209</sup>

Las reservas formuladas por el Reino Unido y Polonia dieron lugar a que se añadiera al Tratado de Lisboa el protocolo número 4 “protocolo sobre aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea al Reino Unido y a Polonia”, que más que eximir de la aplicación de la Carta a dichos Estados está dirigido a impedir que los derechos contenidos en la Carta puedan ser invocados ante las autoridades británicas o polacas ni ante el Tribunal de Luxemburgo, ni ante las jurisdicciones nacionales.<sup>210</sup> Por tanto, definitivamente, la Carta no pasó a formar parte, expresamente, del Tratado de Lisboa, si bien queda plenamente preservado su carácter jurídicamente vinculante.

Posteriormente, los ministros de Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, en la reunión de Luxemburgo de 16 de junio de 2008 y tras el rechazo en referéndum del Tratado de Lisboa por Irlanda el 12 de junio de 2008, consensuaron que el proceso de ratificación del Tratado debería continuar.

<sup>208</sup> En el discurso previo a la firma de la Carta, el Presidente de la Eurocámara, Pert Pötering, destacó que, de este modo, se demuestra que “en la UE entendemos que los derechos fundamentales deben ser vinculantes”, añadiendo que con la creación de la UE se pusieron en práctica las enseñanzas más relevantes, entre las que ocupa un destacado lugar, el respeto de la dignidad humana, [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/library/index\\_es](http://europa.eu/lisbon_treaty/library/index_es).

<sup>209</sup> Durao Barroso, *op. cit.*

<sup>210</sup> Pastor Ridruejo, J.A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa”, en García Roca J., Fernández Sánchez, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, *cit.*, p. 12.

Tras el segundo referéndum de Irlanda (celebrado el 3 de octubre de 2009) en el que se produjo un voto mayoritariamente favorable al texto del Tratado, sólo se necesitaba la firma del presidente de la República Checa.<sup>211</sup> Así las cosas, en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 3 de noviembre de 2009, los dirigentes de la Unión Europea acordaron ofrecer a la República Checa la posibilidad de no aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, excepción que como acabamos de ver ya se había concedido a Polonia y al Reino Unido. La declaración del Tribunal Constitucional checo de que el Tratado de Lisboa era compatible con su Constitución determinó la firma del Tratado de Lisboa por parte del presidente checo Vaclav Klaus. Finalmente, con el depósito de la República checa de sus instrumentos de ratificación en Roma, se produjo el último paso formal para que el Tratado de Lisboa entrara en vigor, hecho que se produjo el 1 de diciembre de 2009.<sup>212</sup>

Como explican Aldecoa y Guinea, el Tratado de Lisboa supone el rescate sustantivo de la Constitución Europea, aunque se pierda su nombre y su simbología,<sup>213</sup> posibilitado por la indudable legitimidad política del texto, apoyada en la ratificación por parte de una mayoría de ciudadanos y de dos tercios de los Estados.<sup>214</sup> A pesar de ello, se ha sustituido la indudable ventaja

<sup>211</sup> La presidenta de Irlanda, Mary McAleese ratificó el Tratado el 16 de octubre de 2009, dos semanas después de que los ciudadanos lo aprobaran.

<sup>212</sup> Para el estudio de las novedades más importantes contenidas en el Tratado de Lisboa se puede consultar Martín y Pérez de Nanclares, J., “Estudio Preliminar” a la versión consolidada definitiva en español del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), *cit.*

<sup>213</sup> Dicha desaparición elimina la posibilidad de hacer pensar a los ciudadanos en la creación de un macro-Estado. Alonso García, R., “Estudio Preliminar”, *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, *cit.*, p. 45.

<sup>214</sup> Dichos autores continúan diciendo que “el abandono del concepto constitucional y la vuelta a los tradicionales Tratados persiguen evitar nuevos refrendos de ratificación y volver a transitar un laberinto más conocido, el de las ratificaciones parlamentarias”. Aldecoa Luzarraga, F.; Guinea Llorente, M., “El

que proporcionaba la simplificación del texto de la “Constitución” por otro plagado de complejidad y cuya lectura resulta de suma dificultad.<sup>215</sup> La constatación de esta última realidad ha llevado a denunciar que

La arquitectura convencional sobre la que se basa la integración europea pierde coherencia y se hace más borrosa en apariencia, pues tanto el TUE como el TFUE tienen formalmente el mismo valor jurídico, pero las reglas fundamentales están sólo en el primero de ellos y para aumentar la confusión el tratado constitutivo de la CEEA se mantiene emboscado en un protocolo.<sup>216</sup>

A juicio de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Ponente de opinión: Jean-Marie Cavada), en la opinión vertida en el Informe del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Lisboa se hace jurídicamente coherente, vinculante y transparente, al nivel del tratado, la relación entre los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las correspondientes políticas de la UE necesarias para garantizar la salvaguarda y promoción de estos derechos. Con una Carta vinculante, el legislador de la UE podrá aplicar de manera más coherente todas las políticas susceptibles de afectar a los derechos fundamentales de las perso-

rescate sustancial de la Constitución europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto”, Documento de Trabajo 9/2008, Real Instituto Elcano, <http://www.realinstitutoelcano.org>.

<sup>215</sup> Para darnos idea de tal complejidad basta saber que este último texto se integra, a su vez, de los siguientes: el Tratado de Lisboa; 11 Protocolos anexos al TUE, al Tratado de Funcionamiento de la UE y, en su caso, al Tratado constitutivo de la CEEA; 2 Protocolos anexos al Tratado de Lisboa junto con unas tablas de correspondencias; 43 Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados; 7 Declaraciones relativas a Protocolos anexos y 15 Declaraciones emitidas por diversos Estados miembros de las que la Conferencia ha tomado nota.

<sup>216</sup> Andrés Sáenz de Santa María, M. P., “El Tratado de Lisboa: entre el rescate de la sustancia y la consagración de la desconfianza”, en Alcoceba Gallego, M. A., Manero Salvador, A. (coords.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, *cit.*, pp. 34 y 35.

nas. Esto será así no sólo en el caso de las políticas incluidas expresamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) (...), sino también en el de políticas más generales concernientes a la protección de la dignidad humana contra toda forma de discriminación (...) Además, la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos fortalecerá esta relación haciendo que las instituciones europeas tengan que responder de sus actos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>217</sup>

### 5. *Valoración*

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales ha pasado de ser una mera declaración política institucional a tener el mismo valor jurídico de los Tratados. Se convierte en una fuente del derecho de la Unión con plenos efectos jurídicos obligatorios, susceptible de ser invocada ante cualesquiera órganos jurisdiccionales, internos o de la Unión, así como a tener carácter vinculante para la legislación y actuación administrativa de los Estados miembros al aplicar el derecho de la Unión Europea y, por supuesto, de las instituciones europeas.<sup>218</sup>

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 52.3 de la Carta y la referencia al Tribunal Europeo que hace su preámbulo, para aquellos derechos fundamentales incluidos en la Carta que estuviesen ya contemplados en el Convenio Europeo, como es el caso del derecho de asociación, hay que partir del contenido que ya tenían asegurado en dicha Convención así como en la

<sup>217</sup> Parlamento Europeo, *Informe sobre el Tratado de Lisboa*, Documento de sesión (A6-0013/2008, del 29 de enero de 2008), Comisión de Asuntos Constitucionales, Ponentes: Richard Corbett e Íñigo Méndez de Vigo.

<sup>218</sup> La dotación a la CDFUE del máximo nivel jerárquico-normativo, no queda empañado por haberse utilizado para ello la técnica del reenvío, a pesar de que indudablemente sea menos contundente que la técnica de la integración en el texto del articulado.

jurisprudencia que la interpreta que se erigen en el minimum de protección garantizada.<sup>219</sup>

Todo este planteamiento referido a la regulación de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho de asociación se ve reforzado por el carácter vinculante que el Tratado de Lisboa atribuye a la Carta y la adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>220</sup> en el artículo 6º. del TUE, tal y como quedó redactado; aunque el mecanismo de excepciones por parte de los Estados miembros podría aminorar su alcance. Ello repercute directamente sobre la igualdad de los ciudadanos europeos. Concretamente, los ciudadanos polacos y británicos no cuentan con la garantía existente para el resto de los ciudadanos de la Unión de poder exigir los derechos contenidos en su articulado ante sus tribunales frente a normas o actos que desarrolleen y apliquen el derecho de la Unión.

En definitiva, el Tratado de Lisboa supone un importante avance en materia de derechos humanos en general, y del derecho de asociación en particular. El carácter vinculante de la Carta permite, por fin, superar el escollo en el que el Tratado de Niza quedó estancado. De este modo, la Carta de los Derechos Fundamentales, por un lado, y la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos,<sup>221</sup> por otro, representan, en realidad, dos

<sup>219</sup> Aquellos derechos que nacen *ex novo* en la Carta sin equivalente en el CEDH deberán tener en cuenta, en la determinación de su contenido esencial, otros convenios internacionales como la Carta Social Europea y la Carta Social Europea revisada, así como las Constituciones nacionales. Morte Gómez, C., “El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en García Couso, S. (coord), *Comentarios a la Constitución Europea*, libro II, *cit.*, pp.1609 y 1610.

