

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense
de Madrid. Letrado (excedente) de la Seguridad Social*

(Comentario a la STJCE de 14 de octubre de 2004, Asunto C-36/02) *

1. INTRODUCCIÓN

Dos circunstancias determinan la oportunidad de este comentario. La primera viene dada por la celebración del «primer referéndum» sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante Constitución Europea, en abreviatura CEu) ¹, precisamente en España, así como los previstos en los más importantes Estados miembros de la Unión Europea. La segunda, la reciente rememoración del campo de exterminio nazi de Auschwitz.

Por la primera de aquellas circunstancias los ciudadanos europeos nos encontramos en un momento histórico singularmente relevante. Se trata de construir definitivamente Europa, o reconstruirla como entidad política ² única y original, dotándola de una norma jurídica básica y con función constituyente, lo cual es un «reto» (objetivo o empeño difícil de llevar a cabo, pero estimulante), vital, «porque hoy ni España, ni Alemania, ni Francia, ni Reino Unido, ni Italia serían nada en un mundo de fuerza e intereses gigantescos» ³.

La construcción o reconstrucción de Europa desafía la imaginación constituyendo un salto cualitativo, síntesis del mejor pensamiento humano, «no sólo por el legado de los griegos y romanos, de los monjes cristianos y de los junkers prusianos. No sólo por el inmejorable siglo XVII, por los siglos siguientes... No sólo por Montaigne, Velázquez, Newton... No sólo por la Revolución

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 265, abril 2005.

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 12 de diciembre de 2004, C-310.

² A la que denominaremos Europa, mejor que Unión Europea, pero con sentido equivalente. Indica el artículo I-1 de la CEu que «la presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común crea la Unión Europea...».

³ VALCÁRCEL D. «Votar el 20 de febrero», *ABC*, 7-2-2005, pág. 3.

Inglesa y la Revolución Francesa y los derechos del ciudadano y la Europa industrial... No sólo por los grandes arquitectos desde Calícrates hasta Norman Foster y su puente sobre el Tarn. Ese aire invisible pero respirable está compuesto por muchos ámbitos, entre otros, por la pasión europea de descubrir. Un componente misterioso que, desde Prometeo, lleva al europeo a investigar, a buscar el saber. No sólo en la Europa del Oeste, también en la Europa Central y en la del Este. Bizancio fue la primera potencia europea durante un milenio, entre los siglos V y XV, mientras Copérnico investigaba en Cracovia y Brahe medía el universo con Kepler en Praga, cien años después. La búsqueda interminable parece grabada a fuego en el texto de la CEU»⁴.

Se trata de aportar un futuro mejor, más humano, al mundo, por más que sea «imposible borrar la diferencia entre la cultura europea, como algo restringido geográficamente y espiritualmente, y la civilización europea universalizada»⁵. Construir o reconstruir Europa centrada en la proclamación, reconocimiento y protección de la «dignidad humana», supone el esfuerzo titánico de crear una entidad política absolutamente nueva en una sociedad abierta, con un habitat normativo más racional, ajustado al principio de humanidad, por ser la racionalidad característica fundamental humana, en la senda aristotélica iniciada por el estagirita en el siglo III a.C., lejos del «pensamiento basado en el punto de vista privilegiado sobre el mundo» y de las «sociedades cerradas». Un Derecho que, fundado en la falibilidad gnoseológica («cosmos» frente a «taxis»), acabará con cualquier «mito del Gran Legislador»⁶ e impondrá la teoría igualitaria de la racionalidad.

Efectivamente, «la Europa que estamos construyendo –la que siempre está en trance de construcción– no puede limitarse en las categorías que conocemos. La Europa de los próximos años no podemos entenderla ni definirla como un Estado, como una Federación o como una Confederación. Debemos aplicarle, como siempre, una categoría original. Y en tanto llega el feliz hallazgo no podemos cerrar los ojos ante lo que es ya una realidad consolidada y tangible. Quizás si reparamos en ella vayamos en la dirección propicia para encontrar lo que buscamos. Algún día alcanzaremos un modelo original. Empeñarse en crear un Estado europeo a imagen de los viejos Estados nacionales sería la evidencia de un fracaso y la garantía del fin de Europa. Lo primero, porque se habría renunciado a la rebeldía europea frente a los modelos asentados. Lo segundo, porque el viejo modelo del Estado-nación exige unos sacrificios en términos de uniformidad y reducción de las diferencias que yugarían nuestra mayor riqueza: la pluralidad irreductible. Éste parece ser el gran reto: domeñar la pluralidad, sujetarla y rendirla, sin convertirla en lo contrario. Hacer, si se quiere, de la esquizofrenia una virtud»⁷.

⁴ VALCÁRCCEL D., «Votar el 20 de febrero», *ABC*, 7-2-2005, «la tercera», pág. 3.

⁵ DÍEZ DEL CORRAL, *El rapto de Europa*, Alianza Editorial, Madrid 1974, pág. 367.

⁶ INFANTINO L., *Ignorancia y libertad*, Unión Editorial, Madrid 2004, pág. 18. Afirma, en págs. 123-124: «a Platón se le considera un «precursor» de LENIN y HITLER. De hecho, los ideólogos de Nacional Socialismo declararon abiertamente ser seguidores de Platón, y su conexión con él salta a la vista en su intento de crear una sociedad cerrada y de establecer el «punto de vista privilegiado sobre el mundo». Respecto al vínculo entre Lenin y Hitler, es algo que causa sorpresa. RUSSEL entiende que el bolchevismo es «internamente aristocrático», lo cual es suficiente para convertir su igualitarismo en una simple tapadera». En pág. 229 indica: «Si Solón, Pericles, Protágoras fueron los primeros que trataron de definir el habitat de la sociedad abierta, Platón fue quien, frente al avance del mercado, de la discusión crítica y de la democracia, trató de identificar el habitat de la sociedad cerrada».

⁷ JIMÉNEZ DE PARGA, M., «No simplifiquemos a Europa», *ABC*, 23-7-2002, «la tercera», pág. 3.

En la construcción/reconstrucción de Europa la «dignidad humana» ocupa el lugar más destacado, como principio informador de su Derecho y como norma jurídica, constituyendo, *nomina-tim*, el primero de los valores sobre los que se fundamenta, proclamándose además su «comunidad a todos los Estados miembros» [según el art. 1.2 de la CEu «la Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia e igualdad (...), Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos (...). Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres»].

La segunda de las circunstancias que dan oportunidad a este comentario no es en absoluto gratificante, pero es oportuno traerla a colación por tratarse de un acontecimiento que representa el triunfo de la imposición de un «punto de vista privilegiado sobre el mundo», suponiendo también un reto, el de desterrar actuaciones contrarias a la dignidad humana, y que pueden ejemplizarse con una sola palabra, probablemente condensadora de toda referencia al mal y que, desde luego, simboliza la maldad: Auschwitz. Que ha sido objeto de rememoración en este mismo año.

La sentencia objeto de comentario se refiere a la prohibición de un juego, precisamente por autoridades municipales alemanas (siempre sensibles, por la tragedia nazi vivida en aquel país, a la barbarie del totalitarismo), consistente en «simulaciones de homicidio» de personas, un «juego de matar», de simular el homicidio de personas como divertimento, con fines lúdicos. Una época en la que se comercializa el «juego de matar personas por medio de un registro de impactos», hace buena la observación de que «el siglo XX no tendrá que hacer trampas para llevarse, dentro del palmarés de la historia, el gran premio al horror. Crímenes en masa, organizados racionalmente y a sangre fría. Crímenes surgidos de una perversión del pensamiento que quedará simbolizada para siempre con el nombre de Auschwitz»⁸. «Los huesos y las cenizas de los campos de exterminio nazis, las pirámides de cráneos en Camboya, o las inmundas fosas descubiertas en Bosnia o Kosovo son los auténticos iconos de la historia reciente»⁹, que lamentablemente parece no haber terminado con el final del siglo XX¹⁰. La construcción/reconstrucción de Europa constituye una esperanza fundada de superar esa situación.

La difusión y práctica del juego de «jugar a matar personas por medio de un registro de impactos» responde a una cultura inhumana, está fundado y es posible sobre la base de un pensamiento inhumano, en el que «las víctimas no tengan rostro y sus verdugos tengan la impresión de que no

⁸ MÉLICH, J.-C., *La lección de Auschwitz*, Herder, Barcelona 2004, pág. 83, siguiendo a DELACAMPAGNE C.

⁹ Precisa STEINER G., en *Gramáticas de creación*, citado por MÉLICH, J.-C., *opus cit.*, pág. 19.

