

# EL CAMINO HACIA LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL AMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

José Antonio Sánchez Santana\*

## RESUMEN

El presente trabajo expone brevemente el camino recorrido por los Tratados de la Unión Europea, sus Instituciones y la pugna por la creación de un catálogo positivado de derechos humanos y libertades fundamentales, fruto de ello, la remisión jurídica del Tratado de la Unión Europea a la Carta de los Derechos Fundamentales eleva su estatus a derecho primario. Este significativo acontecimiento, junto a la inminente adhesión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha supuesto el inicio de un nuevo periodo de integración política que dirige sus pasos hacia la consecución de los objetivos que algunos autores han denominado “comunidad Constitucional”<sup>1</sup>.

## ABSTRACT

This study briefly exposes the road traveled by The European Union’s treaties, institutions and the battle towards the creation of a positive catalog of human rights and fundamental freedoms. As a result, the European Union Treaty’s legal referral to the Charter of Fundamental Rights elevates its status to substantive right. This significant event together with the imminent accession to the European Agreement for the defense of the human rights and fundamental freedoms has suggested the start of a new political integration cycle that leads its steps to reach the goals which have been called “Constitutional Community” by some authors.

## PALABRAS CLAVES

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- Dictamen 2/94.- Memorándum de La Comisión.- Protocolo de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.- Carta Europea de Derechos Fundamentales.

## KEYWORDS

European Agreement for the Defense of Human Rights and Fundamental Freedoms – European Human Rights Court - Court of Justice of the European Union – 2/94 Ruling – Commission Memo – European Human Rights Agreement’s accession protocol – European Charter of Fundamental Rights.

\* Letrado y miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga. Doctorando en Derecho Constitucional Europeo por la Universidad de Granada.

1. Vid. CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción europea y su valor en el Tratado Constitucional.” Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 4, p. 2, 2005; HÄBERLE, Peter: “Europa como comunidad constitucional en desarrollo.” Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1. 2004.

## 1. LOS TRATADOS FUNDACIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Un nueve de mayo de 1950 Robert Schuman, diseñó las líneas maestras del que más tarde habría de ser el tan renombrado plan Schuman, para ello contó con la inestimable colaboración de Jean Monnet. Ese día, conmemorado y considerado como el nacimiento de una nueva Europa, diseñó un nuevo modelo de organización basado en la pacífica convivencia y buenas relaciones de los pueblos Europeos. Es el germen donde brotará la actual Unión Europea que emerge de las cenizas, alimentada por la necesidad de olvidar y abandonar la lucha entre los pueblos europeos. Dos guerras mundiales fueron argumentos suficientes para comprender que necesariamente había de lograrse un sistema de convivencia que uniese a Europa a través del pacífico diálogo consensual. Este es el origen y fundamento de los primeros Tratados fundacionales de la Unión Europea, la CECA y más adelante el EURATOM; se creó un mercado que permitió sustraer el monopolio y control estatal sobre las materias primas esenciales de la industria armamentística, el carbón, el acero y la energía atómica.

Estos Tratados tienen, sin embargo, un origen internacionalista que sostiene al Estado como sujeto privilegiado en detrimento del ciudadano. El gobierno del Estado en uso del *ius contrahendi* celebra los Tratados y ostenta el *ius legationis* en la representación internacional del Estado; por ello es considerado sujeto central y ostenta la responsabilidad internacional por las obligaciones contraídas. De este modo se ha ido construyendo un ente supranacional que se nutre de las aportaciones de los estados miembros a través de la cesión del ejercicio de competencias constitucionales, conformando un ordenamiento jurídico autónomo, dotado de instituciones eficaces y con el cual compartimos parcelas de soberanía tradicionalmente asumidas de forma unilateral por los Estados.

Esta relación tan particular que Europa mantiene

con sus Estados integrantes va más allá de las elementales relaciones internacionales que operan a través de los Tratados. Sus normas jurídicas producen efectos directos sobre los ciudadanos de los Estados miembros<sup>2</sup>, priman en su aplicación sobre las normas jurídicas internas<sup>3</sup> y vinculan a las instituciones nacionales en su cumplimiento, conformando al juez nacional ordinario como garante y aplicador del ordenamiento jurídico europeo<sup>4</sup>.