<sup>220</sup> Dichas innovaciones, junto a la participación del Parlamento Europeo en la toma de decisiones con carácter general, dan como resultado un incremento de la democracia europea. Aldecoa Luzarraga, F.; Guinea Llorente, M., “El rescate sustancial de la Constitución europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto”, Documento de Trabajo 9/2008, *cit.*

<sup>221</sup> Se ha lamentado, por parte de algún autor, que no se haya introducido una cláusula paralela de adhesión a la Carta Social Europea, habiéndose limi-

caras de una misma moneda:<sup>222</sup> la eficaz protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea, aunque dicha eficacia queda circunscrita a veinticinco de los veintisiete Estados miembros de la Unión.

#### IV. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La arquitectura jurisdiccional en el seno de la Unión Europea pivota, actualmente, en torno a tres instancias: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), integrado por los órganos: Tribunal de Justicia, Tribunal General (Tribunal de Primera Instancia en el TCE)<sup>223</sup> y Tribunales especializados<sup>224</sup> (en sustitución de las Salas jurisdiccionales, para contenciosos específicos, agregadas por el Tratado de Niza al segundo Tribunal). El Tratado de Lisboa

tado la CDFUE a citar aquélla en el Preámbulo, pero no en su texto articulado, a diferencia de lo que acontece en el CEDH. Quesada Jiménez, L., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 80 y 81.

<sup>222</sup> En vía comparativa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el eurodiputado Jo Leinen ha señalado que en la Carta los Derechos Fundamentales, los derechos aparecen contemplados con carácter más exhaustivo, por ejemplo, se prohíbe la clonación de seres humanos, lo que facilita su comprensión y les da un toque de modernidad con respecto a su tratamiento en el Convenio Europeo. Leinen, J., “Hemos estado 50 años esperando la Carta de Derechos Fundamentales”, [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/library/index\\_es\\_](http://europa.eu/lisbon_treaty/library/index_es_),

<sup>223</sup> Creado en 1988 como una instancia subordinada al anterior, medida que fue necesaria adoptar para descargar al Tribunal de Justicia del ingente trabajo ocasionado por el aumento del contencioso comunitario.

<sup>224</sup> Se evita, de este modo, la confusión causada por la existencia de una misma denominación, “Tribunal de Justicia”, para dos cosas distintas: la institución judicial y, dentro de ésta, el órgano supremo de tal institución. Además, la institución judicial se refiere a la “Unión Europea” poniendo fin a la incongruencia de un Tribunal de Justicia que hasta Lisboa lo era no de la Unión, sino de “las Comunidades Europeas”. Alonso García, R., “Estudio Preliminar”, *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, cit.*, p. 65.

diseña estos últimos Tribunales como adjuntos al Tribunal General.<sup>225</sup> Es el caso del Tribunal de la Función Pública de la Unión, encargado de resolver el contencioso de la función pública europea, así como del Tribunal de la Patente Comunitaria que dilucida los recursos planteados en materia de propiedad industrial y comercial. Además, los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros al interpretar las normas comunitarias comparten la función jurisdiccional con dichas instancias, erigiéndose en “jueces ordinarios del derecho de la Unión Europea”.

En efecto, el artículo 229 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, del 25 de marzo de 1957, atribuyó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (de la Unión Europea) la misión de garantizar “el respeto del derecho en la interpretación y aplicación” de dicho Tratado. El Tratado de Lisboa mantiene dicha función de interpretación y aplicación de los Tratados en el artículo 19.1 TUE. Las competencias específicas atribuidas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se contienen en el artículo 19.3 TUE que establece:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

- a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;
- b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;

<sup>225</sup> A tenor del artículo 2.211 del Tratado de Lisboa, “El artículo 225 A se modifica como sigue: a) El párrafo primero se sustituye por el texto siguiente: El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán crear tribunales especializados adjuntos al Tribunal General, encargados de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas. El Parlamento Europeo y el Consejo se pronunciarán mediante reglamentos, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia, bien a instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión”.

c) en los demás casos previstos en los Tratados.<sup>226</sup>

Como se puso de manifiesto, ante la ausencia de un catálogo propio de derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia entró a conocer de dicho tipo de derechos por la vía de los principios generales del Derecho comunitario, recogidos en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en los Convenios Internacionales de los Derechos Humanos ratificados por aquéllos, singularmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aplicando dicha doctrina jurisprudencial se reconocieron determinados derechos fundamentales, entre otros, el derecho de reunión y de asociación. Para realizar su labor, no se había arbitrado un procedimiento específico sino que la protección de los derechos fundamentales se realizaba mediante los recursos ordinarios contemplados en los Tratados. Muy especialmente, la cuestión prejudicial regulada en el artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que se corresponde con el actual artículo 267 del TFUE)<sup>227</sup> que constituye un valioso instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales al permitirles acudir a dicho Tribunal para que interprete o se pronuncie sobre la validez de la concreta norma comunitaria que deberían aplicar para conocer el asunto que están conociendo, el cual queda en suspenso hasta que el Tribunal comunitario no dicte la correspondiente sentencia.<sup>228</sup> En cuanto

<sup>226</sup> Para un estudio más singularizado de cada uno de los tres órganos jurisdiccionales que integran el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como del resto de los órganos que integran la estructura institucional de la Unión Europea, Girón Larrucea, J. A. *El sistema jurídico de la Unión Europea. la reforma realizada en el Tratado de Lisboa*, cit., pp. 191 y ss.

<sup>227</sup> Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicados en el *Diario Oficial* núm. C 83, del 30 de marzo de 2010.

<sup>228</sup> Otras vías de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, en este ámbito son: el recurso de anulación (artículos 230-231 TCE) y la excepción de ilegalidad (artículo 241 TCE), todas ellas referidas al derecho comunitario derivado. Cuando se trate de derecho comunitario originario el Tribunal de

a la delimitación del ámbito de actuación, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se extiende no sólo a los actos emanados de las Instituciones comunitarias, sino también a los que se deriven de los Estados miembros cuando apliquen normas pertenecientes al ordenamiento jurídico comunitario.<sup>229</sup> Los particulares pueden utilizar el recurso de anulación del artículo 230.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actual artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) sólo cuando prueben que el acto comunitario de violación de un derecho fundamental les afecta directa e individualmente.<sup>230</sup>

La adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deja incólume el sistema pretoriano de la mecánica de actuación del tribunal en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. El procedimiento sigue, por tanto, girando, en principio, en torno al tribunal de justicia aunque la imposición a la Unión Europea de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, facilitada por el protocolo núm. 14 del Convenio Europeo y, en la actualidad, por el Tratado de Lisboa,<sup>231</sup> abre la posibilidad de un control extracomunitario en cuanto a dicha protección.

Justicia comunitario no tiene capacidad de revisión. En todo caso recuérdese que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros tienen algo que decir; tal es el caso del Tribunal Constitucional español, a través de un control previo de los Tratados (artículos 95 CE y 78 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) o mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (artículos 161 y ss. CE y 27 y ss. de dicha Ley).

<sup>229</sup> El Tribunal de Luxemburgo ha concretado este requisito imponiendo que el vínculo de la normativa nacional con el derecho comunitario sea “un vínculo suficiente” (STJCE del 29 de junio de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629, apartado 16).

<sup>230</sup> Marinas Suárez, D., “*Rebus sic stantibus*: el artículo 230.4 TCE y la tutela judicial efectiva según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65-II, 2003, pp. 229-283.

<sup>231</sup> En dicho Tratado se contiene el siguiente protocolo relativo a la mencionada adhesión: “*Las altas partes contratantes, han convenido* en las siguientes dis-

En definitiva, el análisis de la jurisprudencia comunitaria relativa al derecho de asociación, resulta insoslayable, siendo un paso obligado para comprenderlo en todo su alcance y magnitud.

No obstante, antes de entrar en su examen conviene hacer una precisión previa para comprender mejor sus decisiones. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, hay que tener muy en cuenta que con independencia de ser un órgano jurisdiccional, en el caso del Tribunal de Justicia estábamos ante una institución integrada en la Unión Europea lo que imprimía a sus decisiones recaídas en el ámbito de protección de los derechos fundamentales de un cierto carácter instrumental al estar mediatisadas, en cierto modo, por la persecución del objetivo fundamental de la Unión Europea que era la integración económica. Este perfil del Tribunal de Luxemburgo conviene no perderlo de vista pues choca con la concepción absoluta, aunque sometida a las pertinentes limitaciones, de los derechos fundamentales por parte de los ordenamientos internos de los Estados miembros.

posiciones, que se incorporarán como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Artículo 1: El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado en lo sucesivo “Convenio Europeo”), contemplada en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a: a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo; b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso. Artículo 2: El acuerdo a que se refiere el artículo 1 garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que opten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57. Artículo 3: Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al artículo 292 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

En definitiva, los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea sólo eran protegidos por el Tribunal de Luxemburgo en tanto en cuanto resultasen elementos insustituibles para conseguir los objetivos de la Unión.<sup>232</sup>

### 1. *Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativas al derecho de asociación*

Antes de entrar, propiamente, en el análisis de dicha jurisdicción quisiéramos dejar constancia, simplemente, del hecho de que ya el Tratado Constitucional reforzó el papel del que denomina “Tribunal de Justicia”, que se compone del “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, del “Tribunal General” y de los “Tribunales especializados” que pueden crearse mediante una ley europea<sup>233</sup> (artículo I-29.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa). Los dos primeros —Tribunal de Justicia y Tribunal General— no presentan grandes modificaciones en lo que respecta a la composición y a la organización pero en el procedimiento de nombramiento tanto de jueces como de abogados generales se ha introducido, como novedad, una fase preliminar pues los candidatos designados por los gobiernos de-

<sup>232</sup> A pesar de que los primitivos objetivos perseguidos por la Unión Europea, en su deseo de integración económica, pueden considerarse muy modestos en comparación con los del Consejo de Europa, “el grado de integración diseñado y desarrollado en los sucesivos tratados ha adquirido una profundidad incomparable con cualquier otra organización internacional preexistente hasta el punto de considerarse una organización internacional verdaderamente atípica”. Bustos Gisbert, R., “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en García Roca J., Fernández Sánchez, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, cit., p. 154.