¹⁰ GOLDHAGEN, D. J., en *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, Taurus, Madrid 1997, págs. 46-47, afirma que «la gente ha de estar motivada para matar a sus semejantes, pues de lo contrario no haría tal cosa. ¿Cuáles eran los conocimientos y valores que posibilitaron las motivaciones genocidas en este período de la historia alemana? ¿Cuál era la estructura de creencias y los valores que la hicieron inteligible y juicioso para los alemanes corrientes, que se convirtieron en perpetradores, un ataque genocida contra los judíos? Puesto que toda explicación debe dar cuenta de las razones de decenas de millares de alemanes con unos antecedentes muy diversos y que trabajaban en distintas instituciones, y también debe explicar una amplia gama de acciones (y no solamente la matanza), es preciso hallar una estructura común adecuada a todos ellos que explique el alcance de sus acciones. Esta estructura de conocimientos y valores estaba situada e integrada en la cultura alemana». Sobre el «GULAG» ruso *vid.* RAYFIELD, D., *Stalin y los verdugos*, Taurus, Madrid 2003.

están asesinando personas, a seres humanos, sino a cosas, a insectos, a parásitos»¹¹. Se trata de un juego en el que se aprende a ser «depredador humano»¹², espécimen que supone una crisis radical de la convivencia en sociedades en las que «el ser humano ya no constituye uno de sus elementos fundamentales»¹³, y por ello, cualquiera es prescindible, en su mismidad, en su dignidad.

Esa «cultura inhumana» se manifiesta también en relaciones que se originan con ocasión de la prestación del trabajo asalariado porque, en contra de lo que se afirma generalmente, se mantiene una relativa «subordinación» económica del trabajador, avalada por su régimen jurídico. Efectivamente en la prestación del trabajo por cuenta ajena y dependiente «se comprometen de modo personalísimo seres humanos, personas físicas o naturales», lo que propicia ataques a la dignidad humana, especialmente cuando se establecen «culturas corporativas», o se imponen «puntos de vista privilegiados sobre el mundo» (totalitarismos, más o menos disimulados), propiciadores de «saltos morales» contrarios a la dignidad de la persona¹⁴, por eso la protección de la dignidad humana del trabajador es urgente, no sólo en los países del «tercer y cuarto mundo», sino también en los países más desarrollados.

2. LA «DIGNIDAD HUMANA» EN EL DERECHO COMUNITARIO

2.1. El reconocimiento de la «dignidad humana» como valor moral prominente y principio general del Derecho.

Como se indicó al final del apartado anterior, la «dignidad humana» constituye el primero de los «valores» sobre los que se fundamenta Europa como entidad política, según el artículo I.2 de la CEU.

Además la Parte II de aquella Constitución relativa a los derechos fundamentales (formada por la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión», incluido su Preámbulo), destaca el lugar prominente de la dignidad humana entre los mismos. El Título I de aquella Parte II de la CEU se denomina «Dignidad», y el artículo II-61 nominado «dignidad humana» establece lo siguiente:

«La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.»

La dignidad humana es el compendio de todos los derechos y libertades fundamentales. La sentencia objeto del presente comentario se refiere a la compatibilidad de la dignidad humana con otras libertades fundamentales.

¹¹ MÉLICH, J.-C., *opus cit.*, pág. 85.

¹² El «asesino de la baraja» se ha convertido en un triste ejemplo de «un depredador humano que sale a la caza del hombre para humillarlo y matarlo» (20 *Minutos*, de 23 de febrero de 2005, pág. 5, recogiendo el perfil psiquiátrico del acusado, establecido por los peritos, en el proceso que se sigue contra el «asesino de la baraja»).

¹³ MÉLICH, J.-C., *opus cit.* pág. 58.

¹⁴ Sobre ese «salto moral» *vid.* GOLDHAGEN, D. J., *opus cit.*, *vid.* especialmente págs. 535-548 y singularmente pág. 547.

Se cuestiona en la sentencia la compatibilidad de la dignidad humana con la libertad «de prestación de servicios» y la libertad de «circulación de mercancías» respecto de un juego, denominado «jugar a matar personas por medio de impactos», cuya comercialización la autoridad nacional gubernativa (alemana) prohibió, porque los simulacros de homicidio y la consiguiente banalización de la violencia vulneraban valores fundamentales de la colectividad (dignidad humana).

Se plantea así la compatibilidad de la dignidad humana con determinados medios o manifestaciones contrarios al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, a la preservación de la vida humana misma, e indirectamente con esos mismos derechos.

Ciertamente «la vida, en su dimensión objetiva, es "supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible" ¹⁵, por ello precede a la dignidad (se alude a una "existencia digna"), pero al propio tiempo es la primera exigencia de la dignidad humana». Ejemplo de esa íntima relación es que establecer cualquier secuencia histórica entre ambos (dignidad humana y vida) está llamado al fracaso. La CEu impone, a renglón seguido de la inviolabilidad de la dignidad humana, el máximo respeto por la vida y la integridad de la persona, estableciendo lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a la vida» (art. II-62.1 de la CEu).

«Nadie podrá ser condenado a pena de muerte ni ejecutado» (art. II-62.2 de la CEu).

«Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica» (art. II-63.1 de la CEu).

«Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» (art. II-64 de la CEu).

«Nadie podrá ser condenado a esclavitud o servidumbre» (art. II-65.1 de la CEu).

«Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio» (art. II-65.2 de la CEu).

«Se prohíbe la trata de seres humanos» (art. II-65.3 de la CEu).

Con la precisión de que aquellos derechos fundamentales contenidos en la CEu, en la medida «que se correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», no obstante el Derecho de la Unión les puede conceder «una protección más extensa» (art. II-112.3 de la CEu). Además en la medida en que la CEu «reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (art. II-1.121.4 de la CEu).

¹⁵ SSTC 53/1985, 120/1990 y 154/2002.

La idea de la protección de la dignidad humana es muy posterior en el tiempo a la idea de «persona» que, íntimamente ligada de «libertad individual» en la célebre contraposición medieval entre Nominales y Thomistae (con la esencial aportación del aquinatense ¹⁶), constituye una de las grandes aportaciones al mundo de la civilización occidental.

Ciertamente «la idea de la protección de la dignidad humana se introdujo en los Derechos positivos tanto internacional como nacionales como consecuencia del movimiento de defensa de los derechos humanos de la segunda mitad del siglo XX, habiendo adquirido esta recepción formas muy diversas. Así, limitándonos a los principales instrumentos jurídicos internacionales resulta que, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 19 de diciembre de 1948 como los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contienen en sus Preámbulos el reconocimiento de la dignidad inherente a todas las personas como base de los derechos fundamentales, sin consagrar, sin embargo, la protección de la dignidad humana como un derecho humano separado» ¹⁷.

La protección de la dignidad humana se reconoce en todos los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, bien que pueda «expresarse conceptualmente de diversas formas» ¹⁸, literalmente sólo en las Constituciones más modernas, como la Española («La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social», art. 10.1 de la CE).

2.2. Dignidad humana, libertad individual, libertad de prestación de servicios y libertad de circulación de mercancías.

La protección de la dignidad humana (con el cuidado y afirmación incondicional de su presupuesto existencial, «la vida»), que no puede separarse de la libertad individual (con la afirmación de su también presupuesto existencial, «la persona»), constituye hoy día la gran «oferta del mundo moderno» por excelencia, que «es muy atractiva porque conjuga la prosperidad material con la libertad política y cultural de la democracia liberal. Se trata (...) de una combinación que resulta objeto de deseo para cantidades ingentes de personas y así lo demuestra el flujo prácticamente unilateral de inmigrantes y refugiados que se desplazan desde los países menos desarrollados a otros más desarrollados» ¹⁹.

¹⁶ Vid. CARPINTERO F., MEGÍAS J. J., RODRÍGUEZ PUERTO M. J. y MORA E. V. de, *El Derecho Subjetivo, en su historia*, UCA, Cádiz 2003, especialmente págs. 54 y ss.

¹⁷ «En el Convenio Europeo de Derechos Humanos -que, sin embargo, en su Preámbulo se remite a la Declaración Universal de los Derechos Humanos-, la dignidad de la persona no se cita en ningún momento de manera expresa», se precisa en la Conclusión 82, de las presentadas por la Abogada General, señora Christine Stix-Hackl, en el asunto de referencia, el día 18 de marzo de 2004. En adelante cualquier referencia a las Conclusiones de la Abogada General se efectuará únicamente numerando la Conclusión.

¹⁸ Conclusión 83.

¹⁹ FUKUYAMA, F., *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Ediciones B, S.A., Barcelona 2004, pág. 16.

