

REFLEXIONES EN TORNO AL FUTURO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN: INSUFICIENCIAS Y SOLUCIONES

Por RICARDO GOSALBO BONO (*)

INTRODUCCIÓN

1. Como reza el texto del Preámbulo del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), la Unión está compuesta por Estados cuyos sistemas de gobierno se adhieren a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho.

En particular el sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario y en el marco del derecho de la Unión ha sido ampliamente analizado por la doctrina (1) en el pasado. Sin

(*) Consejero jurídico de la Comisión europea, Servicio Jurídico de la Comisión, Doctor en Derecho (Valencia), Doctor of Philosophy (Derecho Comparado), (Universidad de Cambridge, Reino Unido). Las opiniones expresadas en este artículo son las propias del autor y no reflejan necesariamente las de la Comisión europea.

(1) La bibliografía es extensa y a menudo repetitiva. Véase en particular: ACADEMIE DE DROIT EUROPÉEN, *The Protection of Human Rights in Europe*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit européen Dordrecht, Nijhoff, vol. III, sección 2, 1992; A. CASSESE, A. CLAPHAM J. WEILER (éd.), *Human Rights and the European Community*, vol. I, *A Critical Overview*, vol. II, *Methods of Protection*, vol. III, *The Substantive Law*, Baden Baden, Nomos, 1991; G. COHEN-JONATHAN, *La Commission européenne les droits de l'homme et le droit communautaire: quelques précédents significatifs*, Europe décembre 1994, chron. 10; G. COHEN-JONATHAN, *L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*,

embargo, el tema ha recobrado nueva actualidad en el seno de la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros que,

J.T. eur., marzo 1995, núm. 17, p. 49; G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux. Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996; M. A. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire* RTD eur. 1984, p. 401; M. DAUSES, *The Protection of Fundamental Community Rights in the Community Legal Order*, Eur Law Rev. 1985 p. 398; V. DI BUCCI, *Droits fondamentaux*, en A. BARAV y C. PHILIP (éd.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 412; L. DUBOIS, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Objet et portée de la protection, en Cours constitutionnel européennes et droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, Paris, Economica, 1982, p. 429; C. G. DUPARC, *La Communauté européenne et les droits de l'homme*, Luxembourg, OPOCE, 1993; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, Rivista di diritto internazionale 1988, p. 574; A. GEDDES, *Protection of individual rights under EC law*, Londres, Butterworths, 1995, p. 121; J.-P. JACQUÉ, *Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, dans L'Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p. 325; F. MANCINI, V. DI BUCCI, *Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire*, en Recueil des cours de l'Académie de droit européen, Dordrecht, Nijhoff, 1991, vol., p. 27; L. MARCOUX, *Le concept des droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, Rev. int. dr. comp. 1983, p. 691; S. E. PERRAKIS, *Contribution au débat sur la protection communautaire des droits de l'homme, la déclaration des droits et libertés fondamentaux du Parlement européen*, Rev. Marché Commun 1990, p. 467; P. PESCATORE, *La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme*, dans *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Mélanges Wiarda, Cologne, Heymann, 1988, p. 441; L. PETTITI, *Droits de l'homme*, en R. KOVAR y GAVALDA (éd.). Rép. Communautaire, Paris. Dalloz. 1992; C. PHILIP, *La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, Annuaire fr. dr. int. 1975, p. 383; D. SIMON, «ARTICLE F, DANS V». CONSTANTINESCO, R. KOVAR ET D. SIMON (éd.), *Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992) Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 81; J.-M. RACHET, *De la compétence de l'Union européenne en matière de défense et de promotion des droits de l'homme*, Rev. Marché commun 1995, p. 256; J. RIDEAU, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection, en Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, Paris, Economica, 1982, p. 411; J. RIDEAU, «La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans les Etats membres des Communautés européennes», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VII-1991, p. 11; C. SASSE, *La protection des droits fondamentaux dans la Communauté économique européenne*, en Mélanges Dehousse, Paris-Bruxelles, Nathan-Labor, 1979, vol. 2, p. 297; H. G. SCHERMERS, *Human rights protection in Europe: the Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights*, Contem-

desde 1996, examina la modificación de los tratados con el objetivo, en particular, de asociar a los ciudadanos a la construcción europea reforzando, en su caso, el sistema de protección de los derechos fundamentales en vigor.

2. El objetivo del presente artículo es proporcionar una evaluación del sistema de protección en vigor identificando en su caso sus lagunas e insuficiencias (Parte I) y sugerir algunas hipótesis de solución (Parte II).

PARTE I:

LAS LAGUNAS Y LAS INSUFICIENCIAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VIGOR

3. El artículo F, apartado 2, del TUE dispone que:

«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, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.»

Se trata de una disposición común a los tres pilares del TUE (los títulos II, III y IV, relativos a los tratados comunitarios, el título V sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común —de

porary International Law Issues 1994, p. 22; J. VERGÈS, *Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*, en *L'Europe et le droit*, Mélanges J. Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p.513; M. WAELBROECK, *La protection des droits fondamentaux à l'égard des Etats membres dans le cadre communautaire*, en Mélanges Dehousse, Paris-Bruxelles, Nathan-Labor, 1979, vol. 2, p. 333; J. WEILER, *The European Court at the Crossroads: Community Human Rights and Member State Action*, en *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. Pescatore, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 821; J. WEILER, *Eurocracy and distrust: Some questions concerning the role of the European Cour of Justice in the protection within the legal order of the European Communities*, *Washington Law Review* 1986, p. 923; J. H. H. WEILER, «*Taking rights seriously*» seriously: *the European Court and its fundamental rights jurisprudence*, *CML Rev.* 1995, p. 274.

Las aportaciones de la doctrina española, que son importantes y originales, aparecen comentadas en las páginas siguientes.

ahora en adelante PESC— y el título VI sobre las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior —de ahora en adelante JAI—), pero de alcance y valor jurídicos distintos en cada pilar. Conviene pues analizar separadamente el sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario y el sistema de protección en el ámbito de la PESC y de la JAI.

1. *Valoración del sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.*

4. Sin duda alguna debido al carácter marcadamente económico de sus disposiciones originales, los tratados comunitarios no contienen disposiciones que especifiquen la obligación de las Comunidades de respetar los derechos fundamentales o que establezcan un catálogo de los derechos fundamentales protegidos o una norma general de protección (2). Los tratados ni siquiera contienen una base jurídica que atribuya a la Comunidad una competencia explícita en materia de derechos fundamentales. Una referencia expresa a los derechos fundamentales sólo se encuentra en el Preámbulo del Acta Unica Europea o, implícitamente, en las disposiciones de los tratados que aparecen íntimamente relacionadas con dichos derechos (3).

(2) Las Comunidades europeas se caracterizan por el respeto del Derecho y esta característica aparece reflejada no solo en los preámbulos de los tratados comunitarios (el respeto del Derecho aparece por ejemplo reflejado en el último párrafo del preámbulo del Tratado CE de 1957 relativo a la salvaguardia de la paz y de la libertad) sino, además claramente en el artículo 164 CE que dispone que el Tribunal de justicia «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado» (esta disposición aparece completada por el artículo 173 que dispone que «el Tribunal de justicia controlará la legalidad de los actos comunitarios; y por el artículo 167 sobre la independencia del Tribunal de justicia).

(3) En el preámbulo del Acta Única de 1986 los Estados miembros reconocen explícitamente que la promoción de la democracia requiere a su vez el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, igualdad y la justicia social. Por otra parte, el artículo 6 CE prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad, y el artículo 119 CE establece la aplicación del principio de la igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

La ausencia de disposiciones expresas en materia de derechos fundamentales llevó al propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante Tribunal de Justicia) a rechazar, en un primer momento, cualquier pronunciamiento sobre la conformidad de las normas comunitarias con los derechos fundamentales (4). Sin embargo, a finales de los años sesenta la cada vez más abundante y continuada transferencia de competencias nacionales a las instancias comunitarias llevó al Tribunal de Justicia a plantearse la legitimidad o la justificación de dicha transferencia si no se viera acompañada con una protección de los derechos fundamentales por lo menos equivalente a la garantizada por los Estados (5), sobre todo teniendo en cuenta las posibles repercusiones del Derecho comunitario sobre los derechos de los ciudadanos (6).

5. A partir de ese momento, el Tribunal de Justicia dio un giro a su jurisprudencia inicial (7) al establecer que:

- «los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del derecho comunitario» (8),
- el Tribunal de Justicia identifica los derechos fundamentales, que forman parte de los principios generales del Derecho, ya sea por extrapolación de ciertos principios endógenos contenidos en los

(4) Asunto 1/58, *Storck*, Rep. 1958/5g, p. 43; asuntos 36 a 38 y 40/59, *Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr*, Rep. 1960, p. 857.

(5) Los Estados miembros y las instituciones comunitarias han realizado distintas declaraciones políticas en favor de una identidad europea democrática. Véanse a título de ejemplo las siguientes declaraciones: Declaración del Consejo europeo sobre la identidad europea de 14 de diciembre de 1973; Declaración común del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales de 5 de abril de 1977; Declaración del Consejo europeo sobre la democracia de 14 de diciembre de 1978; Declaración común del Parlamento europeo, del Consejo, de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y de la Comisión contra el racismo y la xenofobia de 11 de junio de 1986; Declaración del Consejo europeo sobre el papel internacional de la Comunidad de 2 y 3 de diciembre de 1988; Resolución del Consejo sobre los Derechos Humanos de 29 de mayo de 1990 y la Declaración del Consejo sobre el mismo tema de 1991; Resolución del Consejo y de los representantes de los Estados miembros sobre los Derechos Humanos de 11 de diciembre de 1993.

(6) Véase A. CHUECA SANCHO, *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*. Barcelona 1989, pp. 10-14.

(7) Asunto 29/69, *Stauder*, Rec 1969, considerando 7; asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, p. 1125, considerando 4.