<sup>233</sup> Dicha ley ha de ser aprobada por el Parlamento y el Consejo según el procedimiento legislativo ordinario, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia, o al revés, esto es, por solicitud del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión.

ben someterse a la evaluación de un comité previamente a su nombramiento por los Estados miembros.<sup>234</sup>

Dado que la Carta no ha entrado en vigor hasta el 1o. de diciembre de 2009, son muy pocas las sentencias dictadas por este Tribunal que recaen sobre el derecho de asociación, ya que al tratarse de unas de las libertades clásicas escapaba de su ámbito de actuación más directo.<sup>235</sup> Entre las sentencias que tratan esta materia descuellan las siguientes:

Una de las sentencias más importantes ha sido la de la Comisión contra Reino de Bélgica, de 29 de junio de 1999.<sup>236</sup> En ella, la Comisión denuncia a Bélgica por mantener una normativa nacional (Leyes belgas del 25 de octubre de 1919 y 27 de junio de 1921) que exige la presencia de miembros belgas en las asociaciones internacionales que persigan fines filantrópicos, religiosos y científicos, artísticos o pedagógicos, para concederles la personalidad jurídica.

<sup>234</sup> En efecto, el Tratado de Lisboa, *ex* artículo 2209, ha insertado el artículo 224 bis, conforme al cual: “Se constituirá un comité para que se pronuncie sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de las funciones de juez y abogado general del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, antes de que los Gobiernos de los Estados miembros procedan a los nombramientos de conformidad con los artículos 223 y 224. El comité estará compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo. El Consejo adoptará una decisión por la que se establezcan las normas de funcionamiento del comité, así como una decisión por la que se designe a sus miembros. El Consejo se pronunciará por iniciativa del presidente del Tribunal de Justicia”.

<sup>235</sup> La primera que se dictó fue la Sentencia del TJCE, de 8 de octubre de 1974, *Union Syndicale Massa y Kortner contra Consejo de las Comunidades Europeas*, C 175/73, Rec. 1974, p. 00917. En dicha sentencia se estableció que la libertad sindical no sólo atribuye a los funcionarios el derecho de constituir libremente asociaciones sino que, también, faculta a las propias asociaciones para actuar lícitamente en la defensa de los intereses profesionales de sus miembros, señaladamente, interviniendo en los litigios sometidos a los Tribunales.

<sup>236</sup> C-172/98, Rec. 1999, p. I-03999.

El gobierno belga había intentado enmendar esta legislación, dictando diversos proyectos de ley que subsanaran los defectos alegados, pero sin llegar a un cambio legislativo definitivo. En estas circunstancias, la Comisión se vio obligada a llevar este asunto ante el Tribunal de Justicia, por lo que el gobierno belga intentó disculparse alegando que ya se había elaborado un anteproyecto de ley del que sólo quedaban por completar los trámites internos para su aprobación como ley. Sin embargo, como apunta el abogado general Cosmas, la jurisprudencia reiterada del tribunal había manifestado claramente que las disposiciones prácticas o circunstancias del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros no pueden justificar nunca el incumplimiento de la normativa comunitaria.<sup>237</sup>

Por otra parte, en cuanto al fondo del asunto, la Comisión insiste en que la normativa belga, antes referida, pertenece al ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En efecto, aunque estas leyes belgas regulan un tipo de asociaciones no contempladas en el tratado constitutivo (asociaciones sin fines lucrativos), la posibilidad de que dichas asociaciones desplieguen actividades económicas comporta su inclusión en la normativa comunitaria, debiendo regirse, por consiguiente, por las normas comunitarias sobre libertad de establecimiento, sin poder menoscabar dicha libertad por disposiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad.<sup>238</sup> En este sentido, pues, la normativa belga está contraviniendo la normativa comunitaria (artículo 6o. del Tratado Constitutivo CE).

Por ello, el Tribunal de Justicia condenó en costas al Reino de Bélgica, a instancia de la Comisión, lo que no deja de ser llamativo, pues con esta condena no se cumple de ninguna manera

<sup>237</sup> Confrontar, Conclusiones del abogado general, Georges Cosmas, presentadas el 28 de enero de 1999, Asunto C-172-98, Rec.1999 p. I-03999, apartado 15, que remite a las SSTJ de 18 de diciembre de 1997, Comisión contra España, C-361/95, Rec.1997, p. I-7351, apartado 13; del 27 de octubre de 1998, Comisión contra Irlanda, C-364/97, Rec.1998, p. I-6593, apartado 8.

<sup>238</sup> STJCE, del 29 de junio de 1999, Comisión contra Reino de Bélgica, C 172-98, Rec.1999, p. I-03999, apartado 9. Véase, Conclusiones del abogado general, Georges Cosmas, apartado 12.

el propósito de la Comisión de hacer cumplir la ley comunitaria, poniéndose de manifiesto cierta ineficacia de la aplicación de esta normativa en el derecho interno de los Estados miembros.<sup>239</sup>

Resulta, también, interesante destacar, de esta sentencia, la consideración de las posibilidades de actuación, en el ámbito económico, de entidades que a pesar de no tener finalidades lucrativas, sí realizan actividades crematísticas, aunque con carácter meramente instrumental. A través de esta vía indirecta, el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de conocer asuntos relativos a derechos fundamentales por ciertos aspectos colaterales que entran de lleno en el objetivo genuino perseguido por la Unión: la integración económica y, por tanto, en el “derecho comunitario” elaborado para alcanzar dicha finalidad.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha tenido ocasión de pronunciarse, a través de distintas sentencias<sup>240</sup> sobre el problema planteado por la afiliación obligatoria a determinados fondos sectoriales de pensiones en Holanda, según acuerdos firmados en forma de convenio colectivo, como resultado de una negociación colectiva entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. En todos los casos dilucidados en ellas, un Tribunal Regional de los Países Bajos, solicita una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 3.1g) del Tratado Constitutivo CE, y artículos 5o.; 85; 86 y 90 del Tratado Constitutivo CE, en el marco de los litigios que oponen dichos Fondos con ciertas empresas de su sector que se niegan a pagar las correspondientes cuotas, alegando que la exi-

<sup>239</sup> Verges, J., “Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire”, en Varios autores, *L’Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, Paris, 1994, p. 81.

<sup>240</sup> STJCE del 21 de septiembre de 1999, Albany International BV, C-67/96, Rec. 1999, p. I-05751; STJCE, del 21 de septiembre de 1999, Maatschappij Drijvende Bokken BV, C-219/97, Rec.1999, p. I-06121; STJCE del 21 de septiembre de 1999, Brentjens’ Handelsonderneming BV, asuntos conjuntos C-115/97 hasta C-117/97, Rec.1999, p. I-06025.

gencia de afiliación obligatoria al Fondo es contraria a los artículos antes mencionados.<sup>241</sup>

Entre las preguntas más interesantes suscitadas por el elenco de dichas cuestiones prejudiciales, figuran la atinente a la naturaleza jurídica del Fondo (saber si se trata de una empresa o de una asociación) y la referida a la legalidad del establecimiento de un derecho exclusivo de gestionar un régimen de pensión complementaria en un sector determinado. El tribunal comienza precisando, en cuanto a la primera, que en el contexto de la competencia, la noción de empresa comprende toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación, como ya se ha puesto de manifiesto en otras sentencias<sup>242</sup> y considera que el fondo en cuestión es una empresa en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado. Por lo que respecta a la segunda, el Tribunal juzga que tal prerrogativa es conforme a la legislación del Tratado por el que se estable la Comunidad Europea porque la ausencia de tal exclusividad podría impedir que el fondo cumpla, en condiciones económicamente aceptables y sin riesgo para su situación financiera, la misión socioeconómica de interés general que le ha sido encargada,<sup>243</sup> de modo que la dispensa de afiliar a determinados trabajadores sólo puede ser concedida teniendo en cuenta la viabilidad financiera para el fondo de la mencionada

<sup>241</sup> SSTJCE Albany, apartado 32; Drijvende Bokken, apartado 30; Brentjens, apartado 30.