Junto a la protección de la dignidad humana, la CEU, en el Título II, «Libertades», de la Parte II, afirma que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad» (art. II-66 de la CEU). Aquella libertad esencial a la persona, además de su proclamación como derecho fundamental general, se desarrolla en numerosos derechos fundamentales específicos, que abarcan la libertad política, civil, religiosa y económica. A los efectos que interesan al presente comentario deben destacarse manifestaciones específicas o derechos fundamentales concretos del principio general de libertad individual.

Efectivamente en la CEU se reconoce la «libre prestación de servicios» (art. III-144 y 145 de la CEU), en los siguientes términos: a) «quedarán prohibidas todas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro distinto del destinatario de la prestación» (art. III-1.444, primer párrafo), y, b) «se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de personas, mercancías capitales». Los servicios comprenderán en particular las actividades de carácter industrial, las actividades de carácter mercantil, las actividades artesanales y las actividades propias de las profesiones liberales.

La libre circulación de mercancías (art. III-151.1, 3 y 4) también se reconoce en aquella CEU, en los siguientes términos: a) «la Unión incluirá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que supondrá la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países»; b) «se considerará que se hallan en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibo de los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles», quedando prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente, prohibición aplicable también a los derechos de aduana de carácter fiscal.

2.3. La dignidad humana, en cuanto principio jurídico y norma comunitaria.

La dignidad humana «se incorpora a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros predominantemente en el marco de un reconocimiento general como principio fundamental, de valoración o constitucional –frecuentemente desarrollado por la jurisprudencia–, y no como norma jurídica autónoma que pueda ser invocada ante los órganos jurisdiccionales»²⁰.

Por tanto «debe considerarse como una excepción una norma (...), de acuerdo con la cual (...) el respeto y la protección de la dignidad humana (...) no sólo constituye un "principio constitutivo subyacente", sino también un derecho fundamental autónomo»²¹, apuntándose que la explicación

²⁰ Conclusión 84.

²¹ Véase nota anterior.

de semejante situación jurídica y tratamiento normativo podría encontrarse en «el hecho de que la dignidad humana sólo adquiere un contenido material concreto a través de sus derivaciones y formulaciones en los diferentes derechos fundamentales y actúa, en relación con los mismos, como criterio de valoración y de interpretación»²², precisándose que «en efecto, el propio concepto de dignidad humana –al igual que el propio concepto de ser humano, al que se remite directamente– es un concepto colectivo que, como tal, no es objeto de una definición o interpretación jurídica clásica en sentido estricto; por el contrario, puede concretarse desde un punto de vista material, sobre todo, mediante pronunciamientos jurisdiccionales en relación con cada caso concreto», y que por ello «la codificación y la aplicación de garantías concretas en relación con los diferentes derechos fundamentales en lugar del recurso directo a la dignidad humana resultan lógicas desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales y de la técnica jurídica»²³.

La explicación antes ofrecida es razonable. Efectivamente hoy día existe un general consenso de que el Derecho tiene o incorpora un cierto contenido moral, tras la oposición frontal del positivismo estricto, radical en las iniciales posiciones (que sirvió a regímenes políticos de odiosa memoria), moderado y ajustado razonablemente en posteriores formulaciones²⁴. Desde la crítica al *Concept of Law* de HART y por DWORKIN (*Law's Empire*), se acepta generalmente el componente moral del Derecho, que se actúa básicamente mediante las normas constitucionales.

Consiguientemente el Derecho se compone no sólo de normas o reglas sino también de principios que, en el momento histórico actual, tienen un importante contenido moral (ajustado a los valores vigentes en cada civilización). Ese Derecho en el futuro, por mor de la mundialización (cultural, política y económica), que conlleva la coexistencia de diferentes civilizaciones con imposibilidad tanto de efectuar transacciones de los valores nucleares de las mismas como de imponer los vigentes en sólo alguna de aquéllas (que degeneraría en una guerra total y continua, o terrorismo mundializado), y de una exigible racionalidad normativa²⁵, habrá de transformarse en una entidad estrictamente lógica²⁶, y que será una de las grandes aportaciones de Europa a la civilización mundializada.

²² Conclusiones 85 y 86.

²³ Conclusión 86.

²⁴ No obstante existen actualmente aportaciones relevantes de positivismo estricto moderno, como la de ESCUDERO ALDAY, E., *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomsom-Civitas, Madrid 2004, que, en pág. 260, indica lo siguiente: «En este trabajo se aboga por lo que se ha denominado un positivismo sin calificativos, es decir, por un positivismo jurídico en el que se mantenga la tesis que, según la aceptada construcción de HART, le definen. Y que son la separación conceptual entre el Derecho y la moral, la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la discrecionalidad judicial. Un positivismo jurídico que excluye a la moral, en cuanto instancia valorativa, de los mecanismos de identificación del Derecho; que rechaza el criterio material de validez normativa; y que acepta, sin ningún problema, un margen de discrecionalidad judicial en sentido fuerte». Para una panorámica general del positivismo reciente y la «incorporación de la moral al Derecho», *vid.* la obra citada de ESCUDERO ALDAY.

²⁵ Trato de la racionalidad en la aplicación e interpretación del Derecho en «La exigencia de coherencia formal en el razonamiento jurídico y la tacha de irrazonabilidad de las resoluciones judiciales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 236, noviembre 2002, págs. 83 y ss. *Vid.* ZACCARÍA, G., *Razón Jurídica e Interpretación*, Thomsom-Civitas, Madrid 2004.

²⁶ Abogo una concepción tal del Derecho en mi trabajo «La Formación del Juez», en *Estudios acerca de la Reforma de la Justicia en España*, T.I., RAJL, Madrid 2004, págs. 55 y ss., concretamente en la página 84 propongo el siguiente concepto de Derecho: «Conjunto de normas de conducta que, por radicado en la realidad profunda, obedece exquisitamente a las leyes de la lógica, constituyendo un sistema deducible, y respaldado por un aparato coactivo socialmente organizado».

La CEU, y antes la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en aquella se integra ²⁷, configura la «protección de la dignidad humana» como un principio general y norma jurídica fundamental, que además se expande en garantías fundamentales concretas. Consecuente con la civilización occidental, aquella Constitución ²⁸ se centra en la «protección de la dignidad de la persona», cuyo enraizamiento en el cristianismo (y a través del mismo con el budismo) es evidente (como indicaba ZUBIRI el cristianismo es una de las tres grandes obras de la civilización occidental, junto con el Derecho romano y la metafísica griega).

La circunstancia de que con anterioridad a la CEU en el derecho primario comunitario (los Tratados) «la dignidad humana (...) no (hubiese) encontrado ninguna mención expresa» ²⁹, no puede en absoluto llevar a la conclusión de que no existiera como principio jurídico en el Derecho comunitario. Por las razones expuestas, esto es, por tratarse de un sistema jurídico propio de una sociedad perteneciente a la civilización occidental, la protección de la dignidad humana se ha venido reconociendo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE):

- a) Integrada en el «reconocimiento de los principios generales del Derecho resultantes –especialmente– de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» ³⁰.
- b) Como «norma y requisito para la legalidad de los actos comunitarios» ³¹.
- c) Como principio de interpretación de las disposiciones del Derecho comunitario ³².

Asimismo, en la legislación derivada la protección de la dignidad humana ha sido recogida en numerosas normas, señaladamente en las de carácter social, por ejemplo en el Reglamento (CEE) núm. 1618/69.

²⁷ Al igual la Constitución Española.

²⁸ Lo mismo puede decirse de la española, por influencia del constitucionalismo alemán.

²⁹ Conclusión 87.

³⁰ Conclusión 90.

³¹ La Abogada General, en su conclusión 90, discurre sobre la cuestión de si el Tribunal de Justicia comunitario únicamente reconoció la proyección de la dignidad humana como principio general del Derecho o si por el contrario también lo consideró derecho fundamental diferenciado y norma jurídica, en los siguientes términos: «La presunción de que el Tribunal de Justicia reconoce la dignidad humana –como principio general del Derecho en el sentido de un principio de valoración–, pero no como derecho fundamental autónomo o base autónoma de un derecho, parece sustentarse también, en un principio, en la distinción que hace en la versión alemana de la sentencia entre el *Beachtung* (respeto) (de la dignidad humana) y *Grundrecht* (derecho fundamental) (a la integridad), si bien esta tesis no tiene ningún fundamento en las demás versiones lingüísticas, incluida la lengua del procedimiento (el neerlandés), en las que se alude en todo momento al "derecho fundamental" al respeto a la dignidad de las personas».