(8) Asunto 29/64, *Stauder*, Rec. 1969, p. 419, considerando 7.

preámbulos y artículos introductorios de los tratados constitutivos (por ejemplo el artículo 6 CE relativo a la no discriminación); ya sea inspirándose en ciertos principios exógenos o externos a los tratados que provienen «de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (9), y de los «instrumentos internacionales consagrados a los derechos humanos y en particular del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (10) «(en adelante CEDH),

- el Tribunal de Justicia en su función jurisdiccional garantiza el respeto de los derechos fundamentales en el marco del control de la legalidad de los actos comunitarios (el recurso de anulación previsto en el artículo 173) y de la responsabilidad que se deriva de ellos (11),
- los derechos humanos palián las insuficiencias de la legislación comunitaria (por ejemplo la jurisprudencia relativa a los derechos de la defensa) (12), y son vinculantes para la Comunidad y para los Estados miembros en el ámbito del Derecho comunitario (13).

De los párrafos precedentes se deduce que el Tribunal de Justicia ha suplido las lagunas del legislador no solo identificando los derechos fundamentales que han sido inculcados por los actos comunitarios de derecho derivado sino que ha establecido un sistema de control judicial y ha determinado el rango jerárquico de dichos derechos en el ordenamiento

(9) Asunto 11/70, *International Handelsgsellsdraft*, Rec. 1970, p. 1125, considerando 4.

(10) Asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491. Aunque el Tribunal de Justicia se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos este instrumento no monopoliza el sistema de protección. Así el Tribunal de Justicia se refiere al *principio de derecho internacional general* con arreglo al cual los Estados no pueden prohibir a sus nacionales el derecho de entrada y permanencia en el territorio nacional (asunto, 41/74, *Van Duyn*, Rec. 1974, p. 1227). El Tribunal de justicia también se ha referido al *Convenio núm. III de la organización internacional del Trabajo* en materia de igualdad de retribución entre el hombre y la mujer (asunto 21/72, *Bertoni et Banahuin*, Rec. 1972, p. 345), y al derecho de no declarar contra sí mismo o de no confesar la propia culpabilidad contenido en el artículo 14 del Pacto de las Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos (asunto 374/87, *Orkem*, Rec. 1989, p. 3285).

(11) Asunto 62/70, *Bock*, Rec. 1971, p. 897.

(12) Asunto 85/76, *Hoffman-la Roche*, Rec. 1971, p. 511.

(13) Asunto 60/84, *Cinéthèque*, Rec. 1985, p. 2605.

jurídico comunitario al situarlos al mismo nivel que los tratados constitutivos (14), por encima de la totalidad del derecho derivado (15).

6. A pesar de la admirable labor del Tribunal de justicia, el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales tiene sus limitaciones y se le puede considerar como insuficiente por las razones siguientes:

i) Se trata de un sistema de protección que, en ausencia de un catálogo de los derechos fundamentales protegidos, carece de previsibilidad y de certeza jurídica (16): el sistema de protección es pretoriano, casuístico y abierto, en el que el ciudadano y en cierta medida el autor de la norma comunitaria, no conocen necesariamente con antelación los derechos que son garantizados (sistema de protección a posteriori). Se trata además de un sistema de protección que no confiere prerrogativas absolutas a los titulares de los derechos.

La razón de estas características radica en los propios límites del Tribunal de Justicia, quien, al ejercer la competencia judicial que le ha atribuido el Tratado, ha tenido que recurrir a un original método de identificación de los derechos fundamentales.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia menciona expresamente las «*tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*» (17), como una de las principales fuentes materiales de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario.

Obsérvese que la expresión «*tradiciones constitucionales*» es más amplia que el término «*constitución*». Esta expresión permite al Tribunal tener en cuenta los sistemas nacionales de constitución no escrita y el conjunto de normas que constituyen el «*derecho o bloque constitucional*», y significa que la Comunidad se sitúa en el marco de lo que el juez Pescatore definía como «*mouvance constitutionnelle*» de los Estados miembros. Se trata de algo que forma parte de un «*derecho común europeo*» resultado de antiguas fuentes comunes (el Derecho romano por ejemplo) y de una historia compartida:

(14) G. VANDERSANDEN y A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruselas 1977, p. 201.

(15) M. WAELBROECK, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Maigret, vol. 10, ULB, 1983, p. 142.

(16) M. HILF, *Ein GrundrechtsKatalog für die Europäische Gemeinschaft*, en *Europarecht*; 1991, p. 25.

(17) Asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491.

«...el Tribunal esta obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados» (18).

La identificación de los derechos fundamentales que forman parte de las tradiciones constitucionales de los Estados la realiza el Tribunal de Justicia aplicando un procedimiento de comparación. El método comparativo, que ha sido descrito por el juez Pescatore como el de la «*comparación crítica*» («*Wertende Vergleichung*») (19), permite al juez comunitario elegir, en tanto que principio común a los derechos de los Estados miembros, no necesariamente el principio que es aplicado mayoritariamente en los Estados miembros, sino más bien el principio que se ajuste mejor a la estructura y a las necesidades de la Comunidad (20).

El Tribunal de Justicia considera que tiene libertad absoluta de elección y de transposición: «*la protección de tales derechos, aunque inspirada en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad*» (21).

Se trata pues de *derechos fundamentales adaptados a los objetivos de la Comunidad*. En la labor de selección y adaptación, el Tribunal de Justicia realiza una ingente labor comparativa que obliga al Tribunal, en primer lugar, a identificar las convergencias, en segundo lugar, a seleccionar las normas que le parecen más útiles y, en tercer lugar, a otorgar a dichas

(18) Asunto C-5/88, *Wachauf*, Rec. 1989, p. 2609 apartado 17.

(19) En realidad este método el Tribunal de Justicia no lo utilizó por primera vez, en el marco de los derechos fundamentales, sino cuando tuvo que dilucidar el régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad «de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» (art.215). El Tribunal ha utilizado ampliamente esta oportunidad y ha convertido el método en un instrumento para formular los principios generales del derecho comunitario.

(20) Un ejemplo interesante lo constituye el principio de «*legal privilege*» que el Tribunal de Justicia aplica en derecho comunitario para proteger el correo entre una persona perseguida por la policía y su abogado (asunto 155/79, *AM et S c. Commission*, Rec. 1982, p. 1575. Véase J. PIPKORN, «La Communauté et la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. Trimestrielle des droits de l'homme*, 1993, p. 221 y p. 224.

(21) Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, p. 1125, considerando 4. Asunto 4/4/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727, apartado 14.

normas el contenido mas adaptado a las necesidades y a la naturaleza de la Comunidad (22).

En segundo lugar, las disposiciones de los instrumentos internacionales de protección también constituyen una de las fuentes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, a diferencia de las tradiciones constitucionales de los Estados que constituyen una fuente de «*inspiración*», únicamente aquellos instrumentos internacionales:

«relativos a la protección de los derechos humanos que han sido objeto de cooperación o de adhesión por parte de los Estados, pueden dar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» (23).

· Como en el caso de las tradiciones constitucionales, los instrumentos internacionales de protección son adaptados por el juez comunitario a los objetivos de la Comunidad:

«El artículo 14 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, que, además de la presunción de inocencia, consagra... el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, se refiere exclusivamente a las personas acusadas de una infracción penal en el marco de un proceso judicial, y es, por tanto ajeno al ámbito de las investigaciones en materia de Derecho sobre la competencia» (24).

(22) Véase el resumen de este procedimiento en la sentencia Internationale Handelsgesellschaft (asunto 11/70, Rec. 1970, p. 1125) y en la adscripción incluida en las conclusiones del abogado general, Dutheillet en la p. 1148 y ss. El Tribunal puede decidir que un principio reconocido *por un solo Estado* miembro forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Por ejemplo el Tribunal de justicia definió la «*falta*» constitutiva de responsabilidad comunitaria entendida como «una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de derecho que protege a los particulares». Esta definición la dedujo el Tribunal de un principio de derecho alemán (la teoría de la «norma protectora», la *Schutznormtheorie*), y, en menor medida, del principio de los «intereses legítimos» de derecho italiano. Según ciertos medios políticos la elección de un principio minoritario por el Tribunal de Justicia presenta la ventaja de ser indiferente a las modificaciones en la composición de la Comunidad.

(23) Asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491. Esta sentencia ha sido confirmada numerosas veces, véase asunto 36/75, *Ruttilli*, Rec. 1975, p. 1219.

(24) Asunto 374/87, *Orkem*, Rec. 1989, p. 3283, apartados 30 y 31

La adaptación al objetivo comunitario tiene lugar incluso con el CEDH que, según el Tribunal de Justicia, reviste «*un significado particular*» (25) y constituye una de las fuentes principales de protección (26). A pesar de *citar las disposiciones materiales del CEDH* (27), y de referirse incluso a

(25) Asunto 222/84, *Johnston*, Rec. 1986, p. 1651, apartado 18.

(26) Asunto 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727, apartado 15; asunto C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tiléorassi*, Rec. 1991, p. 2925, apartado 41 La referencia al CEDH aparece por primera vez en la asunto 36/75, *Rutili*, Rec. 1975 p. 1219, apartado 32. El juez Pescatore mantuvo que desde 1974, a partir de la ratificación del CEDH por Francia: «el Convenio... forma parte integrante del orden jurídico comunitario aplicable en el interior de la Comunidad» (P. PESCATORE, «La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire», *Colloque de la FIDE*, 1975, p. 33). Esta tesis no solo resulta desmentida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino que además se fundamenta en una interpretación del principio de la sucesión (principio de sustitución) de la Comunidad con respecto a los Estados miembros, que según él había sancionado el Tribunal de Justicia en el asunto 21/72, *International Fruit III* (Rec. 1972, p. 1219). En realidad el Tribunal de Justicia solo ha admitido el principio de la sucesión en este asunto porque se trataba de competencias comunitarias exclusivas en el marco del GATT y el principio se aplica de manera muy restrictiva: a condición que los Estados miembros hayan formado parte del acuerdo antes de la creación de la Comunidad y que se trate además de competencias comunitarias. Tal no es el caso de la CEDH (véase J. P. JACQUÉ, «Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme», en *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, sous la direction de L-E Pettiti, E. Decaux et P-H Imbert*. Paris 1995, p. 83, esp. p. 86; y J. A. CARRILLO SALCEDO, «La protección de los derechos humanos en las Comunidades europeas», en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid 1986, p. 21.