<sup>242</sup> STJCE Höfner y Elser, del 23 de abril de 1991, C-41/90, Rec.1991 p. I-1979.

<sup>243</sup> Como afirma Agustín José Menéndez singularmente en el caso Albany, aunque este comentario puede extrapolarse a las otras dos sentencias mencionadas, “tal conclusión (del TJCE) se sustenta en el hecho de que los objetivos de las Comunidades Europeas no se limitan a la creación de «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior» sino que incluyen «una política en el ámbito social...»”. José Menéndez, A., “Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *cit.*, p. 10.

decisión.<sup>244</sup> Con todo, en caso de presentarse una cuestión litigiosa, las jurisdicciones nacionales competentes tienen la obligación de comprobar que el Fondo no está haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas.<sup>245</sup>

Interesa destacar que en estas sentencias, a pesar del carácter económico que revisten los asuntos sometidos a examen, emerge con fuerza la defensa de la libertad de asociación como cuestión de fondo, ya que estamos en el ámbito de un convenio colectivo. En efecto, los demandantes, aunque no lo expresen directamente, están reclamando su derecho a la libertad de asociación en su vertiente negativa que el tribunal considera sometida a restricciones legítimas en la medida en que por ellas queden protegidos los derechos y libertades ajenos,<sup>246</sup> y siempre que dichas limitaciones no sean abusivas. En este último aspecto se recuerda la obligación positiva impuesta a las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea de velar por la protección de los derechos reconocidos por los tratados.<sup>247</sup>

Precisamente, la libertad negativa del derecho de asociación queda proclamada explícitamente en la STJCE Hans Werhof contra Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG, del 9 de marzo de 2006.<sup>248</sup> La sentencia tiene su base en una petición de cuestión prejudicial del artículo 3o., apartado 1 de la Directiva del Consejo del 14 de febrero de 1977.<sup>249</sup> El tribunal, después de recordar

<sup>244</sup> STJCE Albany, apartados 102, 108-111; Drijvende Bokken, apartados 92, 98-101; Brentjens, apartados 102, 108-111.

<sup>245</sup> STJCE Albany apartado 121; Drijvende Bokken, apartado 111; Brentjens, apartado 121.

<sup>246</sup> Con ello queda patente que el TJCE aún sin mencionarlo, hace aplicación del artículo 11.2 del CEDH

<sup>247</sup> STEDH Wilson, Union of Journalistes y otros contra Reino Unido, del 2 de julio de 2002, apartado 41.

<sup>248</sup> C-499/04, Rec. 2006, p. I-2397.

<sup>249</sup> A cuyo tenor: “1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la (transmisión), tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, serán transferidos al cessionario como consecuencia de tal (transmisión). 2. después [de la transmi-

que la libertad de asociación, que también comprende el derecho de no formar parte de un sindicato, forma parte de los derechos fundamentales que están protegidos por el ordenamiento comunitario, según reiterada jurisprudencia del propio tribunal, concluye que si los convenios colectivos futuros se le aplican al cesionario que no sea parte del convenio colectivo, peligraría su derecho fundamental a no asociarse. Por el contrario, si se evita dicha vinculación, queda plenamente garantizado su derecho de no asociarse.<sup>250</sup>

El derecho individual a crear y adherirse a una asociación y, el derecho colectivo a la acción quedan recogidos en el caso Bosman,<sup>251</sup> que se enmarca dentro del asociacionismo deportivo profesional. El Tribunal de Luxemburgo se refiere a la libertad de asociación, con carácter general, afirmando:

Hace falta reconocer que este principio, consagrado por el artículo 11 del Convenio Europeo y que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forma parte de los derechos fundamentales que según la jurisprudencia constante del Tribunal, por otra parte reafirmada por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el artículo “F” párrafo 2 del Tratado sobre la Unión Europea, están protegidos en el orden jurídico comunitario”.<sup>252</sup>

sión] en el sentido del apartado 1 del artículo 1, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año”.

<sup>250</sup> Apartados 33-35 de la sentencia.

<sup>251</sup> Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. 1995, p. I-04921. De esta misma doctrina jurisprudencial se hace eco, también, en el ámbito sindical, la STJ del 18 de enero de 1990, Maurissen y Union Syndicale, asuntos acumulados C-193/87 y C-194/87, Rec. 1990, p. I-95, apartados 11-16; 21.

<sup>252</sup> *Ibidem*, apartado 79.

El caso Martínez y otros contra el Parlamento Europeo del 2 de octubre de 2001,<sup>253</sup> deniega a estos diputados la posibilidad de constituirse en grupo parlamentario porque no cumplen con las restricciones legítimas establecidas para el ejercicio de este derecho de asociación en el marco de la organización interna del Parlamento europeo. Partiendo del reconocimiento del derecho de asociación, tal y como se regula en el artículo 11 del Convenio Europeo, ambas partes discrepan, sin embargo, en cuanto a la valoración de los requisitos exigidos por la normativa parlamentaria para el válido ejercicio de dicho derecho. En este contencioso, el Tribunal de Luxemburgo aclara que la institución parlamentaria europea tiene plenas competencias para adoptar todas las medidas adecuadas con el fin de asegurar su buen funcionamiento interno. En concreto, el tribunal apoya la actuación del Parlamento y los motivos alegados para justificar dicha actuación<sup>254</sup>, y concluye que en tales circunstancias, los demandantes no quedan amparados por la libertad de asociación al no cumplir las exigencias requeridas.

## *2. Asunción por parte del Tribunal de Luxemburgo de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las relaciones entre uno y otro tribunal*

Si bien no se trata de una materia estrictamente relacionada con el derecho de asociación, es interesante destacar algunos aspectos de las relaciones entre los dos tribunales que, dentro del ámbito regional europeo, comparten la labor de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que, finalmente, se producirá ha producido la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo.

Resulta evidente la práctica recurrente, por parte del Tribunal de Justicia, al Convenio Europeo y a la jurisprudencia que lo interpreta lo que se justifica por la, tantas veces mencionada,

<sup>253</sup> Asuntos conjuntos T-222/99, T-327/99, T-329/99, Rec. 2002, p. II-2823.

<sup>254</sup> *Ibidem*, apartados 145-149.

carencia hasta ahora de un nomenclátor de derechos fundamentales en el seno de la Unión. En esta línea, pues, han sido varias las incorporaciones de las sentencias del Tribunal Europeo en las decisiones del Tribunal luxemburgués llegándose, incluso, a decir que este último Tribunal debería estar dispuesto, en esta incorporación, a reformar sus propios postulados.<sup>255</sup> Algo parecido ha ocurrido en el seno del TEDH en el que, cada vez con mayor frecuencia, utiliza en los antecedentes o en las argumentaciones de sus sentencias las decisiones adoptadas por el Tribunal de Luxemburgo.<sup>256</sup> Aunque es necesario señalar, también, que en ocasiones se han producido divergencias en las orientaciones jurisprudenciales entre uno y otro tribunal,<sup>257</sup> lo que ha llevado a decir al abogado general Ruiz-Jarabo que esta situación puede desembocar en una auténtica “guerra de jueces”.<sup>258</sup>

En la primera de las direcciones apuntadas resulta paradigmática la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Schmidberger contra la República de Austria, del 12 de junio de 2003,<sup>259</sup>

<sup>255</sup> Lenaerts, K.,: “Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union”, en *The Columbia Journal of European Law*, 2000, núm. 1, p. 10

<sup>256</sup> La interconexión entre ambos Tribunales ha sido descrita de forma especialmente ilustrativa en los siguientes términos: “el TJ ‘pesca’ en la jurisprudencia del TEDH para cubrir sus lagunas en materia de derechos fundamentales y el TEDH ‘lanza sus redes’ más allá de lo previsto para ‘pescar’ a la Unión Europea y cubrir, así la fractura de derechos fundamentales”. Scheeck, L., *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 848.

<sup>257</sup> Los puntos de conexión y de fricción, en las sentencias de uno y otro Tribunal son estudiados por Palacio González, J., “La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pp. 162 y ss.

<sup>258</sup> Ruiz-Jarabo Colomer, D., “Simposium sobre el CEDH y la CDFUE”, celebrado el 16 de septiembre de 2002, <http://www.coe.int>.

<sup>259</sup> C-112-00, Rec., 2003, p. I-05659 La Sentencia en cuestión ha suscitado copiosos comentarios, entre otros: Stoffel Vallotton, N., “Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004, pp. 483-

en el que la mencionada empresa alemana de transportes demanda a la Administración austriaca por los daños irrogados como consecuencia del bloqueo de la autopista del Brenner producida por la concentración de una asociación de ecologistas —permiteda por las autoridades austriacas— que se manifestaba contra la contaminación atmosférica de aquella región. Desestimada la demanda por el Tribunal de Primera Instancia de Innsbruck ante la falta de pruebas del perjuicio ocasionada, el Tribunal regional superior de Innsbruck decidió, en apelación, solicitar del Tribunal de Justicia que se pronunciara, como cuestión prejudicial, sobre diversos extremos del asunto planteado. En particular, por lo que aquí nos interesa, en cuanto a la colisión entre la obligación de los Estados miembros de garantizar el principio de libre circulación de mercancías dimanante del artículo 5o. del Tratado Constitutivo CE y el respeto a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de reunión regulados y protegidos por los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo.<sup>260</sup> Para resolver este conflicto de intereses debe procederse a “la necesaria conciliación de las exigencias de la protección de los Derechos fundamentales en la Comunidad con los que se derivan de una libertad fundamental consagrada por el tratado...”, teniendo en cuenta que tanto el principio de libre circulación como los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo son susceptibles de limitaciones que se justi-

506; González Vaqué, L., “El equilibrio entre libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia ‘Schmidberger’”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 227, 2003, pp. 61-76; Alemanno, A., “À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans la cadre du marché intérieur”, *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 4, 2004, pp. 709-751.