³² Esta funcionalidad de aquel principio únicamente se la cuestiona la Abogada General, en la conclusión 90, en los siguientes términos: «Cabe preguntarse si, no obstante, en este caso también cabría argumentar que se trata de una forma de interpretación, conforme con los derechos fundamentales, de disposiciones de Derecho comunitario y que la protección de la dignidad humana únicamente aparece aquí como principio de interpretación».

2.4. El reconocimiento del derecho a la protección de la dignidad humana, o de la persona, en la jurisprudencia laboral española.

El ámbito de las relaciones laborales o de trabajo asalariado resulta especialmente propicio para el planteamiento de cuestiones relativas a la protección de la dignidad humana, tanto por el carácter continuado e inmediatez de trato entre personas y existencia de relaciones de dirección (del trabajo) y jerarquía (laboral), como porque, mediante el ejercicio de la actividad de empresa, su titular busca el logro de una finalidad económica (beneficio) mediante la prestación de trabajo con la colaboración o por otras personas (los trabajadores).

En el trabajo en régimen de esclavitud y de servidumbre no se plantean cuestiones relativas a la dignidad humana simplemente porque no existen «personas», sino «esclavos y siervos». Con el cristianismo y las primeras formas de trabajo asalariado, en la antigüedad y en el medioevo, se comienzan a plantear temas cercanos a la dignidad humana, pero es con el enciclopedismo y las revoluciones burguesas (norteamericana y francesa), el advenimiento de la revolución industrial, el desarrollo científico (y su derivación, la tecnología), la definitiva implantación de sistemas democráticos (liberalismo) y el surgimiento de las doctrinas anarquistas y socialistas, cuando se concluye que debe instrumentarse jurídicamente la protección de la dignidad de la persona del trabajador.

El contrato de trabajo se caracteriza porque produce ajenidad del trabajador respecto de los resultados de su prestación material de trabajo. El elemento relevante de la doctrina marxiana es precisamente la «alienación» que produce la separación del trabajador del resultado de su trabajo, lo que supone, según aquella doctrina, la conculcación de la dignidad humana del trabajador. Además «el contrato de trabajo no sólo se caracteriza por la ajenidad, sino también por referirse a un trabajo dependiente»³³, lo cual ha sido determinante para que el ordenamiento jurídico reconozca un poder de dirección a favor del empresario, cuyos límites son difusos y su transgresión puede también conculcar la «dignidad de la persona» del trabajador.

Ciertamente «para determinar la existencia de un contrato de trabajo lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia (...), esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa y, por tanto, con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (...); no siendo suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se presta para que, sin más, nazca a la vida del Derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo orgánico rector y disciplinario del empresario, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil»³⁴. Por ello, en definitiva, en sede de relación laboral siempre está presente, con mayor o menor intensidad, la cuestión de «dignidad de la persona» del trabajador.

³³ «Siendo ésta la única nota que permite diferenciar el contrato de trabajo del civil de arrendamiento de servicios», explica al propio tiempo la STSJ, Sala de lo Social, de Navarra de 25 de octubre de 2004.

³⁴ STSJ, Sala de lo Social, de Navarra de 25 de octubre de 2004.

Porque «el trabajo regulado por el Derecho del trabajo es (...), el trabajo personal, esto es, el trabajo en cuya realización se comprometen de modo personalísimo seres humanos, personas físicas o naturales, sin que quepa posibilidad alguna de sustitución novatoria de la persona del trabajador»³⁵, la protección de la «dignidad humana» (o de la persona) está siempre comprometida, y ello a pesar de que «la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, habiendo sido configurada, primero por la jurisprudencia y posteriormente por las propias normas legales, en un sentido flexible y laxo, bastando con que el interesado se encuentre "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (...)", la concurrencia de esta circunstancia debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado, pero estando siempre presente en la relación entre las partes»³⁶.

Ciertamente, la jurisprudencia laboral española de los Juzgados de lo Social, de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) y del Tribunal Supremo (TS), ha entrado y se plantea constantemente cuestiones relativas a la protección de la «dignidad humana» («protección de la dignidad de la persona del trabajador»).

La dignidad del trabajador «como atributo de la persona se encuentra expresamente reconocida en el artículo 10 de la Constitución, que señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (...). El Tribunal Constitucional (TC) ha definido la dignidad personal en Sentencias 53/1985, de 11 de abril y 120/1990 de 29 de junio, como un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. Expresamente se protege, entre los derechos laborales, en los artículos 4.º 2 c) y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET)» (STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2004).

El respeto a la «dignidad humana» del trabajador se impone especialmente en el ámbito de la relación laboral porque «el desarrollo de los derechos constitucionales que se atribuyen a todo trabajador, no sólo por pertenecer a la empresa, sino por ser persona, obligan a que el empresario actúe dentro del respeto máximo a los mismos, en cuanto que desarrolla su actividad dentro de un orden social, regido por unas pautas normativas, y unos valores que tienen un desarrollo específico dentro de nuestra modernidad»³⁷. Baste como ejemplo del necesario respeto a la «dignidad humana» del trabajador, con una referencia a supuestos emblemáticos, tanto desde un punto de vista cualitativo, o por la intensidad con que en ellos se plantea la cuestión de la protección de la dignidad humana, como cuantitativo, por el número de sentencias pronunciadas en tales supuestos.

³⁵ STSJ, Sala de lo Social, de Navarra de 25 de octubre de 2004.

³⁶ STSJ, Sala de lo Social, de Navarra de 25 de octubre de 2004, que precisa «pues en caso contrario se corre el peligro de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo trayendo a este ámbito del Derecho relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan, por lo que la flexibilización en la exigencia de este requisito debe hacerse de manera rigurosa, siendo muy escrupulosos a tal efecto, so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o prestación de servicios por cuenta ajena, o en interés de terceros, contempladas en el ordenamiento jurídico como ajenas al derecho del trabajo en las que, en muchas ocasiones las partes convienen libremente en basar su relación rigiéndose durante su vigencia por normas ajenas al derecho laboral».

³⁷ STSJ de la Comunidad del País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2004.

A) *Acoso moral en el trabajo* (mobbing).

El acoso moral en el trabajo se ha definido como el «fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo», o como «un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo o el efecto de hacerle el vacío»³⁸.

Si se toman en consideración las notas características del *mobbing* que la jurisprudencia ha venido destacando no cabe duda de que constituye el tipo/modelo de ataque a la dignidad de la persona del trabajador, pues éstas, según esa reiterada jurisprudencia, son las siguientes:

- a) Presión. Esto es «para que pueda hablarse de *mobbing* es necesario que se ejerza una presión y que la víctima sienta esa presión. Por presión se entiende toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque (...). El *mobbing* exige una víctima, un presionado, porque si éste no existe lo único que habrá será un comportamiento malintencionado por parte del sujeto activo, pero no una presión, lo que nos lleva a la cuestión del perjuicio causado al trabajador. Para que exista acoso moral ha de probarse que al trabajador se le han causado daños psíquicos».
- b) Laboral. «La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se realiza en el lugar de trabajo, lo que implica que debe ser cometida por miembros de la empresa. El lugar de trabajo supone un límite geográfico para su comisión, y ello en razón de que fuera de la empresa la persona tiene una mayor libertad, tanto de reacción como para su elusión; pero también porque fuera del ámbito de organización y dirección la capacidad de supervisión empresarial y reacción disminuye drásticamente».
- c) Tendenciosa. «Lo que significa que la presión laboral debe responder a un plan, explícito o implícito. Dicho plan requiere una permanencia en el tiempo; para que se pueda hablar de un comportamiento tendente a algo es necesario que se repita a lo largo de un período, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de *mobbing*. Dicho plan también precisa una reiteración de comportamientos, pues una de las diferencias entre un simple conflicto laboral y el *mobbing* es que el primero es puntual y el segundo reiterado. La esencia del *mobbing*, la tendenciosidad del comportamiento, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono o en su defecto la baja médica). Así, mientras en los supuestos de ejercicio arbitrario del poder

³⁸ Definiciones corrientemente recogidas por la jurisprudencia de suplicación (SSTSJ, Salas de lo Social, de Cataluña de 28 de noviembre de 2001, de Madrid de 7 de abril de 2002, de Extremadura de 27 de febrero de 2002, de Andalucía de 9 de julio de 2002 y 9 de septiembre de 2003, y del País Vasco de 23 de noviembre de 2003).

empresarial lo que el empresario puede buscar a través de medios inadecuados es, por ejemplo, el mantenimiento de la empresa o la mejora de su competitividad en el mercado, en el acoso moral la finalidad o plan de la conducta empresarial es causar un daño, socavando la personalidad del trabajador: perjudicar su integridad psíquica, si el empresario es el sujeto activo del acoso, o desentenderse de su deber de protección, si el acoso lo provoca un compañero de trabajo».