(27) El Tribunal de Justicia ha citado las disposiciones materiales del CEDH en los asuntos siguientes:

- restricciones estatales a la libre circulación de personas justificadas por el orden público (asunto 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, p. 1219),
- derecho a un juez (asunto 22/84, *Johnston*, Rec. 1985, p. 1651; asunto 222/85, *UNECTEF*, Rec. 1987, p. 4097),
- derecho de propiedad (asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491),
- libertad religiosa (asunto 130/75, *Prais*, Rec. 1976, p. 1589),
- protección de la vida privada (asunto 136/79, *National Panasonic*, Rec. 1980 p. 2033),
- derecho a un proceso equitativo (asuntos 209/78 a 215/78 y 218/78, *Landeweck*, Rec. 1980, p. 3125) asunto I-107/94, *Kirk*, Rec. 1995, p. II-1717)
- libertad de expresión (asunto, C-260/89, *ERT*, Rec. 1991, p. I-2925),
- irretroactividad en materia de derecho penal (asunto 63/83, *Kent Kirk*, Rec. 1984, p. 2689),
- respeto de la vida familiar (asunto 249/86, *Comisión C Alemania*, Rec. 1989, p. 1290),

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (28), el Tribunal de Justicia ni aplica directamente (29) ni incorpora literalmente las disposiciones materiales de dicho Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario:

«...en semejante caso compete al... Tribunal de Justicia, apreciar la aplicación de dichas disposiciones, teniendo en cuenta todas las normas de Derecho comunitario, incluida la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos, en cuanto principio general del derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia» (30).

El Tribunal de Justicia ha llegado incluso a reservarse la facultad de imponer restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales si dichas restricciones obedecen a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no con arreglo a los criterios deducidos de las exigencias de los instrumentos internacionales, incluido los del propio CEDH:

«Los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal de Justicia no constituyen, sin embargo, prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, a condición de que

— restricciones a los derechos del prestatario (asunto 5/88, *Wachauf*, Rec. 1989, p. 2609).

(28) Asunto 374/87, *Orkem*, Rec. 1989, p. 3283, apartado 30.

(29) R. ALONSO GARCÍA: «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española*, homenaje al Profesor E. García de Enterría, Tomo II, p. 818. Cierta sector de la doctrina considera no sólo que el respeto del CEDH constituye un límite para la legitimidad de las normas comunitarias (por ejemplo G. GAJA, «Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali n'ell'ordinamento comunitario», en *Scritti in onore di P. Barile*, Padua 1990, p. 62) sino, a mi juicio sin fundamento, que el CEDH es directamente aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario (por ejemplo STREINZ, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989, p. 400).

(30) Asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, Rec. 1991, p. 2925, apartado 44.

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 substancia misma de dichos derechos» (31).

En resumen, el método judicial empleado por el Tribunal de Justicia:

- implica un recurso y no una incorporación material o una subordinación ya sea a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros sobre las que el Tribunal se inspira, ya sea a los instrumentos nacionales de protección que pueden dar indicaciones que el Tribunal tiene en cuenta,
- adapta la protección de los derechos a los objetivos comunitarios,
- no confiere a los titulares de los derechos fundamentales prerrogativas absolutas: el Tribunal de Justicia puede imponer restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales a condición que sean justificadas por objetivos comunitarios de interés general y siempre que no se lesione la substancia de esos derechos,
- convierte al Tribunal de Justicia en la única instancia judicial en materia de interpretación e identificación de los derechos fundamentales que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario.

ii) El sistema comunitario de protección otorga al juez un papel preponderante: el Tribunal de Justicia no sólo identifica el contenido y el alcance de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario sino que, además, determina los criterios de la competencia comunitaria; solo las medidas que se sitúan «en el marco del derecho comuni-

(31) Asunto 5/88, *Wachauf*, Rec. 1989, p. 2609, apartado 18. Cierta doctrina ha criticado al Tribunal de Justicia alegando que su jurisprudencia «clearly subordinates human rights to the end of closer economic integration in the Community» (véase COPPEL y O'NEILL, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», en *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 669, esp. pp. 691-692). Compárese esta opinión con otra opuesta representada por J. WEILER y N. LOCKHART, «Taking Rights Seriously» seriously, en *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, p. 5).

tario» (32) pueden ser examinadas para determinar su compatibilidad con los derechos fundamentales protegidos.

Se trata no sólo de medidas comunitarias propiamente dichas o de medidas nacionales que incorporan la legislación comunitaria sino también de actos de los Estados miembros en el ámbito de las excepciones (orden público) a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, autorizadas por el Tratado CE (33). La protección judicial de los derechos fundamentales es pues dual. Cuando se trata de medidas nacionales, la primacía del derecho comunitario y el procedimiento de reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia obligan al juez nacional a impedir la aplicación de disposiciones nacionales incompatibles con los derechos fundamentales erigidos en principios generales del Derecho comunitario. En el caso de medidas comunitarias, el propio Tribunal de Justicia realiza el control de legalidad.

Sólo una normativa nacional que no se sitúe en el ámbito del Derecho comunitario escapa al control del Tribunal de Justicia (34).

¿Resulta desproporcionado el papel preponderante del Tribunal de Justicia?. A mi juicio, el sistema comunitario de protección es cuanto menos más cerrado y desequilibrado que el existente a nivel nacional por las razones siguientes:

- a diferencia de los sistemas de protección en vigor en los Estados miembros (que están sometidos en última instancia al mecanismo de control externo, incluido el judicial, previsto en el CEDH, el sistema comunitario carece de mecanismo jurisdiccional de control externo: con arreglo a los artículos 164 y 219 CE, el Tribunal de justicia es la única y definitiva instancia que garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y los Estados miembros no pueden someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Tratado a un procedimiento de solución distinto del previsto en el Tratado.

(32) Véase asuntos 60 y 61/84, *Cinéthèque*, Rec. 1985, p. 2605; asunto 201-202/85, *Klensch*, Rec. 1986, p. 3478, asunto C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorassi*, Rec. 1991, p. 2925, apartado 42.

(33) Asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, Rec. 1991, p. 2925, apartados 43 y 44. Véase F. JACOBS, *Human Rights in the European Union*. European Law Lecture, Durham European Law Institute, 18 november 1994, pp. 3 y ss.

(34) Asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, p. 3719 apartado 28.

- el ordenamiento jurídico comunitario ha creado, pues, una desigualdad de trato entre, por un lado, los tribunales de los Estados miembros que, en materia de derechos fundamentales están todos sometidos al mecanismo externo de control previsto en el CEDH (es decir, a la Comisión de Derechos Humanos y al Tribunal de Derechos Humanos), y por otro, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, a falta de adhesión de las Comunidades al CEDH, no se encuentra sometido al mecanismo de control externo previsto en dicho Convenio, y
- a consecuencia de esta desigualdad, los actos adoptados por las instituciones comunitarias sólo están, en materia de derechos humanos, sometidos al único mecanismo de control interno del Tribunal de Justicia, mientras que los actos jurídicos emanados de las autoridades de los Estados miembros están sometidos a un doble mecanismo de control interno (jurisdicciones nacionales) y externo (mecanismos previstos en el CEDH).

iii) El sistema de protección previsto en el ordenamiento jurídico comunitario ha creado una situación de riesgo de contradicciones e interferencias entre las obligaciones de los Estados para con la Comunidad y para con el CEDH; y entre el nivel de protección de los derechos fundamentales proclamados en el CEDH, y garantizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos instituido en el CEDH, y la protección de los mismos derechos garantizada por el Tribunal de Justicia en el ordenamiento jurídico comunitario.

Así, en primer lugar hay riesgos de contradicciones entre las distintas obligaciones contraídas por los Estados:

- por una parte, los Estados miembros que apliquen de buena fe las obligaciones comunitarias, cuyo contenido sea contrario al CEDH, pueden verse atacados ante las instancias y órganos previstos en dicho Convenio. En este sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos se ha declarado competente *ratione materiae* en el caso de que las medidas de transposición y de aplicación del Derecho comunitario conculquen los derechos fundamentales garantizados en el Convenio, por lo que los Estados pueden ser condenados por las citadas medidas de transposición o de aplicación (35).

(35) Decisión del 1 del julio de 1993, *Procola c. Luxemburgo*, ver J.F. Flauss en AJDA, 20 de enero de 1994, p. 37.

Teniendo en cuenta que en el caso de que la ley nacional ejecute una directiva comunitaria los Estados miembros no están exonerados de responsabilidad con respecto de las garantías previstas en el CEDH (36), el Estado en cuestión se mantendría en el dilema de mantener o derogar dicha medida de ejecución: en el primer caso, respetaría la obligación comunitaria pero incumpliría el CEDH; en el segundo, dejaría las puertas abiertas al recurso de incumplimiento previsto en el art. 169 (37);

- por otra parte, si bien es verdad que dada la ausencia de vínculo jurídico entre la Comunidad y los órganos de control establecidos por el CEDH, y, en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éstos deben declararse incompetentes para controlar la acción de las instituciones comunitarias, la Comisión Europea de Derechos Humanos parece haber abierto una puerta a la competencia de los mecanismos de control previstos en el CEDH en el supuesto en el que el demandante haya agotado las vías de recurso interno previstas en el Derecho Comunitario (38).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede interpretar el alcance de la protección garantizada por los derechos fundamentales previstos en el CEDH de manera distinta al alcance de la protección garantizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos instituido en el propio CEDH:

- así en lo que respecta a la protección de la vida privada y de la inviolabilidad de domicilio previstos en el artículo 8 del CEDH,

(36) Decisión núm. 13258/87, asunto M y Co c. RFA de 9 de febrero de 1990.

(37) Véanse R. ALONSO GARCÍA: «Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas». *Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Tomo II, Madrid 1991, p. 821; R. CASADO RAIGÓN, «La Actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950», en *Actas de las Primeras Jornadas de Derecho Comunitario Europeo*. Córdoba 1991, p. 91.