<sup>260</sup> La otra cuestión planteada atañe a la posible responsabilidad del Estado por actos de los particulares —que, de apreciarse, supondría una quiebra del principio imperante en derecho internacional público conforme al cual los Estados no responden, normalmente, de dichos actos— motivada por el incumplimiento de aquél de velar por el orden público. Apartados 20 y 21, de la sentencia del TJCE 12 del junio de 2003, Schmidberger, C112/00, Rec. 2003, p. I-5659.

fican por la persecución de objetivos de interés general.<sup>261</sup> Por esta razón, el Tribunal de la Unión Europea, al igual que hace su homólogo del Consejo de Europa, acude al examen clásico de los márgenes de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado austriaco para comprobar si dichas medidas quedan justificadas ex artículo 30 del Tratado Constitutivo CE,<sup>262</sup> habida cuenta de que las autoridades nacionales gozan de un amplio poder de apreciación a la hora de ponderar las posibles restricciones que pueden sufrir las libertades de expresión y de reunión.<sup>263</sup>

Finalmente, y a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente asunto,<sup>264</sup> el Tribunal de Justicia estimó que “la autoridad nacional (...) pudo considerar razonablemente que el objetivo legítimamente perseguido por dicha concentración no podía alcanzarse, en el caso de autos, mediante medidas menos restrictivas de los intereses comunitarios”<sup>265</sup> y declara: “el hecho de no haber prohibido la autoridad competente de un Estado miembro una concentración en circunstancias como las del caso principal no es incompatible con los artículos 28 y 29 del Tratado

<sup>261</sup> *Ibidem*, apartados 77-79.

<sup>262</sup> Artículo 30 del Tratado Constitutivo CE: “Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas...”. Precisamente, la profesora STOFFEL sostiene que dentro de la noción genérica de orden público quedaría englobada la protección de los derechos fundamentales, aunque también admite que puede tratarse “de una nueva categoría justificativa *sui generis* que la propia jurisprudencia podría aclarar en el futuro”. Stoffel Valloton, N., “Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH)”, *cit.* p. 499.

<sup>263</sup> Apartado 82 de la sentencia.

<sup>264</sup> En efecto, se tuvieron en cuenta diferentes elementos fácticos como la adopción, por parte de la autoridad competente, de las medidas pertinentes para minimizar los daños que se pudieran derivar del cierre de la autopista; el carácter incidental del obstáculo en cuestión; la ausencia de alteración del orden público, etcétera.

<sup>265</sup> Apartado 93.

Constitutivo CE, en relación con el artículo 10 del Tratado Constitutivo CE”.<sup>266</sup>

La sentencia, pues, pone de relieve la firme convicción del Tribunal de Justicia en la defensa de los derechos fundamentales (en este caso los de libertad de expresión y de reunión), que prioriza cuando concurren las circunstancias examinadas, por encima, incluso, de la protección de principios sustanciales en el derecho comunitario como es la libre circulación de mercancías. De este modo, acerca su postura a la de los tribunales constitucionales internos que dotan a aquellos derechos de un carácter absoluto al no instrumentalizarlos, el Tribunal de Luxemburgo, en función de la consecución del genuino fin comunitario de la integración económica.

Interesante resulta, también, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2004,<sup>267</sup> ya que en ella se dilucida el problema de la posible violación de los derechos fundamentales tal y como, hasta el momento de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales, solía presentarse en el entorno comunitario: cuando colisionan directamente libertades fundamentales (en el caso concreto, la libre prestación de servicios) y derechos fundamentales (en esta hipótesis, la dignidad humana considerada como un bien jurídico protegido por razones de orden público).<sup>268</sup>

<sup>266</sup> Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones planteadas por el Tribunal regional austriaco, la responsabilidad del Estado, el Tribunal luxemburgoés obvió la cuestión de fondo no apreciando la concurrencia de tal responsabilidad al no haber sido conculado el derecho comunitario. El abogado general, por el contrario, precisó que tal violación sólo podría ser ocasionada por un exceso manifiesto de las autoridades en su ámbito de actuación, circunstancia que no se da en el presente caso (Conclusiones del abogado general, Jacobs, presentadas el 11 de julio de 2002, C-112-00, Rec., 2003, p. I-05659, apartado 117 y ss.).

<sup>267</sup> Asunto C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-Gmbh, contra Oberbürgermeisterin der Bunesstadt Bonn, Rec. 2004, p. I-9609.

<sup>268</sup> Los hechos que, en síntesis, dieron lugar al pronunciamiento de la Sentencia, por parte del Tribunal de Luxemburgo, son los siguientes: contra una empresa alemana (Omega) dedicada a la explotación de un establecimiento de ocio denominado “laserdromo” (en el que además de disparar contra sensores-receptores fijos instalados en la sala se disparaba también contra personas), se

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declaró en dicha Sentencia:

El derecho comunitario no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana”.<sup>269</sup>

Para fallar en estos términos el tribunal tuvo en cuenta, entre otras apreciaciones, la consideración de los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del derecho resultantes, especialmente, de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. De aquí se sigue que la dignidad humana constituye un interés legítimo objeto de protección tanto por la Comunidad como por sus Estados miembros, lo “que puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho

dicta por la autoridad gubernativa una orden dirigida a prohibir tales juegos en su segunda modalidad. La orden estaba motivada por la existencia de una amenaza para el orden público ya que los simulacros de homicidio concultan los valores fundamentales y, concretamente, la dignidad. La empresa en cuestión inicia los pertinentes trámites procesales que culminan con la interposición de un recurso de casación en el que alega conculcación del Derecho comunitario, especialmente la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías, pues su “laserdromo” pretendía utilizar el modelo, los equipos y la tecnología suministrados por una empresa británica. Finalmente, el órgano jurisdiccional alemán decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la correspondiente cuestión prejudicial.

<sup>269</sup> La abogada general Christine Stix-Hackl, se pronunció en sus Conclusiones presentadas el 18 de marzo de 2004 en el mismo sentido, aunque de modo más descriptivo, al proponerle al Tribunal la siguiente contestación: “Una orden gubernativa nacional contra una actividad empresarial que el juez nacional considera incompatible con los valores constitucionales fundamentales es compatible con las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la libre prestación de servicios si dicha orden está efectivamente justificada por un objetivo de orden público de interés general y se garantiza que dicho objetivo no puede alcanzarse mediante medidas menos restrictivas de la libre prestación de servicios” (Rec. I-9640).

comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios”.<sup>270</sup> Para ello es necesario que las medidas restrictivas en cuestión resulten justificadas por razones de orden público, necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar cuando dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas.<sup>271</sup>

Por otro lado, no conviene olvidar que en el momento en que se produjo la sentencia examinada, estando pendiente aún de aprobación el Tratado de Lisboa, en el que se contemplaba la posibilidad de adhesión, por parte de la Unión Europea al Convenio Europeo, el gran debate se centraba en dilucidar si dicha adhesión comportaría, también, la sumisión al sistema de garantía jurisdiccional instaurado por éste y, por tanto, el sometimiento jerárquico del Tribunal de Justicia al Tribunal Europeo como última instancia a la que someter las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales en el espacio europeo, incluido el comunitario.

La fase crucial por la que atravesaban las relaciones entre uno y otro Tribunal europeo<sup>272</sup> se reveló en el asunto Senator

<sup>270</sup> Apartados 30-35 de la Sentencia citada en nota 352 y puntos 82 a 91 de las Conclusiones de la abogada general.

<sup>271</sup> Circunstancias éstas que concurren en el caso enjuiciado ya que, por un lado, la dignidad humana está garantizada en la Constitución Nacional de la República Federal de Alemania y, por otro lado, al prohibirse únicamente la variante de juego láser que tiene por objeto “jugar a matar” la orden gubernativa no traspasa el ámbito estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales competentes (Apartados 35 y 39 de la Sentencia y puntos 92; 93; 100; 112 de las Conclusiones).

<sup>272</sup> Para un estudio detallado de la evolución del control del derecho comunitario por las instancias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se puede consultar Bustos Gisbert, R., “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en García Roca J., Fernández Sánchez, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, cit., pp. 159 y ss.