Efectivamente, en el acoso moral en el trabajo (*mobbing*), establece la jurisprudencia que, «al margen del posible ejercicio más o menos riguroso de las funciones directivas que correspondan al empresario, concurre un plus de humillación de la trabajadora, se trata (...) de socavar su dignidad» y (...) «atenta directamente contra la dignidad humana al margen de cualquier otro planteamiento» (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2004). La existencia de acoso moral «lesiona el derecho que tiene el trabajador a un trato digno por su empresario [art. 4.º 2 e) del ET] (...) implica un hostigamiento prolongado en el tiempo y dirigido a aniquilar o menoscabar el yo de la persona, despreciándola y ninguneándola» (SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 14 de octubre y 28 de noviembre de 2003).

Los «mecanismos del *mobbing* –en sus variedades vertical y horizontal– admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (*mobbing* horizontal) como al personal directivo (*bossing*), el que incluso puede ser sujeto pasivo (*mobbing* vertical); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (...))» en todo caso es claro que «este fenómeno, muy antiguo aunque de reciente actualidad (...) en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.º 2 e) del ET, para que se le respete (...) la consideración debida a su dignidad» (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2002) ³⁹.

La afectación a la dignidad de la persona diferencia precisamente el acoso moral del ejercicio arbitrario del poder empresarial. Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia, según la cual «se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio –abusivo o arbitrario– de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona, básicamente su dignidad e integridad moral, en tanto que en el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia la intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés –mal entendido– empresarial (...) frente al ejercicio arbitrario del poder empresarial, no estando comprometidos otros posibles y distintos derechos fun-

³⁹ El *mobbing*, según aquella resolución judicial, «es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3.º, 4.º y 5.º de la Directiva Comunitaria 76/207 (de 9 de febrero), vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 de la Constitución Española y en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.º 2 e) del ET, para que se le respete (...) su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial no puede sino ser calificada como grave incumplimiento de las obligaciones contractuales, en términos que justifican la extinción del contrato por voluntad del trabajador, ex artículo 50.1 a) y c) del ET».

damentales, cabrán las respuestas que proporciona la legalidad ordinaria, mientras que frente al acoso la respuesta la obtendremos del artículo 15.1 de la Constitución Española por constituir (...) un atentado a la integridad moral» (SSTS, Sala de lo Social, de Galicia de 12 de septiembre de 2002 y 7 de mayo de 2004, y de Cataluña de 11 de febrero de 2004).

Consecuentemente se destaca por la jurisprudencia que no todas las situaciones que revelen un conflicto entre un trabajador y su superior jerárquico o entre trabajadores de igual categoría han de calificarse, sin más, como *mobbing*; es decir, no toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso moral, sin perjuicio, obviamente, de que tales prácticas abusivas encuentren respuesta a través de otras vías previstas legalmente. Tampoco quedarían incluidos los supuestos que podríamos denominar de presión frustrada o en grado de tentativa, en los que el sujeto destinatario, por los motivos que sean, no llega a sentir la misma.

La violencia del derecho a la protección de la dignidad humana se manifiesta tanto si el acoso moral constituye discriminación como si es «acoso moral simple». Esto es, tanto si «el acoso constituye discriminación», en cuanto que «se produzca un comportamiento no deseado (...) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, si dicho acoso está relacionado con algunos motivos religiosos, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, origen racial o étnico», como cuando se trata de una situación de «acoso laboral simple», no vinculado a causa discriminatoria especialmente protegida, supuesto que también «implica la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 de la Constitución), profundamente relacionado con la dignidad de la persona que es fundamento del orden político y la paz social (art. 10 de la Constitución)» (STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2004).

B) Acoso sexual en el trabajo.

En relación con el acoso sexual se ha manifestado que «en el ámbito del ET se proclama el derecho del trabajador a que sea respetada su intimidad y a recibir la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales, gestuales y físicas de tendencias libidinosas [art. 4.º 2 e) del ET]» (STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2004, también SSTSJ, Sala de lo Social, del País Vasco de 13 de enero de 2004, de Cataluña de 11 de junio de 2002 y de Murcia de 6 de abril de 1998).

En los supuestos de acoso sexual se ha declarado que la violación del derecho a la protección de la dignidad de la persona puede producirse no sólo por acción (autor de los actos de acoso) sino también por omisión (empresa que los tolera o no pone los remedios necesarios para evitarlos), evidenciándose además en tales supuestos la relación entre el derecho a la dignidad y el derecho a la protección de la integridad física.

Efectivamente la víctima del acoso sexual es titular de un derecho a la dignidad personal y a la integridad física y moral, garantizados por la Constitución [arts. 10.1 y 15 c)] y han sido trasla-

dados al plano de la legalidad ordinaria, por el artículo 4.º 2 e) del ET, que reconoce como derecho básico de los trabajadores el respeto a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual (y moral).

Aquellos derechos, precisa la jurisprudencia, pueden ser conculcados tanto por el acosador sexual como por el empresario. Ciertamente pueden ser vulnerados «por la conducta llevada a cabo por la empresa (...). De un lado, por cuanto su conducta de inactividad y pasividad (ante los actos de acoso) incumple su posición de garante de esos derechos que le atribuye (al trabajador/a) los artículos 4.º 2 e) del ET y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y (asume) con ello todas las consecuencias del acoso». Si además se protege al acosador y paralelamente se despide a la víctima (acosada), lo que no suele ser infrecuente, «la empresa (asume) como acto propio la agresión». Según la jurisprudencia de referencia, «debe ser afirmado con claridad: con esas dos medidas paralelas la empresa pasa a ser autor responsable del acoso sufrido por la actora (...). Esto es: junto al autor material del acoso sexual, tenemos que la empresa (...) es también autora por omisión del acoso en cuanto que desplegó una conducta pasiva cuando su obligación contractual era la de otorgar una protección eficaz (incumplimiento de sus obligaciones contractuales diferente por tanto de supuestos de responsabilidades extracontractuales del art. 1.903 del CC en el que se responde por hechos de otro. En el art. 1.903 el autor sería el empleado y la empresa el sujeto responsable; en el presente caso, la empresa es al mismo tiempo autor y sujeto responsable)» (Sentencia de 1 de septiembre de 2004 del Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid; la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2004, se limita a aludir a la responsabilidad solidaria de la empresa por las consecuencias dañosas).

C) Vigilancia y control de la actividad de los trabajadores.

La protección de la dignidad humana también puede ser cuestionada cuando del control de la actividad de los empleados se trata, poniéndose en tal caso de manifiesto su relación con el derecho a la protección de la intimidad de la persona. La protección de la intimidad se muestra como «derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución Española (que) implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 209/1988, 197/1991, 143/1994, 207/1996 y 156/2001).

El derecho del empresario a controlar la actividad del trabajador «no es absoluto», sino que las medidas de vigilancia y control, en este caso, para verificar si el trabajador cumplió con sus obligaciones o la infracción de los mismos, «deben efectuarse teniendo en consideración el respeto a la dignidad del trabajador. Es decir, la actividad de control empresarial se encuentra limitada por el derecho a la dignidad del trabajador (art. 10 de la CE)» (STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2004) ⁴⁰.

⁴⁰ Bien que se precise por la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2004, que «la conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar, sustraída intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de vida privada».

En resumen, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control a que se refiere el artículo 20.3 del ET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo (STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2004), pudiéndose concluir (siguiendo la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2004 ⁴¹) lo siguiente:

- 1.º «Ese derecho (protección de la intimidad, *ex art.* 18.1 de la CE) constituye manifestación específica del derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE) e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana".» ⁴²
- 2.º «El respeto del derecho a la intimidad es exigible en el ámbito de las relaciones laborales, tal como señalan, entre otras, las SSTC 98/2000 y 186/2000. Esta última precisa que "el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 de la CE) y reconocido expresamente en el art. 20 de la Ley del ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esta facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [arts. 4.º 2 e) y 20.3 de la Ley del ET]".»

3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

La protección de los derechos fundamentales constituye «uno de los pilares del ordenamiento jurídico comunitario (...), sin lugar a dudas (por) el carácter vinculante que tiene para la comunidad» ⁴³, siendo necesario diferenciar tres etapas:

- 1.ª Primera etapa. Abarca hasta la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴¹ Que, no obstante, también se cuida de señalar que «al igual que todos los derechos fundamentales, el derecho a la intimidad no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente prevalentes (SSTC 57/1994, 143/1994 y 186/2000). Como indica esta última sentencia, "la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad"».