(38) En la decisión *Dufay* del 19 de enero de 1989 (núm. 13539/88) la Comisión de Derechos Humanos ha declarado inadmisibile una demanda dirigida «contra las Comunidades Europeas y subsidiariamente contra la colectividad de los Estados miembros, y los Estados miembros individualmente considerados porque el demandante, al no haber interpuesto antes un recurso ante el Tribunal de Justicia, «no ha agotado las vías de recurso internas».

el Tribunal de Justicia (39) ha afirmado que el CEDH no consagra la regla de la inviolabilidad del domicilio en el caso que se trate de los locales comerciales de una empresa, derecho este protegido por la Ley Fundamental alemana (40), mientras que, algunos meses antes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había afirmado lo contrario (41),

- lo mismo ocurre con los elementos que integran la noción de «proceso equitativo» previsto en el artículo 6 del CEDH. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «las particularidades del derecho de aduanas no pueden justificar una violación del derecho de todo acusado, en el sentido autónomo que el artículo 6 otorga a ese derecho, de guardar silencio y de no contribuir a su propia incriminación» (42). En cambio, el Tribunal de Justicia ha establecido que el derecho a no prestar testimonio contra sí mismo «no encuentra justificación ni en la redacción del artículo 6 ni en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (43).

v) No resulta claro cual es el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario (44). No debe por lo tanto extrañar que las jurisdicciones constitucionales de ciertos Estados miembros (por ejemplo los tribunales constitucionales italiano y alemán), cuyos sistemas prevén un alto nivel de protección de los derechos fundamentales, invoquen la transferencia de competencias a las instituciones comunitarias para justificar un eventual control de constitu-

(39) Asuntos 46/87 y 227/88, *Hoechst*, Rec. 1989, p. 2859

(40) I. Pernice, «Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz: Grundlagen, Bestand, Perspektiven», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, p. 2414.

(41) Sentencia del Tribunal de Estrasburgo del 30 de marzo de 1989, *Chapell*, A, núm. 152.

(42) Sentencia de 25 de febrero de 1993, *Funke*, TEDH, s. 44.

(43) Véase: asunto 347/87, *Orkem*, Rec. 1989, p. 3283; asunto 27/88, *Solvay*, Rec. 1989, p. 3355.

(44) Véase el asunto 374/87, *Orkem*, Rec. 1989, pp. 82-83. P. HETSCH («Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la CJCE», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1982, p. 536) defiende que el Tribunal de Justicia garantiza un nivel máximo de protección. Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Hoechst* (Rec.1989, p. 2859.) y la necesidad de preservar la autonomía del orden jurídico comunitario se oponen a tal interpretación. Véase M. DAUSES, «La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1991, p. 361.

cionalidad sobre el derecho comunitario en relación a los derechos fundamentales garantizados por la constitución (45).

En el asunto *Frontini*, el Tribunal constitucional italiano señaló que las limitaciones a la soberanía autorizadas por el artículo 11 de la Constitución : «no pueden en ningún caso implicar, en favor de las Instituciones de la CEE, un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden jurídico constitucional o los derechos inalienables de la persona» (46). Esta reserva de constitucionalidad ha sido posteriormente reiterada en la sentencia *Granital* (47) y en la sentencia *Fragd* (48) aunque dejando siempre claro que, si la hipótesis de conflicto se realiza, el control de constitucionalidad no podría afectar a las normas de Derecho comunitario, sino a las normas nacionales de ejecución del Tratado.

En el mismo sentido, el Tribunal constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) ha elaborado la jurisprudencia llamada «*solange-Beschluss*» (decisión en tanto en cuanto) en la que, en un primer momento, se reservó el derecho a controlar la compatibilidad del Derecho comunitario derivado con los derechos fundamentales previstos en la Ley Fundamental «*en tanto el proceso de integración no alcance un grado suficientemente avanzado para que el Derecho comunitario disponga también de un catálogo de derechos fundamentales en vigor adoptado por un Parlamento y equiparable catálogo de los derechos fundamentales consagrado en la Ley Fundamental*» (Solange-Beschluss I) (49). Años después, al comprobar la labor del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, el mismo Tribunal Constitucional alemán decidió dejar de efectuar el control de la compatibilidad en tanto se mantuviera la protección existente en el ordenamiento jurídico comunitario (solange-Beschluss II) (50). La

(45) Véase el análisis de jurisprudencia constitucional comparada realizado por G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y U. WOELKER, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, p. 677.

(46) En *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, I, p. 2401.

(47) Sentencia núm. 170/84, *Il Foro Italiano*, 1984, p. 2062.

(48) Sentencia núm. 232/89, *Il Foro Italiano*, 1990, I, p. 1855.

(49) Véase el texto de la sentencia en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1975, p. 316. Véase el comentario de A. MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid 1987, p. 146.

(50) Véase el Texto de la sentencia comentada por V. CONSTANTINESCO en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1987, p. 539. Nótese sin embargo que el 12 de mayo de 1989, el Tribunal constitucional alemán precisó que en relación con el

sentencia más reciente en la materia data del 12 de octubre de 1993; conocida como la sentencia «Maastricht» (51), en ella el Tribunal Constitucional alemán confirma la línea establecida en la sentencia Solange-Beschluss II: el Derecho comunitario derivado es declarado compatible «solange» («en tanto en cuanto», «mientras que») garantice un nivel de protección de los derechos fundamentales idéntico al nivel de protección garantizado por la Ley Fundamental del Estado alemán. A pesar del importante giro jurisprudencial de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional alemán, el punto de partida sigue siendo el mismo: la Ley Fundamental no permite que se cuestione sus rasgos fundamentales y sus estructuras esenciales; la aplicación del Derecho comunitario derivado sigue siendo sometida en Alemania a las exigencias constitucionales relativas a los derechos fundamentales (52)

La jurisprudencia «solange-Beschluss» ha tenido una gran influencia en otras instancias internacionales que han decidido aplicar el mismo razonamiento para ejercitar un control sobre el Derecho comunitario. Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos, instituida en el marco del CEDH, ha afirmado que se abstendrá de ejercer un control sobre las medidas nacionales que apliquen o incorporen el derecho comunitario solo «en tanto en cuanto» (solange) las Comunidades garanticen una protección eficaz de los derechos fundamentales (53).

7. Las reflexiones precedentes demuestran que, en el ordenamiento jurídico comunitario en vigor, el sistema de protección de los derechos fundamentales contiene lagunas y contradicciones, no garantiza una protección eficaz y carece de previsibilidad y de certeza jurídicas.

control de disposiciones nacionales de transposición de las directivas comunitarias, los interesados pueden recurrir al Tribunal Constitucional si el Tribunal de Justicia de las Comunidades no garantiza los principios jurídicos en los que se basan los derechos humanos de la Ley Fundamental. El texto de la sentencia de 12 de mayo de 1989 puede verse en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1989, p. 331.

(51) Véase el texto en *Neue juristische Wochenschrift*, 1993, p. 3047.

(52) G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario», en *Estudios en homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid 1993, p. 1175, esp. p. 1189.

(53) Decisión del 9 de febrero de 1990, CMC. RFA, núm. 13258/87.

2. *La protección de los derechos fundamentales en los ámbitos de la política exterior y de seguridad común (PESC) y de la justicia y de los asuntos de interior (JAI)*

8. Las disposiciones del apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea citadas anteriormente, se aplican especialmente a los ámbitos de la PESC y de la JAI (54).

9. Sin embargo, a diferencia del ordenamiento jurídico comunitario, el artículo L excluye al artículo F del ámbito de la competencia del Tribunal de Justicia.

El efecto combinado de las disposiciones de los artículos F y L, ha creado una situación en la que los actos de la Comunidad están sometidos a la jurisdicción del Tribunal de Justicia mientras que los actos de la Unión en los ámbitos de la PESC y de la JAI no tienen ningún control jurisdiccional. La única excepción la constituyen los convenios adoptados con arreglo al artículo K 3 (c) del TUE: tales convenios pueden prever que el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido (Europol etc.).

La ausencia de control judicial es particularmente preocupante en el ámbito de la JAI, en el que se prevé la adopción de medidas que afectan a los derechos de las personas (por ejemplo, la política de asilo, las normas que rigen el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados), que según lo dispuesto en el artículo K. 2:

«se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos».

(54) G. GAJA, «The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty», en *Essays in Honour of H. G. Schermers*, vol. 11, Kluwer 1994, p. 549.

10. Además de falta de garantías judiciales, la formulación del artículo F dista mucho de ser satisfactoria en los ámbitos de la PESC y de la JAI por las siguientes razones:

i) Por una parte, el artículo, que no hace sino «constitucionalizar» el acervo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no evoca la posibilidad de respetar los derechos fundamentales como principios generales del *Derecho de la Unión* sino «como principios generales del Derecho comunitario».

¿Se ha querido limitar el ámbito de aplicación de este artículo a los derechos fundamentales en el marco de la competencia de la Comunidad, excluyendo los ámbitos de la PESC y de la JAI? Si tal es el caso este artículo no debería figurar como disposición común a los tres pilares; debería haberse insertado como disposición de carácter general en el Tratado CE (55), pues resulta difícilmente concebible que los principios generales del Derecho comunitario puedan servir de referencia a los actos adoptados en los ámbitos de la PESC y de la JAI, que no son de competencia comunitaria.

ii) Por otra parte, el artículo F se refiere únicamente a los derechos fundamentales garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Esta disposición restringe los efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con arreglo a la que, en el marco del ordenamiento jurídico comunitario, todos «los instrumentos internacionales» relativos a la protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros se han adherido o han cooperado, pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario (56).

Además, la referencia expresa, en el artículo F, al CEDH plantea la cuestión de si la Unión está obligada a respetar todas las disposiciones materiales del CEDH, incluso las que no conciernen a las competencias comunitarias, como, por ejemplo, la prohibición de la tortura, o de la es-

(55) Tal es la interpretación que se deriva de las actas de la Conferencia intergubernamental de 1991. En el curso de la Conferencia, España y la Comisión propusieron que esta disposición figurara en el capítulo sobre la ciudadanía europea dentro del pilar comunitario. Se optó finalmente por incluirla entre las disposiciones comunes del Tratado de la Unión porque los derechos humanos conciernen a todos los hombres y no solo a los ciudadanos europeos.

(56) Asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491.

clavitud (57). En fin, el artículo F no precisa si la referencia al CEDH incluye también los mecanismos institucionales de protección previstos en dicho Convenio.

iii) Por último, el artículo F contiene una referencia al respeto de los derechos fundamentales, «*tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*».