Lines<sup>273</sup> que sivió para “poner de manifiesto las carencias del sistema de protección de derechos a nivel europeo y, en concreto, la necesidad de proceder a la adhesión abierta al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos para permitir conocer claramente cuándo y cómo su tribunal puede controlar la actividad de las instituciones comunitarias desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Circunstancia ésta, imposible hasta ahora, por no ser la Comunidad ni la Unión partes signatarias y ofrecer así un marco de protección de tales derechos a imagen y semejanza del que existe a nivel interno, donde existe la posibilidad de que los particulares puedan sustanciar sus demandas en el Tribunal de Estrasburgo contra el Estado por vulneración de aquellos derechos amparados en el Convenio y sus subsiguientes protocolos”.<sup>274</sup>

El asunto del que nos ocupamos presenta la peculiaridad de ser el primero en el que se demanda, ante el Tribunal Europeo, a todos y cada uno de los entonces quince Estados que componían la Comunidad<sup>275</sup> por la actuación del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia al no conceder cierta solicitud de medidas cautelares considerada como una vulneración de los derechos a un juicio justo, acceso efectivo a un recurso y presunción de inocencia (artículo 6o. del Convenio Europeo), entrando en juego, por tanto, todas las piezas que componían la garantía de los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo.

<sup>273</sup> Decisión de la Gran Sala del TEDH del 10 de marzo de 2004, declarando la inadmisibilidad de la demanda núm. 56672/00, de 30 de marzo de 2000, interpuesta por la empresa alemana Senator Lines GmbH contra Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido.

<sup>274</sup> Marinas Suárez, D., “Senator Lines contra los quince Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004, p. 478.

<sup>275</sup> Como se sabe, el 1o. de mayo de 2004 se incorporaron diez nuevos Estados a la Unión Europea : Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y la República Checa y en el año 2007, Bulgaria y Rumanía quedaron, también, englobadas en la Unión, aunque la prioridad, después de lo acordado en la cumbre europea de 2006, se orienta más que a las nuevas integraciones, a la consolidación de la Unión a través de la aprobación del Tratado de Lisboa.

En efecto, la sociedad limitada alemana Senator Lines GmbH, dedicada al transporte por mar, es condenada por la Comisión a pagar una multa a causa de la infracción de ciertas normas comunitarias por lo que dicha compañía decide recurrir la decisión de la Comisión exigiéndosele que presentara la correspondiente garantía bancaria. Dada su precaria situación económica, Senator Lines intentó, por todos los medios, incluido el planteamiento de recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, eximirse de constituir la garantía solicitada. Ante los infructuosos resultados de sus gestiones, decidió interponer la correspondiente demanda ante el Tribunal Europeo, el 30 de marzo de 2000, contra los Estados mencionados al considerarles responsables, tanto a título individual como colectivo, de los actos de la Comunidad, concretamente, por la denegación de la medida provisional requerida. Posteriormente, la Comisión comunica que suspende la ejecución de la multa mientras que no se resolviese el procedimiento ante el Tribunal Europeo. La sala tercera decide no conceder la medida provisional solicitada y, además, inhibirse en favor de la gran sala,<sup>276</sup> cuando transcurrieron dos años desde la interposición de la demanda, excluyendo ésta la admisión de la misma por falta de legitimación activa del demandante.<sup>277</sup>

Lo relevante de este proceso, sin embargo, no son las actuaciones que conocemos, sino el tema que subyace en el fondo de

<sup>276</sup> Decisión del 24 de octubre de 2002, confirmada por otra de 12 de diciembre de 2002.

<sup>277</sup> Recuérdese que “Senator Lines perdió su condición de víctima ya que en el momento que la Comisión decidió abstenerse de recuperar la multa, con la anulación de la misma por el juez de Luxemburgo, quedaba vaciado de contenido todo el proceso y el elemento de su victimización”. Marinas Suárez, D., “Senator Lines contra los quince Estados miembros de la Unión Europea”, *cit.* p. 495. Pastor Palomar estima que la decisión progresiva por parte del TEDH hubiera sido la inadmisión por falta de legitimación pasiva de las Comunidades Europeas distinguiendo su personalidad jurídica respecto a la de los Estados que la componen. Pastor Palomar, A., “Senator Lines ante los tribunales europeos: los frutos de las acciones procesales paralelas ante las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2004, p. 195.

este asunto que no es otro que el ya mencionado establecimiento, en cierto modo, de los parámetros con arreglo a los que se han de regir las relaciones entre los dos Tribunales que en el ámbito regional europeo, monopolizan la defensa y protección de los derechos fundamentales. No podemos olvidar, en este sentido, que el proceso Senator Lines se inicia en el año 2000 y termina en el 2004,<sup>278</sup> lo que supone que su ámbito temporal abarca, precisamente, todo el proceso de gestación de la Carta de Derechos Fundamentales y su posterior incorporación, en aquella fase, al tratado por el que se establece una Constitución para Europa. De ahí lo delicado del momento en el que se produce la interposición de la demanda en la que se lanza el guante al Tribunal Europeo para controlar la legalidad de los actos comunitarios,<sup>279</sup> si bien dicha demanda no se dirige directamente contra la Comunidad, como hemos visto, sino contra todos y cada uno de los Estados miembros que, en éste periodo, la componían.

La incógnita que planeaba sobre el asunto abordado puede ser despejada a raíz de la reciente aprobación del Tratado de Lisboa. Lo que sí ha quedado claro a través de su culminación y desarrollo es que el Tribunal Europeo se muestra sumamen-

<sup>278</sup> La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), anulando la multa impuesta a la sociedad, es del 30 de septiembre de 2003 (DOUE C 7/29, del 10 de enero de 2004. El texto completo de la sentencia, en los asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Atlantic Container Line AB y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, puede consultarse en Rec. 2003, p. II-03275.

<sup>279</sup> Fischbach advierte de los riesgos que se derivan de esta adhesión *de facto* ya que lo que está sucediendo en la práctica es que el TEDH al tenerse que pronunciarse, en determinados asuntos que se le someten a examen, sobre el derecho Comunitario sin que en su composición, como tal órgano jurisdiccional, figure ningún juez por parte de la Unión Europea “elegido a título de Alta Parte Contratante”, se le está privando a ésta de la posibilidad de contar en el seno de aquél de una persona que aporte la necesaria experiencia y pericia en la interpretación del derecho que compone el ordenamiento jurídico comunitario. Fischbach, M., “Le Conseil de l’Europe et la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, vol 12, núm. I-2, 2000, pp. 7 y ss.

te cuidadoso y sensible al enjuiciar materias que, de una u otra manera, incidan sobre aspectos relacionados con la órbita comunitaria para no estropear la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo proclamada, como declaración programática en la Carta.<sup>280</sup> De este modo el mencionado Convenio y la jurisprudencia que le interpreta han entrado a formar parte del bagaje del derecho comunitario “por derecho propio, y no sólo, como sucedía anteriormente, como principios generales del mismo (artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea)”.<sup>281</sup> Además, mediante sentencias como la anteriormente examinada de Senator Lines, se puede concluir que se han sentado las bases para una progresiva domesticación<sup>282</sup> del derecho comunitario a través de las fórmulas de control externo sobre la actividad de las instituciones comunitarias elaboradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En definitiva, los derechos fundamentales que constituyen auténticos elementos estructurales del ordenamiento jurídico y son, por tanto, fundamento de la paz social, han de ser convenientemente protegidos, quedando pendiente, en el ámbito de la

<sup>280</sup> La profesora Marinas hace notar que de producirse dicha adhesión, quedan fuera de lugar las reservas de los que opinan que ello conllevaría una subordinación del Tribunal de Luxemburgo al de Estrasburgo, al igual que no se ha producido respecto de los Tribunales Constitucionales nacionales con Estrasburgo, sino que supondría, más bien, el “reconocimiento de la importancia nuclear de los derechos fundamentales en el proceso de integración de la Unión Europea, ahora ya de veinticinco Estados miembros, en cuyo seno el impulso integrador sólo puede realizarse contando con unas instituciones europeas respetuosas de los Derechos y respecto de cuyos actos pueda por fin pronunciarse el TEDH”, de modo que “las particularidades, existentes, por supuesto, del ordenamiento comunitario no se verían menoscabadas por la fiscalización por parte de Estrasburgo de actos comunitarios, lo mismo que no lo son en la actualidad las de los Estados miembros”. Marinas Suárez, D., “Senator Lines contra los quince Estados miembros de la Unión Europea”, *cit.*, p. 498.

<sup>281</sup> Morte Gómez, C., “El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en García Couso, S. (Coord), *Comentarios a la Constitución Europea*, *cit.*, p. 1612.

<sup>282</sup> En frase de Scheeck, L., *The European Convention on Human Rights, Achievements, problems and prospects*, *cit.*, p. 857.

Unión Europea, la articulación concreta de dicha protección.<sup>283</sup> En el plano teórico se han apuntado tres soluciones:<sup>284</sup> atribuir al Tribunal Europeo dicha protección, solución que presenta el inconveniente de que muchos países europeos tienen firmado el Convenio de Roma de 1950 y, sin embargo, no forman parte del ámbito de la Unión Europea<sup>285</sup>; otra posibilidad sería la de otorgar al Tribunal de Justicia la jurisdicción expresa para aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mecanismo que tendría el inconveniente práctico de colapsar, aún más el ingente trabajo que aglutina dicho tribunal que, lógicamente, encuentra su más concreto campo de actuación en velar por el orden público, económico y social de las normas comunitarias en el seno de la Unión Europea; cabría una tercera vía consistente en crear ex novo un Tribunal Constitucional de la Unión, constituido por juristas de reconocido prestigio designados por cada Estado miembro, configurándose como un específico órgano garante de la Norma Fundamental Europea frente a todos los poderes de la Unión y de sus Estados miembros.<sup>286</sup>

<sup>283</sup> Sobre el tema se puede consultar Pastor Ridruejo, J.A., “La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales”, en García Couso, S. (Coord), *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., pp. 1653-1667.