⁴² Como jurisprudencia constitucional SSTC 231/1988, 197/1991, 57/1994, 143/1994, 207/1996, 170/1997 y 202/1999.

⁴³ Conclusión 46.

- 2.^a Segunda etapa. Se inicia con la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y durará hasta la entrada en vigor de la CEU, previsiblemente el 1 de noviembre de 2006 (art. IV-447.2 de la CEU).
- 3.^a Tercera etapa. A partir de la entrada en vigor de la CEU (previsiblemente el 1 de noviembre de 2006, art. IV-447.2 de la CEU), en adelante.

Esas diferentes etapas deben considerarse separadamente, si bien, y como es evidente, limitándonos únicamente a la primera y segunda etapas, pues tratar de la tercera supondría efectuar un estudio prospectivo que excede con mucho del presente comentario.

A) Primera etapa.

Desde un primer momento, el Tribunal de Justicia ha venido negando que las normas comunitarias pudieran ser objeto de censura jurídica por su disconformidad con normas nacionales, aun cuando éstas tuvieran rango constitucional y contuvieran derechos fundamentales.

Según el Alto Tribunal «el recurso a normas o conceptos jurídicos de Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario (... pues), la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario; (...) en efecto, al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma de Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la comunidad misma; (...) la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado»⁴⁴.

No obstante, con inteligente doctrina el Tribunal de Justicia (SSTJCE de 18 de junio de 1991, *ERT*, y de 29 de mayo de 1997, *Kremenzow*) elimina cualquier posible contradicción entre el Derecho comunitario y las normas constitucionales de los Estados miembros, afirmando lo siguiente:

«Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto, el Convenio reviste un significado particular (...). No pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera.»

⁴⁴ STJCE de 17 de diciembre de 1970, Asunto 11/770, *Internationale Handelsgesellschaft*.

Esta posición del Tribunal de Justicia comunitario se ha mantenido sin interrupción, reafirmando por el Tribunal de Justicia que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto tenía encomendado garantizar, con el mismo fundamento (así en la STJCE de 10 de julio de 2003, *Brooker Aquaculture*).

Aquella posición del Tribunal de Justicia comunitario no supone oposición con los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. Como precisa la Abogada General ⁴⁵, «la negativa a que el Derecho comunitario se rija por los preceptos nacionales en materia de derechos humanos debe relativizarse de inmediato», en la medida en que:

- a) «Por un lado, los derechos humanos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho en el Derecho comunitario agotan su contenido garantista (...) a su vez en la fuente constituida por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y, en particular, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.» y
- b) «Por otro lado, el Tratado prevé una serie de justificaciones para establecer limitaciones a las libertades fundamentales que garantiza, de modo que, en última instancia, es posible tener en cuenta consideraciones procedentes del ordenamiento jurídico nacional en materia de derechos fundamentales.»

B) Segunda etapa.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ⁴⁶ supuso un avance significativo en materia de derechos fundamentales y libertades públicas en Europa, al establecer un catálogo preciso de tales, proclamado al unísono por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

En su Preámbulo se establece que «los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes» de aquellos pueblos «conscientes de su patrimonio espiritual y moral». Por ello «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», y la Carta indicada «contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa».

Se afirma en aquel Preámbulo que, «es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos (...) respetando (...) los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, del Tratado de la Unión Europea y de los Tratados comunitarios, el Convenio

⁴⁵ Conclusión 70.

⁴⁶ DOUE de 18 de diciembre de 2000, serie C-364, págs. 1 y ss.

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 por la jurisprudencia del TJCE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», para ello, «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios» que, de seguido, enuncia y merecen ser referidos por estar íntegramente recogidos en la CEu (arts. II-61 a II-110).

Encabezados por la «dignidad humana» (art. 1.º) que declara «inviolable» y que «será respetada y protegida», aquella CEu establece una serie de derechos concretos, y que en buena medida deben ser considerados desarrollos o especificaciones de la «dignidad humana», y que son los siguientes:

- El derecho a la vida (art. 2.º), el derecho a la integridad de la persona (art. 3.º), la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4.º) y la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5.º).
- Como «libertades», el derecho a la libertad y seguridad (art. 6.º), el respeto a la vida privada y familiar (art. 7.º), la protección de datos de carácter personal (art. 8.º), el derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia (art. 9.º), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10), la libertad de expresión y de información (art. 11), la libertad de reunión y de asociación (art. 12), la libertad de las artes y de las ciencias (art. 13), el derecho a la educación (art. 14), la libertad profesional y el derecho a trabajar (art. 15), la libertad de empresa (art. 16), el derecho de propiedad (art. 17), el derecho de asilo (art. 18) y la protección en caso de devolución, expulsión o extradición (art. 19).
- Bajo el título genérico de «igualdad», establece la igualdad ante la ley (art. 20), la no discriminación (art. 21), el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22), la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), los derechos del menor (art. 24), los derechos de las personas mayores (art. 25) y la integración de las personas discapacitadas (art. 26).
- Respondiendo al enunciado de «solidaridad», establece el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), el derecho a la negociación colectiva (art. 28), el acceso a servicios de colocación (art. 29), la protección en caso de despido injustificado (art. 30), el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31), la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32), la protección de la vida familiar y su conciliación con la vida profesional (art. 33), Seguridad Social y ayuda social (art. 34), la protección de la salud (art. 35), el acceso a los servicios de interés económico general (art. 36), la protección del medio ambiente (art. 37) y la protección de los consumidores (art. 38).
- Correspondientes a la «ciudadanía» europea, establece el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento europeo (art. 39), el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales (art. 40), el derecho a disfrutar de una buena Administración pública comunitaria (art. 41), el derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas (art. 42), instituye el Defensor del Pueblo (art. 43), establece el derecho de petición (art. 44), la libertad de circulación y de residencia (art. 45) y la protección diplomática y consular (art. 46).

- Atinentes a la «justicia», establece el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47), la presunción de inocencia y los derechos de defensa (art. 48), los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49) y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (art. 50).

En esta segunda etapa, dada la consideración de los «derechos fundamentales como principios Generales del Derecho», se replanteó con más virulencia la cuestión de si acaso existe un «rango de prioridad» establecido para los derechos fundamentales.

Aquellos derechos fundamentales han venido conformando, desde el primer momento y precisamente por su consideración de principios generales del Derecho, parte del derecho «primario» comunitario, por lo que y «habida cuenta de los bienes jurídicos fundamentales protegidos por los derechos humanos fundamentales en general, de la visión que tiene la Unión Europea de sí misma como fundada en el respeto de dichos derechos y, sobre todo, teniendo en cuenta la remisión a la protección de los derechos humanos tan necesaria de acuerdo con la concepción actual como requisito para la legitimación de cualquier entidad estatal», el Tribunal de Justicia se plantea las cuestiones siguientes:

- Si cabe otorgar a los derechos humanos fundamentales, de forma general, una cierta primacía sobre el derecho «primario» general.
- Si es posible tanto la colisión entre derechos fundamentales como entre éstos y las libertades fundamentales (bien entendido que «desde un punto de vista material (...), las libertades fundamentales pueden calificarse también (...) como derechos fundamentales»⁴⁷).

Con lo que la jurisprudencia comunitaria entra de lleno en las limitaciones de los derechos fundamentales.

En respuesta al primero de aquellos interrogantes el Tribunal de Justicia ha venido considerando que las limitaciones de los derechos fundamentales han de considerarse «de un modo acorde con las necesidades de la sociedad». Así en su STJCE de 10 de julio de 2003, *Brooker Aquaculture*, establece lo siguiente:

«Los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente pueden imponerse restricciones al ejercicio de tales derechos (...), siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos.»

⁴⁷ Precisa la Abogada General, en su conclusión 50, que, por ejemplo, en la medida en que establece prohibiciones de discriminación pueden considerarse «expresiones concretas del principio general de igualdad».

Para resolver la segunda de aquellas cuestiones el Tribunal de Justicia establece la «conciliación». Instituto jurídico de nuevo cuño, extremadamente flexible, y mediante el cual «no puede(n) (...) contraponer(se) libertades fundamentales con derechos fundamentales como tales, pues para ello debería poderse prescindir de la protección de los derechos fundamentales. Por el contrario debe examinarse en qué medida los derechos fundamentales afectados admiten restricciones».