Esta referencia resulta particularmente imprecisa en los ámbitos de la PESC y de la JAI: ¿cómo identificar «una tradición constitucional común» en los ámbitos de la PESC y de la JAI sin un Tribunal de Justicia que establezca «las convergencias» y que proceda «a la selección» de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros?

Incluso en la hipótesis en la que se hubiera atribuido una competencia al Tribunal para realizar esta labor ¿no resultaría difícil proceder a dicha selección en un ámbito tan *sui generis* como el de la política exterior en el que los Estados europeos no solo tienen tradiciones constitucionales muy distintas sino que, a nivel nacional, la acción estatal escapa a menudo al control de las jurisdicciones nacionales (por ejemplo los actos calificados como «*de gobierno*» o «*políticos*» no están sometidos al control judicial nacional)?

PARTE II: HIPÓTESIS DE SOLUCIÓN

11. Teniendo en cuenta las lagunas e imperfecciones existentes en el ordenamiento jurídico comunitario y en el marco de la Unión en materia de derechos fundamentales ¿cuáles son las vías de solución posibles?

(57) Recuérdese que en el ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal de justicia no aplica las disposiciones materiales del CEDH sino que las tiene en cuenta. Sin embargo cierto sector de la doctrina considera que a través de la referencia al CEDH en el artículo F(2) se ha producido la recepción o incorporación por referencia de la parte normativa del Convenio al Derecho originario europeo, constitucionalizando su contenido en el plano comunitario. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *I Diritti fondamentali nel Trattato de Maastricht*, Bolonia, Conferenza-seminari 16 (1991/92), pp. 10-20.

1. *¿Es posible una adhesión de la Unión o de las Comunidades al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) a la luz del Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia?*

12. El Parlamento europeo, la Comisión y un cierto número de Estados miembros han propugnado la adhesión de las Comunidades (o de la Unión) al CEDH como solución ideal para suplir las lagunas y corregir las deficiencias del sistema de protección de los derechos fundamentales en vigor. Teniendo en cuenta que la adhesión de la Unión al CEDH no es posible debido a su falta de personalidad jurídica, el interés se ha centrado en la adhesión de las Comunidades al CEDH (58).

La razón de la adhesión al CEDH radica en primer lugar en los propios méritos del CEDH puesto que:

- se trata de un Convenio elaborado en el seno del Consejo de Europa que está en vigor desde el 3 de septiembre de 1953 y al que todos los Estados miembros se han adherido,
- se trata de un Convenio que al estar completado por once protocolos, de los que nueve han entrado en vigor, prevé un sistema de protección avanzado; en particular el CEDH establece un conjunto de reglas jurídicamente vinculantes que definen el contenido y el alcance de cierto número de derechos civiles y políticos. Se trata de *reglas de protección mínima* que permiten la aplicación de reglas internas o internacionales más protectoras (art. 60 del CEDH),
- se trata de un Convenio que insta, además, un mecanismo internacional de control por órganos independientes de los gobiernos

(58) Memorándum de la Comisión relativo a la adhesión de las Comunidades europeas al CEDH (2 de mayo de 1979 COM-79-210 final) (*Boletín de las Comunidades Europeas*, suplemento 2/79). Comunicación de la Comisión relativa a la adhesión de la Comunidad al CEDH y a algunos de sus Protocolos [19 de noviembre de 1990, SEC (90), 2087, final]. Documento de trabajo explicativo de la Comisión «L'adhesion de la Communauté européenne à la CEDH et l'ordre juridique communautaire». *Informe de la Comisión jurídica del Parlamento europeo*, R. Bontempi (8 de diciembre de 1993, SEC (90), 208-C3-022/93). (Resolución del Parlamento europeo de 15 de diciembre de 1993); Resolución del Parlamento europeo de 18 de enero de 1994 sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio de Derechos Humanos (DO C44 de 14.2.1994, p. 32). La propia Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en la resolución 1068 de 1995, se ha manifestado en favor de la adhesión.

- de las partes contratantes: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (59),
- el control internacional operado por las instituciones del CEDH tiene un carácter subsidiario: la aplicación y la protección de los derechos fundamentales previstos en el Convenio incumbe en primer lugar a las autoridades nacionales y a las jurisdicciones nacionales (principio de agotamiento de los recursos internos).

En segundo lugar, la adhesión estaría justificada por los objetivos perseguidos que serían:

- la consolidación de la imagen de Europa como tierra de libertad y democracia, y el refuerzo de la protección de los derechos fundamentales,
- obligar a las instituciones comunitarias a respetar los derechos fundamentales garantizados en las disposiciones del CEDH, tal y como han sido interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, y
- someter los actos comunitarios al mecanismo de control externo previsto en el CEDH y, en particular, a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de forma que el CEDH adquiriera un valor jurídico superior al Derecho Comunitario derivado (60).

13. Se ha sostenido igualmente que el CEDH, tanto por el contenido de los derechos que enuncia como por los procedimientos previstos, habría sido concebido para Estados soberanos y que algunas de sus obligaciones no podrían ser cumplidas por la Comunidad en su estructura constitucional actual. Algunos han subrayado que no sería oportuno someter las decisiones del Tribunal de Justicia al control de otro organismo inter-

(59) El CEDH instituye además un órgano político, el Comité de Ministros competente en el caso en que las demandas no se introducen ante el Tribunal Europeo.

(60) Una adhesión a la parte normativa del Convenio excluyendo la adhesión al mecanismo de garantía y control instituido en el CEDH, aun representando una solución intermedia y más flexible, no solucionaría el problema de la falta de control judicial externo a la Comunidad. Compárese esta opinión con la de J. A. CARRILLO SALCEDO: «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid 1986, p. 25. Véase también A. MANGAS MARTÍN: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid 1987, p. 161.

nacional. Finalmente se sostiene que la adhesión no permitiría una mejora importante en la protección jurídica del ciudadano mientras la Comunidad no decida la admisión del recurso individual contra todos sus actos jurídicos (61).

Todas estas objeciones han sido rebatidas por la Comisión (62) y han sido ampliamente comentadas por la doctrina en el pasado (63). Por lo tanto no es el propósito de estas páginas reincidir en viejos argumentos. Baste simplemente recordar que las disposiciones del CEDH permiten la adhesión de entes supranacionales si se negocia un instrumento de adhesión (¿un protocolo?) que tenga en cuenta el carácter específico de la Comunidad de la forma siguiente:

- únicamente se adheriría en el marco de las competencias comunitarias y dentro de los límites de la esfera de aplicación del derecho comunitario de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se excluirían de la adhesión los títulos V (PESC) y VI (JAI) del Tratado de la Unión,
- se adheriría al CEDH, al Protocolo núm. 2 (que atribuye al Tribunal la facultad de emitir dictámenes consultivos), a los protocolos núms. 3, 5 y 8 que contienen normas procesales y al Protocolo núm. 11 que establece el Tribunal único,
- las Comunidades aceptarían las particularidades del CEDH que admite también los recursos interestatales y los recursos individuales en las condiciones del artículo 25 del CEDH,
- se utilizaría la facultad prevista en el artículo 62 del CEDH para excluir todo posible recurso entre la Comunidad y los Estados miembros. Se respetarían así las disposiciones del artículo 214 CE que prohíbe a los Estados miembros someter las controversias relativas al Tratado CE a un procedimiento judicial distinto del Tribunal de Justicia,

(61) Actualmente el ordenamiento jurídico comunitario solo permite estos recursos contra los actos que afecten directa e individualmente a los individuos.

(62) Véanse el Memorandum sobre la adhesión adoptado por la Comisión el 4 de abril de 1979 y la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990, en la obra Código de la Unión Europea. Ed. por E. García de Enterría, Madrid 1996, pp. 732 y 745.

(63) Ciertos sectores de la doctrina consideran las dificultades como «casi insalvables». Véase J. A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 24.

- se mantendrían intactos los recursos previstos en los tratados comunitarios (control de la legalidad —art. 173 y 184—, recurso prejudicial —art. 177—, recursos en materia de responsabilidad —art. 215), puesto que el artículo 25 del CEDH obliga a agotar los recursos internos antes de poder optar al control del mecanismo externo previsto en el Convenio,
- ciertas disposiciones del Convenio tendrían que ser adaptadas a las condiciones específicas de las Comunidades (64).

En suma, la adhesión estaría regida por el Derecho comunitario y no tendría por efecto un aumento de las competencias de la Comunidad.

14. Sin embargo, la tesis de la adhesión requiere la resolución previa de dos cuestiones de orden jurídico particularmente delicadas y controvertidas: ¿tienen las Comunidades competencia para adherirse al CEDH?, ¿es la adhesión compatible con las disposiciones de los tratados (es decir con el carácter autónomo del ordenamiento jurídico comunitario) y en particular con los artículos 164 y 219 CE que atribuyen al Tribunal de Justicia, excluyendo cualquier otra jurisdicción, el monopolio de la interpretación y aplicación de los Tratados?

El Consejo intentó sin éxito resolver estas dificultades debido a la falta de acuerdo entre los Estados miembros (65). Por esta razón el Consejo

(64) El «protocolo» de adhesión contendría disposiciones fijando:

- las condiciones de la representación de las Comunidades en los órganos de control (por ejemplo, la necesidad de nombrar un nuevo juez en el Tribunal Europeo, y un nuevo miembro en la Comisión de los Derechos Humanos para que las necesidades y sensibilidades del derecho comunitario sean debidamente tenidas en cuenta) (arts. 39 y 21 del CEDH),
- las excepciones necesarias a las disposiciones de los artículos 38 y 40 del CEDH que estipulan que tanto el Tribunal como la Comisión no pueden estar compuestos por más de un nacional por Estado miembro,
- la necesidad de excluir la representación específica de la Comunidad en el Comité de Ministros del CEDH, órgano político que intervendría únicamente en el caso en que los asuntos admitidos por la Comisión no son sometidos al Tribunal (art. 32 CEDH), o en cumplimiento de su función de supervisar la ejecución de las sentencias del Tribunal (art. 54 del CEDH). Con respecto a las Comunidades, el Comité no tendría la competencia prevista en el artículo 32 CEDH y conservaría únicamente la competencia prevista en el artículo 54 CEDH.