<sup>284</sup> Merchán Merino, J. F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y su garantía constitucional”, <http://injef.com>.

<sup>285</sup> Se ha apuntado, en este sentido que las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales al establecer un estándar mínimo de protección de dichos derechos con respecto al convencional, posibilitando, por tanto, la adopción de mayores niveles de protección, constituyen un buen argumento para acallar los recelos de los que entendían que la presencia en el seno del sistema de Estrasburgo de países con escasa historia democrática, podía incidir negativamente en el sistema de garantía jurisdiccional dentro de la órbita de la Unión Europea que aglutina, como se sabe, a países con democracias ya consolidadas. Marina Suárez, D., “Senator Lines contra los quince Estados miembros de la Unión Europea”, cit. pp. 486 y 487.

<sup>286</sup> Otra posibilidad que puede ayudar a resolver los eventuales puntos de fricción entre uno y otro Tribunal es la de establecer una especie de Comité mixto que establezca una coordinación permanente entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En cualquier caso, se puede concluir que en el ámbito regional europeo quedan protegidos, como en ningún otro espacio, los derechos fundamentales de forma particularmente intensa, aunque el camino aún no ha sido recorrido del todo pero las perspectivas de futuro se muestran francamente esperanzadoras ante la aprobación del Tratado de Lisboa que otorga carácter vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales y se posibilita la adhesión al Convenio Europeo<sup>287</sup> lo que potenciará la labor de los Tribunales Europeos en este campo.<sup>288</sup> Es cierto que la interconexión entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo puede originar ciertas fricciones, sobre todo cuando como consecuencia de un asunto sometido a su examen, el Tribunal Europeo falla que se ha producido, efectivamente, la vulneración de un derecho fundamental y la ejecución de la sentencia en el Estado en cuestión lleva aparejada la modificación de normas comunitarias que exigen, lógicamente, que se allanen a ello el resto de los Estados que integran la Unión.

<sup>287</sup> No han dejado de ponerse de manifiesto las ventajas que se pueden derivar de dicha adhesión: lograr la deseada conexión y coherencia entre los dos Tribunales europeos en materia de protección de derechos fundamentales lo que permitirá que los ciudadanos gocen de una protección óptima en este ámbito. Morte Gómez, C. “El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea”, en García Couso, S. (coord), *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., p. 1624.

<sup>288</sup> En realidad, para la protección de los derechos fundamentales en el área europea confluyen, como se sabe, tres Tribunales ya que a los europeos hay que añadir los constitucionales de los diversos Estados miembros. Este sistema, además, en se ve reforzado, concretamente, en el ordenamiento jurídico español por la existencia en él de mecanismos de garantía de los derechos fundamentales como el recurso de amparo y la cláusula del contenido esencial. Un estudio conjunto de los Tribunales mencionados se contiene en Rodríguez Iglesias, G. C.; Valle Gálvez, A., “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, 1997, pp. 329-376.

Tales temores fueron ya rebatidos con ocasión del dictamen 2/1994, anteriormente mencionado, y en la fase actual en la que nos encontramos resultan sumamente clarificadoras a la par que tranquilizadoras las palabras de la Letrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, por estas razones, no podemos dejar de citar: “En todo caso, la adhesión de la Unión Europea al Convenio no afectará a la autonomía del derecho de la Unión. El Tribunal de Estrasburgo se pronunciará sobre el respeto de los derechos fundamentales que resultan del Convenio Europeo, sin interpretar en modo alguno el derecho de la Unión, como tampoco lo hace respecto del derecho nacional de los Estados contratantes, y las instituciones gozarán, una vez producida la adhesión, de la misma forma que los Estados parte al Convenio, de la libertad de elección en cuanto a la forma de cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 46 § 1 del Convenio en caso de que el Tribunal Europeo concluyera que existe una contradicción del derecho comunitario o de la Unión con las disposiciones del Convenio.

Tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguirá siendo el único árbitro supremo de las cuestiones de derecho de la Unión y la validez de los actos de la Unión; no podrá considerarse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un tribunal supremo, sino como un tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones de derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al Convenio Europeo”.

En cuanto al papel del Tribunal de Justicia su posición deberá ser:

Análoga tras la adhesión, a la actual posición de los tribunales constitucionales o supremos nacionales respecto del Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal de Luxemburgo seguirá teniendo, respecto del derecho comunitario y el derecho de la Unión, plena autonomía y plena autoridad. La adhesión no hará, por otra parte, en virtud del principio de subsidiariedad, que el derecho de la Unión pierda su especificidad, ya que el Tribunal Europeo, al aplicar el Convenio Europeo a los casos que se le presentan, deja

a los Estados suficiente margen de apreciación, teniendo siempre en cuenta la interpretación del derecho aplicable dada por los tribunales nacionales. Lo mismo sucederá con la interpretación que el Tribunal de Justicia diera al Derecho de la Unión.<sup>289</sup>

En definitiva, el Tribunal Europeo está plenamente facultado para interpretar el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito europeo, lo que, evidentemente, incluye la interpretación de dichos derechos en el contexto de la Unión Europea. A pesar de dicha afirmación, el Tribunal de Luxemburgo es el órgano jurisdiccional supremo en el orden comunitario, de tal manera que en sus decisiones puede apartarse de la apreciación sustentada por el Tribunal de Estrasburgo, si bien deberá razonar, adecuadamente, por qué se aparta de dicha interpretación<sup>290</sup>. Tras la aprobación del Tratado de Lisboa, cualquier ciudadano europeo podrá, por primera vez, reclamar los derechos recogidos en la carta ante el Tribunal Europeo de Luxemburgo. Si bien hay que puntualizar que dicha Carta se ciñe a proteger los derechos fundamentales en la aplicación de la legislación comunitaria, en algunos casos por parte de la comisión y, en otros, por las autoridades nacionales y locales. De este modo, la violación de los derechos fundamentales debido al incumplimiento de la legislación nacional seguirá

<sup>289</sup> Morte Gómez, C., “El papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea”, en García Couso, S. (coord), *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., pp. 1624 y 1625.

<sup>290</sup> Álvarez-Ossorio Micheo, F., “Constituciones, Constitución y Convenio: derechos, derechos y derechos”, en Gómez Corona, E.; Leñero Bohórquez, R.; Gutiérrez vega, P. (Coords.), *Una Constitución para los ciudadanos de Europa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 159 y ss. En cuanto a la relación de los Tribunales Europeos con el Tribunal Constitucional español, destaca lo expresado en la Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 60., en la que se pone de manifiesto que aunque el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa “asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del artículo 10.2 CE (...), no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten (...), sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer”.

protegida por las leyes internas de los países y sus constituciones nacionales. Por otro lado, la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos permitirá al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo controlar que los actos de la Unión respeten el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En definitiva, los dos tribunales colaborarán estrechamente en la salvaguarda de los derechos fundamentales lo que hará que los ciudadanos europeos se encuentren plenamente protegidos al poder acudir a ambas instituciones.

No podemos perder de vista, en la comprensión global de este fenómeno, el espíritu de identidad europea que late en el fondo de todo el proceso de constitución y evolución posterior de la Unión Europea.<sup>291</sup> Por ello, suscribimos plenamente las palabras del profesor Rubio Llorente cuando habla del impulso profundo que ha llevado a los europeos a unirse políticamente. Un impulso que (...) no se puede explicar simplemente por el interés económico de los distintos pueblos de Europa, o por su deseo de garantizarse recíprocamente el respeto de los derechos. Si sólo de eso se tratara, les hubiera bastado con crear un mercado único, suscribir el Convenio Europeo, y someterse en común al Tribunal de Estrasburgo. (...) ese impulso ha de comprenderse, continúa explicando dicho Profesor, como una “voluntad de unidad” asentada sobre la conciencia de participar de una misma identidad, de constituir un demos, de formar parte de una “comunidad crítica” diferenciada en el conjunto de la Humanidad<sup>292</sup>. El problema de la identidad europea se erige, por tanto, en el punto nuclear del proceso de integración y en el referente primordial para construir una Unión asentada sobre bases sólidas que impidan su desintegración así como la

<sup>291</sup> “Nos aguardan grandes retos. Pero si actuamos juntos, como europeos, unidos por nuestros fuertes vínculos y nuestro marcado sentido de la identidad, podremos hacerles frente”. Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Objetivos estratégicos 2000-2005*, cit., p. 8.

<sup>292</sup> Rubio Llorente, F., “Prólogo” (a la edición castellana), en H. H., Weiler, *Una Europa cristiana*, Madrid, Encuentros, 2004, p. 8.

de los órganos que la conforman, singularmente, el de su órgano jurisdiccional en cuanto garante de los derechos fundamentales.