Para ello y por mor de la indicada institución deben interpretarse las disposiciones que regulan las libertades fundamentales, en particular, los supuestos de excepciones, y en lo posible, de tal modo que no admitan ninguna medida que suponga una limitación de los derechos fundamentales afectados, mayor de la permitida y, por ende, que no permitan ninguna que no sea compatible con los derechos fundamentales ⁴⁸.

4. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Los derechos fundamentales han de respetarse, tanto por los Estados miembros como, en la medida correspondiente, por los ciudadanos europeos y por cualquier otra persona que habite, por la razón que fuere, en el territorio de un Estado miembro. De su carácter «preeminente» y deber general de respeto, se derivan dos sobresalientes consecuencias, que desenvuelven una determinada funcionalidad (se constituyen en funciones) en el ordenamiento jurídico comunitario, que son las siguientes:

- Función de control de legalidad.
- Función hermenéutica o interpretativa.

En relación con ambas funciones está la cuestión de la «primacía» del Derecho comunitario, y más concretamente de la CEu, sobre las Constituciones de los Estados miembros.

A) La cuestión de la «primacía» del Derecho comunitario.

Cabe recordar que el principio de primacía del Derecho comunitario, establecido en el artículo I-6 de la CEu («La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen primarán sobre el Derecho de los Estados miembros»), ha constituido uno de los obstáculos más importantes para dar cauce al consentimiento de los Estados miembros para la ratificación del Tratado por el que se establece aquella Constitución para Europa.

⁴⁸ Conclusión 53.

En algunos supuestos ha llevado a la necesidad de reformar la Constitución respectiva, como ha sido el caso de Francia, en otros a plantear las dudas pertinentes al órgano jurisdiccional constitucional pertinente. Este último ha sido nuestro caso. El Gobierno de la nación, al amparo de lo establecido en el artículo 95.2 de la Constitución Española y 78.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional requirió al TC «para que se pronunciase sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y el artículo I-6 del Tratado», además de sobre otras posibles contradicciones que no son al caso.

El TC, mediante Decisión 1/2004, de 13 de diciembre, dio cumplimiento a lo solicitado estableciendo que aquella estipulación del Tratado (refiriéndose al art. I-6), «tal y como ha hecho constar formalmente la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros por medio de Declaración anexa al Tratado (...) "refleja la jurisprudencia existente del TJCE y del Tribunal de Primera Instancia", y en su expresa proclamación acota la primacía del Derecho de la Unión al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas. Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una "exigencia existencial" de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados. Las coordenadas que así se establecen para la definición del ámbito de vigencias de ese principio son (...) determinantes para su entendimiento a la luz de las categorías constitucionales que no son propias».

Continúa el Alto Tribunal afirmando que «el primer aspecto a destacar, para interpretar correctamente la primacía proclamada y el marco en que se desenvuelve, es que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas y se funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados. Al propio tiempo, por lo que concierne a los valores que fundamentan la Unión, es terminante el artículo I-2», que dispone al respecto:

«La Unión se fundamenta en los valores de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres.»

Lo que, precisa el TC, «a su vez tiene su continuidad normativa en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, contenida en la parte segunda del Tratado». Continuando la Decisión del TC que «dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y de sus estructuras básicas, así como los valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas puestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina diálogo entre los TC y el TJCE. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco en el propio Tratado (...), que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros».

«Así pues la primacía que se proclama en el Tratado», precisa el TC, «opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y sus tradiciones constitucionales comunes». El TC «sobre la base de esas garantías» y considerando además:

- Que la primacía que para el Tratado y para el Derecho derivado se establece en el cuestionado artículo I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión (...). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de retirada voluntaria «previsto en el artículo I-60 del Tratado».
- Que «la Constitución (española) es norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos (...) y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma».
- Que «primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una de ellas tiene capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalencia debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (...). La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas dentro de un Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93».

Concluye que «el artículo I-6 no contradice la supremacía de la Constitución», pues «con base a lo supuesto en el artículo 93 de la Constitución Española, correctamente entendido (... no se aprecia) contradicción entre el artículo I-6 (...) y el artículo 9.º 1 de la Constitución Española»⁴⁹.

B) Función de control de legalidad y función hermenéutica o interpretativa.

La primera de las funciones antes indicadas determina que el respeto a los derechos fundamentales se constituya en «requisito de legalidad» de los actos legislativos comunitarios y de los

⁴⁹ No todos los miembros del Alto Tribunal están de acuerdo, así los Magistrados don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Ramón Rodríguez Arribas, efectúan Votos Particulares en los que disienten del parecer de la decisión.

Estados miembros. Efectivamente dado que «la Comunidad se ve a sí misma como una comunidad basada en el respeto de los derechos humanos fundamentales, consiguientemente ni las medidas de las instituciones comunitarias ni las de los Estados miembros adoptadas dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario pueden ser "incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos de esta manera"»⁵⁰.

La necesidad de conformidad con los derechos fundamentales es también determinante de la segunda de las aludidas funciones, según la cual, la interpretación de las normas derivadas ha de ser conforme con el Derecho primario, y especialmente con los derechos fundamentales. Esto es, «las disposiciones de Derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo compatible con los derechos fundamentales pertinentes»⁵¹.

Ambas consecuencias, debe destacarse, se mantienen en una íntima correlación, «las funciones de los derechos fundamentales como criterio de interpretación y como norma inmediata para el examen de la legalidad de una norma comunitaria o de una medida nacional de ejecución están estrechamente relacionadas entre sí»⁵². Esto es, «los derechos humanos fundamentales no sólo aparecen, en el marco de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad, como criterios de interpretación, sino de una forma mucho más directa también como norma inmediata de examen de la legalidad de los actos comunitarios (...), desde un punto de vista metódico (...) una disposición de Derecho comunitario (derivado) sólo es contraria a los derechos fundamentales y, por ende contraria a Derecho, cuando no es posible proceder a una interpretación de la misma conforme con los derechos fundamentales»⁵³.

Por tanto, «cuando se alega que una disposición comunitaria es contraria a un derecho fundamental protegido por el Derecho comunitario, lo primero que hace el Tribunal de Justicia es examinar si dicha disposición puede ser interpretada de manera conforme con dicho derecho fundamental. Si no es posible hacerlo, procede anular dicha disposición. En cambio, si resulta que, de acuerdo con dicha interpretación, la normativa como tal no vulnera derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, la normativa es válida, y corresponde, en su caso, a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar una aplicación de dicha normativa conforme con la protección de los derechos fundamentales»⁵⁴.

De esta manera las «disposiciones o medidas nacionales de ejecución del Derecho comunitario deben apreciarse de acuerdo con la norma de los derechos fundamentales comunitarios (...) de lo

⁵⁰ Precizando la Abogada General, en Conclusión 55, que «el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se hace eco de esta afirmación».

⁵¹ Conclusión 57.

⁵² Conclusión 66.

⁵³ Conclusión 62.

⁵⁴ Véase nota anterior.

contrario, en virtud del principio de primacía de que goza el Derecho comunitario ⁵⁵ los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de dejar sin aplicar, anular dichas disposiciones o medidas nacionales (...). Además cuando una normativa comunitaria confiere a los Estados miembros una facultad de apreciación o la posibilidad de elegir entre varias modalidades de ejecución, los Estados miembros deben ejercer su facultad discrecional respetando los derechos fundamentales comunitarios, de modo, por tanto, que la normativa nacional de que se trate se aplique de un modo compatible con la protección comunitaria de los derechos fundamentales. Por otra parte, los derechos fundamentales tienen carácter vinculante para las autoridades y para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros también en el marco de la denominada autonomía procesal de los Estados miembros, o bien establecen límites a la misma» ⁵⁶.

5. PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA *VERSUS* LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

El tratamiento de esta contraposición, preludio de otras muchas que están por venir dado el lugar central otorgado en la norma fundamental y básica de Europa (la CEU) a la «protección de la dignidad humana», requiere de una exposición, siquiera sucinta, de los hechos objeto de atención en la sentencia que se comenta, y que fueron los siguientes ⁵⁷:

La sociedad Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH explotaba en la capital administrativa alemana, la ciudad de Bonn, un establecimiento con la denominación de *Laserdrome* (lasérdromo), disponiendo de una actividad de ocio conocida como *laserport*, que se practicaba utilizando una moderna tecnología de láser. En 1993 llevó a cabo obras en sus locales para poder explotar juegos de «simulaciones de homicidio de personas», siendo puestos en funcionamiento en 1994.