(65) La cuestión de la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario ha sido la que más controversias ha creado. Aunque la mayoría de Estados miembros (Bél-

solicitó el dictamen del Tribunal de Justicia previsto en el apartado 6 del artículo 228, para que el Tribunal determinase si el acuerdo de adhesión proyectado era compatible con el Tratado.

En el dictamen 2/94, de 28 marzo de 1996 («Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales») (66), el Tribunal de justicia ha determinado que:

«En el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.»

El Tribunal de Justicia justifica su Dictamen atendiendo:

- por una parte, a que la adhesión al Convenio conllevaría *«un cambio sustancial»* en el actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos *«en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario»* (apartado 34 del Dictamen), y
- por otra parte, a que tal modificación *«cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado»* (apartado 35 del Dictamen).

gica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Italia, Austria, Finlandia y Suecia) se mostraron favorables a la tesis de la compatibilidad, España, Francia, Irlanda, Reino Unido y Portugal defendieron la incompatibilidad de la adhesión con el ordenamiento jurídico comunitario por las razones siguientes: la subordinación a los órganos de control del CEDH que están compuestos por nacionales de terceros Estados; la incompatibilidad con el artículo 62 del CEDH (que permite eludir, en base a un «compromiso especial», el procedimiento judicial de arreglo de controversias) con el artículo 219 CE; el temor al aumento del volumen de recursos prejudiciales; críticas a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de responsabilidad.

(66) Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, Rec. 1996-I, p. 1759.

Por lo que respecta a la cuestión de la base jurídica, el Tribunal de Justicia ha rechazado de plano la tesis defendida por la Comisión, por el Parlamento y por gran número de Estados miembros que consideran que la adhesión de las Comunidades al CEDH puede legítimamente fundamentarse en el artículo 235 CE y sus correspondientes 203 CEEA y 95 CECA: con arreglo a esta tesis estos artículos permiten a las Comunidades adoptar las disposiciones pertinentes que resulten necesarias para lograr, en el funcionamiento del mercado común, no solo uno de los objetivos que forman parte expresamente de la misión de la Comunidad sino también de los *objetivos llamados «transversales»* que, como en el caso de los derechos humanos integrados en los principios generales del Derechos Comunitario, forman parte integrante del conjunto de objetivos de la Comunidad.

El rechazo del Tribunal de Justicia ¿ha sido motivado por el temor de verse acusado de fomentar «el gobierno de los jueces»?; ¿se trata más bien de alejar, definitivamente, el espectro del control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? En cualquier caso, lo que sí queda claro es que al declararse en favor del respeto escrupuloso del procedimiento «de revisión constitucional» que forma parte del ámbito de la competencia estatal, el Tribunal de Justicia ha favorecido no solo el principio de la rigidez de la «constitución comunitaria» sino ha puesto hábilmente de manifiesto su imagen de marca de jurisdicción constitucional comunitaria preocupada por defender la integridad de la carta constitucional (67).

En contraste con la cuestión de la competencia, el Tribunal de Justicia no ha dado respuesta directa a las cuestiones relativas a *la autonomía del orden jurídico comunitario y al monopolio de jurisdicción* atribuido al Tribunal de justicia en virtud de los artículos 164 y 219 CE. El Tribunal justifica su posición alegando la «*falta de precisión... sobre las soluciones previstas en lo que respecta a la forma concreta de la sumisión de la Comunidad... a un órgano jurisdiccional internacional*» (apartados 21 y 22 del Dictamen). Por consiguiente el Tribunal de Justicia no aporta

(67) El aspecto político del Dictamen ha sido duramente criticado por cierto sector de la doctrina, que ha acusado al Tribunal de haber actuado «dans la logique d'une politique juridictionnelle et jurisprudentielle voire d'une politique tout court, que la Cour de justice se plaît à cultiver» (véase J. F. FLAUSS, «L'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes du 28 mars 1996», en *Bulletin des droits de l'homme*, núm. 6, Luxemburgo 1996, p. 2).

ninguna precisión sobre que circunstancias convierten al control judicial externo en necesariamente incompatible con el Tratado (68).

A mi juicio, la adhesión al CEDH no pondría en tela de juicio la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario por las razones siguientes:

- el mecanismo de control instituido en el CEDH no puede ser considerado como incompatible con las disposiciones de los artículos 164 y 214 CE porque se trata de un mecanismo de *control externo* al ordenamiento jurídico comunitario. Se trata simplemente de aplicar al Tribunal de justicia las mismas disposiciones que se aplican a los Tribunales constitucionales y a los Tribunales superiores de los Estados miembros,
- las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son declarativas (arts. 50, 53 y 54 del CEDH) y en consecuencia no tienen, pues, efectos directos en el ordenamiento jurídico de las partes contratantes y no podrían, por sí mismas, anular o modificar los actos comunitarios,
- en cualquier caso, la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario es relativa en el momento actual puesto que el Tribunal de Justicia toma ya en consideración la interpretación otorgada por los órganos de control del CEDH,
- los litigios en materia de competencia entre la Comunidad y los Estados miembros se resolverían con arreglo al ordenamiento jurídico comunitario puesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos carece de competencia sobre esta materia, y
- la obligación del Tribunal de Justicia de respetar un nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales se mantendría dentro de los límites establecidos por el Tribunal en el Dictamen 1/91 (69).

15. A la luz del dictamen del Tribunal de Justicia ¿se debe abandonar la idea de la adhesión teniendo en cuenta la situación existente?

A mi juicio, sería desaconsejable (70), ya que la adhesión no sólo

(68) Esta cuestión había sido dejada sin respuesta en el asunto 1/91, Compatibilidad del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con el Tratado C.E, Rec. 1991, p. 6069.

(69) Algunos de estos argumentos reflejan las intervenciones de ciertos Estados miembros ante el Tribunal de Justicia. Véase el Dictamen 1/94 punto VI (1).

(70) Una posición contraria a la mía es sugerida por F. CHALTIEL, «L'Union européenne, doit-elle adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme?»,

beneficiaría al ordenamiento jurídico comunitario sino que contribuiría a la consolidación del propio CEDH como código de valores europeos común y uniformemente compartido por todos los países de Europa y por la Comunidad y la Unión. Además la adhesión al CEDH tendría la ventaja de proporcionar una instancia de control jurisdiccional *externa* a las decisiones del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales (71).

En cualquier caso, no puede afirmarse que el futuro de la protección de los derechos fundamentales haya quedado exclusivamente en las manos del Tribunal de Justicia; por una parte, el Tribunal de Justicia no ha rechazado la tesis de que el artículo 235 pueda ser utilizado como base jurídica para adoptar actos de Derecho comunitario derivado en materia de derechos fundamentales, ni la tesis de la adhesión a instrumentos internacionales de protección que no acarreen «modificaciones de tipo constitucional»; por otra parte, el Tribunal de Justicia acepta que sean las instituciones comunitarias y los Estados miembros los que resuelvan estas cuestiones en el marco de la Conferencia intergubernamental.

En particular, el Tribunal de Justicia ha establecido que una revisión de los tratados es la vía jurídica adecuada para desarrollar la protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico comunitario. Por lo tanto, si existiera la voluntad política, las dificultades derivadas del Dictamen 2/94 podrían ser soslayadas en el marco de la Conferencia intergubernamental mediante la incorporación, en el tratado revisado, de una cláusula que establezca que la Comunidad (o la Unión si es que se atribuye a ésta una personalidad jurídica), tiene competencia para adherirse al CEDH. Además se podría aprovechar esta oportunidad para mejorar la formulación del apartado 2 del artículo F del TUE y para revisar el artículo L a fin de atribuir al Tribunal de justicia competencia en la protección de los derechos fundamentales en los ámbitos de la PESC y de la JAI.

A mi juicio, la nueva disposición del tratado revisado podría estar redactada en los términos siguientes:

Revue du Marché commun, 1997, núm. 404, pp. 34 y s. Véase también R. ERRERA, «La fin d'un songe: l'avis de la Cour de Justice des Communautés européennes sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme», *Gazette du Palais*, 3 décembre 1996, p. 11.

(71) Contrariamente a lo que se ha sugerido (véase el Informe Pintasilgo del Comité de sabios «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales», en *Código de la Unión europea*, *op. cit.*, p. 757) el problema del control externo no queda resuelto con la creación de una jurisdicción de recurso especial para la protección de los derechos fundamentales propia de la Unión.

«Artículo X

1. *La Comunidad [Unión] respetará los derechos fundamentales (72) 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, y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los que la Comunidad [Unión] y/o los Estados miembros se hayan adherido o con los que cooperen, y tal y como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario [de la Unión].*

2. *La Comunidad [Unión] será competente para adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y a todo instrumento internacional relativo a la protección de los derechos humanos.*

En estos supuestos la Comisión presentará recomendaciones al Consejo, el cual autorizará a aquélla para la apertura de las negociaciones necesarias. Dichas negociaciones serán llevadas a cabo por la Comisión con arreglo a las disposiciones del artículo 228.

3. *Los acuerdos de adhesión serán celebrados por el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, previo dictamen conforme del Parlamento Europeo» (73).*

En cuanto a la adhesión, se podría elegir entre cuatro opciones: la adhesión total, una adhesión limitada formalmente a la parte normativa del CEDH (74), o una adhesión con reservas con respecto a ciertos protocolos (por ejemplo el Protocolo núm. 11).

(72) Esta frase podría ser completada con una precisión de la competencia comunitaria o de la Unión en los términos siguientes : «en el marco del ejercicio de sus competencias».

(73) El artículo 173 podría también a fin de permitir, a toda persona física o moral, interponer recurso, directamente al Tribunal de justicia contra las decisiones de las instituciones que violen los derechos fundamentales garantizados por la Comunidad (Unión). También se podría precisar en los artículos 2CE y BTHC que la protección de los derechos fundamentales es un objetivo de la Comunidad o de la Unión.

(74) Posición propugnada por J. L. CARRILLO SALCEDO, «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid 1986, pp. 17 a 26.