### 3. *Valoración*

Antes ya de que entrase en vigor la carta y aunque la jurisprudencia comunitaria se desarrollaba principalmente con ocasión de temas económicos o de organización interna de la Comunidad, en sintonía con su objetivo prioritario de permitir el funcionamiento del mercado interior, resultaba muy llamativo que llegando a conocer, colateralmente, de derechos fundamentales los realzaba y priorizaba por encima de las libertades reconocidas en los tratados como la libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, etcétera. Esta postura se asienta, como se demuestra en la sentencia Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH, contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, del 14 de octubre de 2004, sobre la consideración de la dignidad humana como la realidad que vertebraba toda la construcción y desarrollo posterior de los derechos fundamentales en el seno de la Unión. Tanto es así, que el Tribunal de Justicia estima legítima la no aplicación de una normativa comunitaria, por parte de un Estado miembro, en aras del respeto a la dignidad humana en cualquiera de las modalidades que facilitan dicho respeto (orden público, moral pública, etcétera), siempre que no exista una vía que permita conjugar el respeto a la dignidad humana y a la legislación comunitaria.

En lo que se refiere específicamente al derecho de asociación, llamaba la atención que la jurisprudencia comunitaria reconociese el derecho de asociación como un derecho fundamental, antes incluso de la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales.<sup>293</sup> Por otro lado, existe un práctico paralelismo en la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

<sup>293</sup> Sentencia del TJCE, del 15 de diciembre de 1995, Bosman, C 415/93, Rec. 1995, p. I-0492.

manos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ambos contemplan la libertad asociativa tanto en su vertiente positiva como en la negativa, así como la existencia de restricciones legítimas a las mismas (derechos de los demás, interés general, etcétera) aplicables en conexión con el principio de proporcionalidad.

No obstante, ambos tribunales coinciden en una postura arcaica de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho que nos ocupa al no mencionar la obligación positiva por parte de los poderes públicos de promocionar, más allá de la mera protección, el adecuado desarrollo de este derecho. Además, permanece el problema, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la efectividad de las sentencias por parte de las respectivas autoridades nacionales al dictaminarse unas sanciones económicas que poco ayudan al objetivo realmente buscado del pleno respeto a los derechos fundamentales. Por el contrario, las sentencias del Tribunal de Justicia han tenido siempre carácter ejecutivo en los ordenamientos internos de los diferentes Estados que componen la Unión alcanzando efectos *erga omnes*, limitados, lógicamente, al marco comunitario.<sup>294</sup>

Ante la dificultad que presenta el carácter declarativo de las sentencias de la Corte Europea, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha exigido, por parte del Tribunal, que especifique en sus sentencias la fuente de la violación, a la vez que recomienda a los Estados que con el fin de evitar la violación

<sup>294</sup> El Tratado de Lisboa, *ex* artículo 2.212, dispone: 2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias". La diferencia de las indemnizaciones concedidas por uno y otro Tribunal se puede estudiar en Salado Osuna, A., "La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en García Roca J., Fernández Sánchez, P. A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, *cit.*, pp. 257 y ss.

sistemática de las sentencias establezca mecanismos adecuados para su efectiva ejecución. A pesar de que hubiese sido mejor establecer directamente la ejecutoriedad de las sentencias, dicha medida en la práctica implica atribuirlas tal virtualidad.<sup>295</sup>

A este dato se añade otro más que puede constituir una sombra para la plena efectividad de las sentencias emanadas de ambos Tribunales en materia de derechos humanos. En concreto, la doctrina del margen de la apreciación nacional en virtud del cual el Tribunal Europeo no debe sustituir las decisiones nacionales siempre que puedan acantonarse en un interés doméstico, doctrina que puede ser esgrimida a instancia de parte o de oficio para reducir el alcance del control europeo. De este modo, los Estados parte del Convenio Europeo tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y la Corte Europea puede no entrar a enjuiciar algún asunto concreto ratificando la decisión adoptada por el Estado demandado, en virtud de un principio de deferencia, si dicha decisión tiene la razonable apariencia del buen derecho. Trasladado dicho principio al ámbito del Tribunal de Justicia la cuestión no se plantea en los mismos términos. No se puede olvidar que el margen de apreciación nacional en la doctrina del TEDH aparece indisolublemente unido al principio de subsidiariedad: su intervención sólo se produce previo agotamiento de los recursos internos y sanciona únicamente aquellas conductas estatales que sobrepasan el margen de discrecionalidad concedido.

<sup>295</sup> Con independencia de estas acciones y a falta de la ratificación por parte de Rusia, existe un nuevo Protocolo, el núm. 14, que sin modificar el carácter formalmente declarativo de las sentencias del Tribunal Europeo, acoge el compromiso, por parte de los Estados que integran el Consejo de Europa, de que el Comité de Ministros pueda recabar del Tribunal Europeo una sentencia definitiva. Dicha sentencia ha de servir para especificar el comportamiento de un Estado cuando en relación con la ejecución de una sentencia, se considere que el Estado en cuestión no la ejecute debidamente. Fernández Sánchez, P. A., “Naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y del TJCE”, en García Roca J., Fernández Sánchez, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, cit., pp. 171 y ss.

do a los Estados parte por el propio CEDH. Sin embargo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los asuntos que se le platean, en la mayoría de las ocasiones, mediante cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros o de recursos de anulación y, por tanto, bien previo pronunciamiento del órgano jurisdiccional que remite la consulta, bien con escasas posibilidades de intervención por parte de los tribunales nacionales. De ahí que este último Tribunal haya hecho la aplicación del margen de apreciación en muy pocas ocasiones.<sup>296</sup>

Si tenemos en cuenta que en una comunidad internacional como la Europea, aunque el postulado que se va a enunciar también resulta predictable para Latinoamérica,<sup>297</sup> la aspiración a la que se tiende es a la integración, habría que intentar que la doctrina del margen de apreciación nacional quedase lo más recortado posible, no ser universal para todos los derechos y necesitar para su aplicación de una motivación y justificación expresa.

En cuanto a las perspectivas de futuro para las relaciones entre uno y otro Tribunal, merece la pena traer a colación la declaración 2 relativa al apartado 2 del artículo 6o. del Tratado de la Unión Europea inserta en el Tratado de Lisboa entre las declaraciones relativas a las disposiciones de los Tratados en la que después de especificar que “la Conferencia conviene

<sup>296</sup> Un análisis de la doctrina del margen de apreciación nacional con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se realiza por García Roca, J., “Soberanía estatal *versus* integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? y en relación al Tribunal de Justicia en Díaz Crego, M., “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”; ambos se contienen en García Roca J. y Fernández Sánchez, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, cit., pp. 15 y ss; pp. 55 y ss., respectivamente.

<sup>297</sup> En este sentido, Sagüés, N. P., “Las relaciones entre los Tribunales internacionales y los Tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis. Derecho en la región*, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, año 9, núm. 1, pp. 4 y ss.

en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión”, añade que “en este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio”.

Así, con la entrada en vigor de la Carta de Derechos de la Unión y la ejecución de la orden de incorporación al CEDH se puede afirmar con cierta seguridad que existe un control tanto interno como externo del Derecho de la Unión Europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Por un lado, el control interno se realiza por los tribunales nacionales respecto a su propia constitución en el ámbito del derecho exclusivamente estatal y por los propios tribunales nacionales actuando como jueces comunitarios y, por supuesto, por el TJ de la Unión Europea respecto a la Carta de Niza en el ámbito del derecho comunitario. Mientras que el control externo, de tipo subsidiario, se lleva a cabo por el TEDH actuando el Convenio Europeo como parámetro de referencia. De este modo, el Tribunal Europeo seguirá siendo un Tribunal especializado en derechos humanos y el Tribunal de Justicia será un Tribunal general que, en ocasiones, habrá de resolver sobre derechos fundamentales.

En definitiva, a pesar de la variedad que encierra en sí misma la identidad europea, su “adhesión a un sistema de valores común basado en el respeto de la dignidad humana y los derechos humanos”,<sup>298</sup> abre horizontes esperanzadores para que los derechos fundamentales se vean reconocidos en su justa medida en el seno de la Unión. Más aún, dicha variedad,

<sup>298</sup> Comité Económico y Social, Dictamen sobre “el papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea”, *cit.*, p. 36.

dentro de la unidad integradora de la Unión europea, constituye una fuente de riqueza no sólo para los diferentes ordenamientos internos de los Estados miembros, sino para el propio derecho comunitario.<sup>299</sup>

<sup>299</sup> En este sentido se pronuncia Mosquera Monelos para la que “el derecho comparado se ha convertido en una herramienta indispensable en el entramado legislativo de la Unión europea, tanto en el proceso de elaboración y armonización de normas a nivel comunitario, como en la aplicación de las mismas en el plano legislativo estatal”. Mosquera Monelos, S., “Aproximación en clave comparada al asociacionismo no lucrativo: el asociacionismo religioso”, en Mosquera Monelos, S.; Corral García, R. (coords.), *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2000 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, A Coruña, Universidad da Coruña, 2003, p. 109.