⁵⁵ La situación en absoluto es nueva y ha venido siendo pacíficamente admitida, como se indica en la misma decisión 1/2004 del TC:

«Así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986. Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción. Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el TJCE en su Sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa contra ENEL*). Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero (...), con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthalk del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo (...). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre (...), 120/1998, de 15 de junio (...), y 58/2004, de 19 de abril (...), reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas Sentencias *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963 y *Costa contra ENEL*, de 15 de julio de 1964.»

⁵⁶ Conclusiones 63-64.

⁵⁷ Siguiendo la exposición contenida en la sentencia y en las conclusiones de la Abogada General.

La apertura de los locales en los que se practicaban aquellos juegos dio lugar a importantes protestas de un sector de la población, determinando la intervención del Ayuntamiento de Bonn, que dictó una orden gubernativa en la que prohibía a la indicada sociedad Omega hacer posible o tolerar en sus (...) locales juegos que tuvieran por objeto apuntar o disparar contra personas mediante rayos láser u otros medios técnicos (por ejemplo rayos infrarrojos), es decir, las denominadas «simulaciones de homicidio» de personas por medio de un registro de impactos («jugar a matar a personas por medio de un registro de impactos»).

Omega presentó una reclamación contra la indicada orden gubernativa que fue desestimada, así como la demanda posterior y el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en primera instancia. Formalizado el recurso de casación, Omega invocó, sobre el fondo, que la orden gubernativa vulneraba sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la empresa que había creado y explotaba, así como el de libre elección de profesión, también el derecho a la igualdad de trato. Respecto del Derecho comunitario alegó que la orden indicada vulneraba la libre prestación de servicios (art. 49 del Tratado CE), ya que en su «lasérdromo» pretendía utilizar los equipos y la tecnología suministrada por la empresa británica Pulsar.

Según consideró el Tribunal de casación (Bundesverwaltungsgericht) la dignidad humana es un principio constitucional violable no sólo mediante un trato degradante a un adversario, que no era el caso, sino también fomentando en unas personas (jugadores) una actitud que niegue el derecho fundamental de toda persona a la consideración y al respeto, lo que acontecía en el supuesto considerado mediante la representación de actos ficticios de violencia con fines lúdicos. Ha de repararse en que el juego se desarrollaba en un extenso laberinto construido con ayuda de paneles en el que, además de disparar contra diez sensores-receptores fijos instalados en la sala, también se disparaba contra personas, y que el equipamiento de los jugadores consistía en aparatos láser con forma de pistolas ametralladoras y en chalecos de tela en cuyas partes delantera y trasera se habían fijado sendos sensores-receptores. Con el fin de visualizar los disparos junto con cada rayo láser se proyectaba simultáneamente un rayo infrarrojo. El acierto en los blancos se anunciaba mediante una señal acústica y óptica y los jugadores recibían puntos por cada impacto en un receptor fijo.

El Alto Tribunal alemán consideró que no estaba claro si las facultades de los Estados miembros para restringir libertades contenidas en el Tratado (en el caso la libre prestación de servicios y a la libre circulación de mercancías) por razones imperiosas de interés general estaban supeditadas al requisito de que tales restricciones estuvieran basadas en un planteamiento común a todos los Estados miembros. Por ello aquel órgano jurisdiccional planteó al Tribunal de Justicia comunitario la siguiente cuestión prejudicial:

¿Es compatible con las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de mercancías el hecho de que, con arreglo al Derecho nacional, una determinada actividad empresarial (en el caso la explotación de un determinado lasérdromo en el que se llevan a cabo «simulaciones de homicidio») deba prohibirse por ser contraria a valores constitucionales fundamentales?

El Tribunal de Justicia da una determinada respuesta a la cuestión propuesta, considerando el estado actual del Derecho comunitario. Ha de destacarse que a la vista de la CEu aquella respuesta del Alto Tribunal en absoluto podría ser diferente, esto es, habría de concluir en el mismo sentido y, si cabe, con mayor rotundidad.

La sentencia se centra en la «protección de la dignidad humana» *versus* «libre prestación de servicios, pues "en las circunstancias del litigio principal, el aspecto de la libre prestación de servicios predomina(ba) sobre el de libre circulación de mercancías (... y) la orden controvertida sólo limita(ba) las importaciones de mercancías por lo que se refería al equipamiento específicamente concebido para la variante prohibida del juego láser (siendo) una consecuencia inevitable de la restricción impuesta en relación con las prestaciones de servicios efectuadas por Pulsar. Por consiguiente (...) no (era) necesario llevar a cabo un examen autónomo de la compatibilidad de (la) orden con las disposiciones del Tratado que regulan la libre circulación de mercancías"».

Efectivamente «la libre circulación de mercancías tan sólo (tenía) una importancia secundaria en el procedimiento principal. Comprobar la existencia de efectos restrictivos para la libre prestación de servicios no plantea(ba) ninguna dificultad en el procedimiento principal (...) el efecto restrictivo para la libre prestación de servicios a que (tenía) derecho la empresa Pulsar (debía) verse en el hecho de que únicamente (podía) ofrecer sus ideas en la República Federal de Alemania bajo determinadas condiciones restrictivas –es decir, renunciando a partes esenciales de las mismas–, lo que a su vez menoscaba(ba) el derecho del destinatario de las prestaciones a recurrir a los servicios de un prestador extranjero»⁵⁸.

Recuerda la sentencia que «las autoridades competentes estimaron que la actividad objeto de la orden de prohibición amenazaba el orden público debido a que según la concepción predominante en la opinión pública, la explotación comercial de juegos de entretenimiento que implicasen simulación de acciones homicidas menoscaba un valor fundamental consagrado en la Constitución nacional, como es la dignidad humana». Precizando la Abogado General que «debe ser posible tener en cuenta, en el marco de la concepción del orden público, consideraciones relativas a un bien jurídico cuya protección y respeto impone el propio Derecho comunitario», ilustrando al respecto con una referencia a la prohibición efectuada por autoridades francesas, por razones de orden público «que remite a consideraciones relacionadas con la dignidad humana», de la actividad conocida como «lanzamiento del enano».

Violación del orden público supone la existencia de «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad», y «el respeto a la dignidad humana (...) no cabe duda de que (...) forma parte de los intereses fundamentales de cualquier sociedad comprometida con la protección y el respeto de los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta la importancia fundamental que tiene la dignidad humana en el ordenamiento jurídico comunitario, las circunstancias descritas (...) abogan a favor del reconocimiento de la existencia de la amenaza grave para los inte-

⁵⁸ Conclusiones 32 y 33, *in fine*.

reses fundamentales de la sociedad (...). Desde un punto de vista jurídico, debe mencionarse el rechazo, basado en la protección de la dignidad humana, de los comportamientos o las prestaciones de servicios que ensalcen o promuevan la violencia»⁵⁹.

Concluyendo el Tribunal de Justicia que «la prohibición de explotación comercial de juegos de entretenimiento que implican la simulación de actos violentos contra las personas, en particular mediante la representación de acciones homicidas, corresponde a un nivel de protección de la dignidad humana que la Constitución nacional (alemana) ha querido garantizar (... y) prohibir únicamente la variante del juego láser que tiene por objeto disparar a blancos humanos y, por tanto, "jugar a matar" personas (...) no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (y) no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre prestación de servicios».

6. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario pone de manifiesto la urgencia de la «protección de la dignidad de la persona» contra todo tipo de actos violentos, lo que trae a colación que la violencia de cualquier orden que se efectúe sobre un trabajador está proscrita radicalmente por el Derecho y la CEu, en términos mucho más contundentes de lo que lo hace nuestro actual ordenamiento jurídico y nuestra Constitución.

La CEu contribuye a lograr esa mejora en la «protección de la dignidad de la persona» en la vida en general y en el trabajo en particular, constituyendo a Europa en un ámbito de libertad y democracia, extrañando cualquier veleidad de pensamiento infalible, único o totalitario. Pero no es suficiente un instrumento normativo, ni siquiera al máximo nivel de la CEu (auténtica *highest law*), para garantizar la «dignidad humana» (o si se prefiere la protección de la dignidad humana). Es preciso que los ciudadanos adopten en las relaciones de la vida cotidiana una actitud que no sea ni permisiva ni indiferente ante una nueva emergente «cultura inhumana», que tiene inquietantes manifestaciones en las relaciones de trabajo.

⁵⁹ Conclusiones 104 y 108. No puede olvidarse que según un reciente estudio dirigido por Carmen SANTISTEBAN de la Facultad de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid, los niños que se consideran a sí mismos violentos son los que más horas se pasan ante la televisión y los que dedican más tiempo a los videojuegos, en los que abundan conductas y actos extremadamente violentos. Una referencia a la investigación aludida puede verse en *Tribuna Complutense* de 15 de febrero de 2005, pág. 6.