2. *¿Conviene elaborar un catálogo de derechos fundamentales propio a las Comunidades [Unión]?*

16. Para ciertos sectores la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales en el tratado revisado presenta dificultades de orden político y jurídico:

- determinados gobiernos se oponen a la existencia de una lista de derechos fundamentales inscritos en los Tratados porque, según ellos, requeriría una modificación de la constitución nacional (no escrita) cuya evolución histórica ha convertido en superfluo todo catálogo escrito debido a la existencia de un sistema jurídico (el common law) abierto y evolutivo que ha demostrado ampliamente su solidez en relación con la protección de los derechos individuales propios de los Estados libres y democráticos (75),
- otros gobiernos consideran que la elaboración de un catálogo uniformemente aceptado por todos los Estados miembros no tendría ningún sentido si el ejercicio se limitase a repetir la lista contenida en el CEDH y que completar el catálogo del CEDH con una lista de derechos exhaustiva y que incluya un sistema de garantías más amplias que las previstas en el CEDH y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sería una empresa enormemente ardua habida cuenta de las diferencias constitucionales y de organización social y económica existentes entre los Estados,
- otro grupo de gobiernos considera que la idea de un catálogo específico de la Unión Europea sólo se justifica en el caso de que se trate de derechos fundamentales propios a la condición de ciudadanos europeos: como los derechos fundamentales son patrimonio de todo ser humano, abstracción hecha de su condición, la elaboración de un catálogo propio de la Unión resulta injustificada,
- cierto sector de la doctrina también se decanta en favor de la prudencia por razones jurídicas: la elaboración del catálogo no elimina por sí misma la falta de control jurisdiccional externo existente en el ordenamiento jurídico comunitario; además el principio de

(75) A. CLAPHAM, «A Human Rights Policy for the European Community», en *Yearbook of European Law*, 1990, p. 310, esp. pp. 360 y 361.

subsidiariedad (art. 3 B CE) y el deber de la Unión de respetar la identidad nacional de los sistemas jurídicos de los Estados aconsejan la no intromisión en una materia que representa un aspecto importante de la idiosincrasia de un sistema de gobierno (76),

- finalmente, algunas comisiones parlamentarias nacionales especializadas en derecho comunitario han hecho valer que un nuevo catálogo de derechos fundamentales podría debilitar el sistema previsto en el CEDH (77).

17. En cambio, otros sectores políticos y doctrinales han puesto de manifiesto las ventajas de la elaboración de un catálogo escrito de los derechos fundamentales protegidos por la Unión (78): la existencia de un catálogo escrito y completo disiparía las dificultades de falta de claridad y de certeza jurídicas que caracteriza la protección pretoriana actual; permitiría además la fijación de los límites de la protección garantizada atendiendo a razones de interés general; y si se combinara con la adhesión al CEDH añadiendo nuevos derechos (por ejemplo los derechos sociales y económicos, los derechos propios a la condición de ciudadanos europeos, y los derechos llamados de la tercera generación a la lista existente en el CEDH que solo contiene derechos de carácter civil y político) contribuiría no sólo a consolidar, sin ningún género de dudas el carácter democrático de la Unión sino a fomentar el sentido de la identidad europea de sus ciudadanos y, en consecuencia, a acercarlas cada vez más al proyecto europeo (79).

(76) J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Madrid 1993, p. 97, esp. p. 132. También se ha puesto de relieve que el propio Tribunal de Justicia, cuando identifica las convicciones jurídicas de los Estados en materia de derechos fundamentales, debería realizar su función interpretativa a la luz del derecho nacional: D. RUIZ JARABO, «Técnicas jurídicas de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, p. 163, esp. p. 180.

(77) Véase el *Informe del Select Committee on the European Communities*, House of Lords, Report XVII, sesión 1979-1980, 71.

(78) L. M. DÍEZ-PICAZO, «¿Una Constitución sin Declaración de Derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1991, núm. 32, p. 135, esp. p. 152.

(79) Véase el *Informe Pintasilgo del Comité de Sabios*, op. cit., p. 757. Véase la *Resolución de 12 de abril de 1989 por la que se aprueba la declaración de los*

Desde esta perspectiva la elaboración de un catálogo de los derechos fundamentales protegidos por la Unión constituiría una opción que no sólo no excluiría la adhesión al CEDH sino que la complementaría.

derechos y libertades fundamentales (DO núm. C120 de 12.4.1989, p. 51) en la que el Parlamento europeo, deseoso de completar el proyecto Spinelli de Tratado constitutivo de la Unión Europea (DO C 77 de 19.3.1984, p. 33), considera que la identidad europea se concretiza en la manifestación de los valores comunes de los ciudadanos europeos y que dichos valores deben quedar reflejados en un catálogo general de derechos fundamentales que comprenda no solo los derechos del CEDH sino también algunos de naturaleza social y económica y otros (como el medio ambiente y la protección de los consumidores) que pertenecen a la llamada tercera generación de derechos.

Según el Parlamento los derechos protegidos serían la dignidad humana, la igualdad ante la ley, la libertad de pensamiento, de opinión y de información, el respeto a la vida privada, la protección de la familia, la libertad de movimiento, el derecho a la propiedad, la libertad de reunión, la libertad de asociación, la libertad profesional, los derechos sociales relativos a las condiciones de trabajo justas, a emprender acciones colectivas, a medidas de protección social, a la educación, el derecho a la democracia, el acceso a la información y a la justicia, *non bis in idem*, irretroactividad, abolición de la pena de muerte, y el derecho al medio ambiente sano y la protección de los consumidores.

La Declaración, que es sólo de carácter programático, tiene además un ámbito de aplicación restringido: «protege a todos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario» (art. 25, apartado 1); quedan pues respetadas las competencias estatales. Además, a diferencia del CEDH, la Declaración precisa, de manera horizontal, los límites de la protección: los derechos y libertades enumerados «solo podrán ser restringidos, dentro de los límites razonables y necesarios en una sociedad democrática, por una ley que respete en cualquier caso su contenido esencial» (art. 26). Véase el análisis de la Declaración realizado por M. DÍEZ DE VELASCO, «La declaración de los Derechos y libertades fundamentales y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Estudios en homenaje al Profesor A. Ferrer-Correia*, Coimbra 1991, p. 428.

Además de la Declaración del Parlamento existe la Carta Social Europea, que adoptada en 1989 por los Jefes de Estado y de gobierno de la Unión, contiene un verdadero catálogo programático de los derechos sociales a fin de completar la dimensión social del mercado interior. Hay quien afirma que la Carta forma parte del Derecho comunitario, produciendo algunas de sus disposiciones efecto vertical y horizontal (véase, por ejemplo, A. RILEY, «The European Social Charter and Community Law», en *European Law Review*, 1989, p. 80). Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia se ha referido al articulado de la Carta en alguna de sus sentencias (por ejemplo en el asunto 24/86, *Blaizot*, Recop. 1988, p. 379, apartado 17; G. GARZÓN CLARIANA, «Las Universidades en el Derecho Comunitario Europeo», *Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid 1993, p. 903), lo ha hecho para de-

18. A mi juicio los obstáculos que se pueden oponer a la tesis de la elaboración del catálogo de derechos fundamentales son antes que nada de naturaleza política puesto que el argumento jurídico de la subsidiariedad no es pertinente: el principio de subsidiariedad no es un principio de distribución de competencias sino regulador del ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad/Unión.

En la hipótesis de que se superasen las dificultades políticas ¿Cómo se podría organizar pues la elaboración del catálogo de derechos fundamentales? Existen a mi juicio dos modelos:

- el modelo previsto en la constitución de Estados Unidos, basado en el principio de creación de garantías constitucionales, organizadas al nivel federal, en relación con las violaciones de los derechos fundamentales formulados en la constitución, y de otros derechos fundamentales que, aun no estando expresamente formulados en la constitución, han sido reconocidos jurisprudencialmente, en un momento determinado, con base en la enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos (80), que hubieran sido cometidas por las autoridades federales y estatales.

En el modelo estadounidense de protección de los derechos fundamentales la división de competencias entre el poder federal y el poder estatal no tiene ninguna influencia: el poder judicial federal es el único competente para controlar las violaciones de los derechos fundamentales protegidos tanto a nivel federal como a nivel estatal;

- en cambio, el modelo europeo de protección en vigor se fundamenta en la distribución de competencias y responsabilidades entre tres ordenamientos jurídicos: el ordenamiento jurídico comunitario, el sistema previsto en el CEDH y los ordenamientos jurídicos nacionales.

jar constancia del hecho de su existencia sin reconocer que la Carta forma parte integrante del Derecho comunitario. Comparto, pues, la opinión de quienes afirman que la Carta no forma parte del Derecho comunitario (véase A. F. FERNÁNDEZ TOMÁS, «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1985, p. 708, esp. p. 714).

(80) La enmienda número 14 dispone que los ciudadanos pueden ser titulares de derechos fundamentales que no aparecen expresamente previstos en la Constitución.

Como ya he indicado en las páginas precedentes, el sistema de protección previsto en el ordenamiento jurídico comunitario se caracteriza por la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros con arreglo a criterios materiales (la Comunidad controla la protección de los derechos fundamentales sólo en relación con las medidas que entran en el ámbito de aplicación del derecho comunitario) y formales (la Comunidad legisla sólo en el ámbito de su competencia que le ha sido atribuida en el Tratado y controla además la aplicación o la transposición de la legislación comunitaria realizada por los Estados miembros). La Comunidad no interviene en la protección de los derechos fundamentales garantizados en el marco de las competencias estatales.

El sistema previsto en el CEDH es muy distinto: los mecanismos institucionales previstos en el CEDH no tienen competencias normativas propias, se limitan fundamentalmente a realizar un control de la manera en que los Estados miembros se ajustan a las obligaciones previstas en el Convenio.

Finalmente, la protección de los derechos fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico de los Estados miembros se concreta en un catálogo de derechos fundamentales previstos en la constitución (salvo en los Estados donde no hay constitución escrita), que jerárquicamente tienen un valor superior a la ley y al reglamento, y que son de obligado cumplimiento por todas las autoridades nacionales y las personas físicas y jurídicas. El control del respeto de los derechos fundamentales está encomendado a una jurisdicción especial (por ejemplo el Tribunal constitucional). Todos los Estados miembros se han adherido voluntariamente al CEDH.

19. ¿Qué modelo elegir en el caso en que los revisores del Tratado se declararen a favor de la elaboración de un catálogo?

Es indudable que el modelo estadounidense requiere la transformación de la Unión en una verdadera federación. Por lo tanto, habida cuenta de que significaría un salto cualitativo de envergadura, no resulta realista la incorporación del modelo americano en el tratado revisado. En cambio si que es posible y deseable mejorar el modelo europeo de protección; este modelo podría a mi juicio ser desarrollado y completado con arreglo a los criterios siguientes:

- el reforzamiento de la coherencia del sistema,
- la ampliación de las competencias de la Comunidad en materia de protección de ciertos derechos fundamentales,

- la elección de un nivel de protección elevado (sirva de ejemplo la disposición contenida en el art. 100A apartado 3) en contraste con el nivel de protección mínima garantizado por el CEDH (81)
- la enumeración no exhaustiva de los derechos fundamentales protegidos y el mantenimiento, dentro de ciertos límites, de la función pretoriana del Tribunal de Justicia.

Con arreglo a estos principios se podría concebir un catálogo de los derechos fundamentales en varios «círculos concéntricos» que tendrían las características (82) siguientes:

- un primer círculo estaría compuesto por todos los derechos fundamentales integrados en el CEDH y sus Protocolos. Estos derechos se integrarían literalmente en el tratado revisado y constituiría el núcleo básico «noyveau dur» de la protección de la Unión. Teniendo en cuenta que todos los Estados miembro han ratificado el CEDH, no habría inconveniente en que los derechos integrantes de este primer círculo se aplicarán a la vez en el marco de la competencia comunitaria, de la Unión y en el marco de la competencia de los Estados miembros,
- el segundo círculo lo integrarían los derechos fundamentales que fueran identificados por el Tribunal de justicia como parte componente de los principios generales del Derecho comunitario. Este círculo obligaría únicamente a las instituciones comunitarias y de la Unión en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

A semejanza de la enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos el Tribunal de Justicia identificaría nuevos derechos no previstos en el CEDH. El Tribunal se basaría en un nivel de protección elevado (83);

(81) Un catálogo que se mantuviera por debajo de la protección internacional de los derechos humanos no tendría ninguna utilidad. Véase U. EVERLING, *Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, Munich 1990, p. 79. D. CURTIN, «The effectiveness of Judicial protection of Individual Rights», en *Common Market Law Review*, 1990, pp. 737-739.

(82) Véase K. LENAERTS, «Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue», en *European Review*, 1991, p. 367, exp. p. 373.

(83) Asunto 374/87, *Orkem*, Rec. 1989, p. 3289. Por ejemplo el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación extensiva de los derechos de los nacionales comunitarios al reconocer ciertos derechos a nacionales de terceros países vinculados con aquellos por una relación de parentesco. Véase asunto 267/83; *Diatta*, Rec. 1985, p. 567. Véase los criterios de determinación de quienes son los nacionales

- el tercer círculo estaría compuesto por los derechos fundamentales propios a la condición de ciudadano europeo excluyéndose de la protección a los ciudadanos no europeos (84). Se trataría de una serie de derechos que contribuirían a reforzar la identidad europea de los nacionales de los Estados miembros. El catálogo de los derechos de los ciudadanos europeos debería estar explícitamente previsto en el tratado revisado (a semejanza de los derechos previstos en los artículos 8A-8K) o en un acto de derecho derivado (art. 8E). Se podrían desarrollar los derechos de las cuatro categorías de derechos de los ciudadanos europeos existentes en el tratado (85),
- finalmente, el cuarto círculo estaría compuesto por los llamados derechos de la tercera generación y por los llamados «*aspirational fundamental rights*». Se trata de los derechos económicos, sociales, culturales y educativos y de los derechos a la protección del medio ambiente y a la protección del consumidor. Se trataría de derechos declarativos que solo podrían producir efectos jurídicos si la autoridad legislativa (comunitaria o estatal) les diera un contenido específico en forma de disposiciones en actos de derecho derivado. El catálogo sería elaborado por la Comunidad y por los Estados miembros; se trataría de una categoría de derechos aplicables a todos los individuos sin distinción ni discriminación.

comunitarios en los casos de doble nacionalidad de ciudadanos de Terceros Estados en el asunto C-369190, *Micheletti*, Rec.1922-I, p. 4239; comentado por J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Doble nacionalidad y Derecho comunitario», en *Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid 1993, p. 953.

(84) J. VERGÈS, «Droits fondamentaux et droits de citoyenneté dans l'Union européenne», en *Revue des affaires européennes*, 1994, núm. 4, p. 75; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «La ciudadanía de la Unión europea», en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid 1993, pp. 271 y ss.

(85) Es decir la libertad fundamental de circular (art. 8A), los derechos políticos de sufragio activo y pasivo (art. 8B), los derechos de protección diplomática (art. 8C) y los derechos de petición al Parlamento (art. 138D) y al defensor del pueblo (art. 138E).

Véase E. PÉREZ VERA, *El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos*. Se trata de una ponencia no publicada presentada en un seminario impartido en el Centro de Estudios Constitucionales sobre la protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea. Véase también D. LIÑÁN NOGUERAS, «La ciudadanía de la Unión Europea», en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, 1993, p. 271, esp. p. 294.

3. *Soluciones limitadas: la consolidación de ciertos derechos sociales, el espacio de libertad, de seguridad y de justicia reforzado, y la ampliación de la Unión*

20. La adhesión al CEDH y la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales son soluciones satisfactorias, pero tienen escasas posibilidades de ser acogidas favorablemente por todos los negociadores que han de revisar los tratados en la Conferencia intergubernamental, debido a la poca euforia integracionista por la que atraviesan ciertos Estados miembros.

En cambio, otras alternativas más modestas podrían suscitar más fácilmente el consenso de los Estados en la medida en que tendrían objetivos limitados: por ejemplo, codificar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a ciertos derechos sociales, reforzar la libre circulación de personas en condiciones satisfactorias de seguridad y de justicia en el interior de la Unión teniendo cuenta de la existencia de fronteras externas comunes, y afianzar el carácter democrático de la Unión con vistas a la ampliación.

21. En primer lugar, ciertas disposiciones del Tratado relacionadas con los derechos fundamentales serían modificadas a fin de adaptarlas a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a las nuevas realidades sociales.

- se podría pues ampliar la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad (art. 6 CE) para cubrir en un nuevo artículo 6a, que no tendría efectos directos, la prohibición de discriminación basada en el sexo, la raza, origen étnico o social, creencias religiosas, edad, etc, y
- se especificaría y desarrollaría el principio de igualdad de trato y de salario entre el hombre y la mujer a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (art. 119) (86)
- se incluirían en las disposiciones comunes el derecho a la información y transparencia, y el derecho a la protección del medio ambiente.

(86) Por ejemplo el asunto C-450/93, *Kalanke*, Rec. 1995-I, p. 3051.

22. En segundo lugar, es indudable la necesidad de reforzar las fronteras exteriores comunes. En este sentido, las discusiones habidas en el seno de la conferencia intergubernamental indican que la gran mayoría de los Estados están de acuerdo en que los condicionamientos institucionales previstos en el Título VI del TUE han convertido en imposible una acción eficaz de la Unión en el ámbito de la cooperación en los asuntos interiores y de la justicia.

Para remediar esta situación se ha sugerido la integración del acuerdo de «Schengen» en el pilar comunitario y la elaboración de medidas complementarias para hacer realidad la supresión de los controles en las fronteras entre los Estados miembros. Algunas de estas medidas se referirán necesariamente a las normas que rigen el cruce de las fronteras exteriores, la política de inmigración, la política de asilo, y la política relativa a los nacionales de terceros Estados. Tal vez se necesite una armonización de la política de visados y de las medidas que combatan el terrorismo, las drogas, y el crimen internacional organizado. Es indudable que la adopción de estas medidas ha de realizarse cumpliendo y garantizando los derechos fundamentales que figuran en los instrumentos internacionales relativos al estatuto de refugiados, al asilo, a las minorías y a las personas desplazadas. Una referencia en el Tratado a estos derechos fundamentales sería conveniente.

23. Finalmente se podría aprovechar la próxima ampliación de la Unión para reafirmar sin ningún género de dudas el carácter democrático de la Unión. Este objetivo podría lograrse mediante la introducción en los Tratados de las disposiciones siguientes:

- el primer párrafo del artículo F podría ser modificado para precisar en el dispositivo del tratado el carácter democrático de la Unión, fundamentado en los principios de libertad, de democracia y de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y del Estado del Derecho,
- el artículo O contendría una referencia explícita al requisito de cumplimiento, por parte de todo Estado europeo aspirante a convertirse en miembro de la Unión, de las exigencias democráticas previstas en el nuevo dispositivo del artículo F,
- se podría incluir un nuevo artículo (Fa) que estableciera un mecanismo de sanción y de suspensión de la calidad de miembro de la Unión en el caso en que un Estado viole gravemente los princi-

pios sobre los que la Unión se fundamenta. Sería aconsejable que el mecanismo de sanción y suspensión se conformara a los cánones institucionales clásicos del Tratado (iniciativa de la Comisión, dictamen conforme del Parlamento y control del Tribunal de Justicia), y

- se precisaría en un nuevo artículo (¿3c CE/art. F2?) el alcance de la obligación de respeto de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario tal y como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de justicia.

CONCLUSIÓN

El sistema de protección de los derechos humanos en el marco de la Unión Europea refleja más que ningún otro campo las contradicciones características de la integración europea entre su capacidad de evolucionar a pequeños pasos y su resistencia a cambios constitucionales más audaces.

En materia de derechos fundamentales la táctica de los «cambios parciales, limitados y comprobados» (87) no satisface las exigencias de una Unión con competencias políticas cada vez más importantes en materia de derechos individuales, de la Europa de la moneda única y del espacio de libertad, de seguridad y de justicia reforzado que persiguen los responsables de la Conferencia intergubernamental que revisa los Tratados.

Aunque es verdad que en todo proceso de integración el factor humano es el que ofrece mayores resistencias, ha llegado el momento de los cambios constitucionales audaces para suprimir el déficit democrático en materia de derechos fundamentales de la Unión.

(87) Véase A. MANGAS MARTÍN, «La dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea, reflexiones generales críticas», en *Estudios en Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid 1993, p. 1055, p. 1057.