Sin embargo, la protección de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento comunitario como derecho positivado es algo realmente muy reciente. La creación de un mercado común implicaba un espacio económico con una frontera exterior delimitada y sin fronteras internas donde capitales, bienes y servicios circularan sin obstáculos. Sobre este concepto de mercado se instituyeron las tradicionales libertades fundamentales de circulación, residencia y establecimiento. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en lo sucesivo TJUE- se mostró desde temprano muy garantista en la defensa y fomento de las libertades fundamentales, como no podía ser de otra forma, a tenor de las necesidades de existencia y eficacia de la comunidad económica así creada.

## 2. CAMINANDO HACIA UNA COMUNIDAD CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

Una característica esencial de los derechos humanos y libertades fundamentales es constituir controles y límites al poder, creando una esfera de protección que no admite injerencias arbitrarias de los poderes públicos. El carácter internacionalista de los tratados fundacionales europeos asumían como plenipotenciario al Estado conforme a la regla *par in parem non habet imperium* y, por tanto, el ejercicio de sus relaciones no se hallaban sometidas a los clásicos controles y límites constitucionales. Todo ello por ausencia de regulación jurídica en un ordenamiento que promulgaba su plena autonomía y no admitía injerencias de otros

2. Vid. STJCE de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec. p. 3)

3. Vid. STJCE de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa/E.N.E.L. (6/64, Rec. p. 1253)

4. Vid. STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629).

ordenamientos constitucionales; era así una especie de “oasis de actuación” no sujeto a los clásicos cánones constitucionales que caracterizan a una comunidad democrática y de Derecho, a pesar de que tal y como expone Mangas Martín,<sup>5</sup> el preámbulo de los tratados originarios proponían el objetivo de la “salvaguardia de la paz y la libertad”, difícilmente alcanzable sin el pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos.

Esta no deseable situación permitió que en una etapa inicial ni tan siquiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en lo sucesivo TEDH– admitiese a trámite demandas sobre vulneración de derechos contenidos en el Convenio, a pesar de que éste había sido adoptado por el Consejo de Europa (1950). El argumento esgrimido era que la Comunidad Europea no es parte integrante del Convenio.<sup>6</sup> La expansión y evolución posterior hacia límites de integración política seguramente no prevista por los tratados fundacionales junto a los derechos de ciudadanía<sup>7</sup> protegidos por las constituciones de los Estados Miembros, terminarían por dejar al descubierto las carencias jurídico-constitucionales del ordenamiento Comunitario.

La primera etapa de acercamiento del Tribunal de Justicia a la controvertida carencia de protección de los derechos fundamentales en los Tratados fue tímida y desacertada. Se consideraba no admisible cuestionar la validez de las disposiciones comunitarias por derechos

fundamentales que pertenecen a ordenamientos jurídicos nacionales,<sup>8</sup> pues éstos no se hallan delimitados en la literalidad de los Tratados y por tanto quedan fuera de sus competencias<sup>9</sup>; así y en este sentido, recientemente la Abogado General Sra. Christine Sticx-Hackl, en el asunto Omega<sup>10</sup>, aclaró que los motivos que llevaron al Tribunal de Justicia a admitir esta posición jurídica fueron justificados años más tarde en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>11</sup> –recurrir a normas nacionales para poner en entredicho la validez y autonomía del ordenamiento comunitario deterioraría su unidad y eficacia–. Bien es cierto que esto lo hace cuando ya ha sido construido pretorianamente el grueso de los cimientos doctrinales del ordenamiento comunitario con las sentencias, *Van Gend & Loos* (1963) –en cuanto al efecto directo– y *Flaminio Costa/E.N.E.L* (1964) en cuanto a la primacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre las disposiciones legales nacionales.

La ceguera de los Tratados<sup>12</sup> en la protección de los derechos fundamentales no podía sustraerse a la realidad por mucho tiempo, en tanto que las relaciones económicas del mercado único terminarían por afectar a estos derechos de los ciudadanos. Los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros garantes del respeto y protección de los derechos fundamentales en sus respectivos ordenamientos reaccionaron ante esta carencia de protección. Así el Tribunal Constitucional Federal Alemán

5. Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli (2008) (dir.), “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario, artículo por artículo,” Bilbao: Fundación BBVA, pág. 32.

6. Cfr. Vid. STEDH *Matthews contra Reino Unido*, Sentencia de 18 febrero 1999 TEDH 1999/9, apartado 32.

7. MANGAS MARTÍN, Araceli, op. cit., nota pie de pág. 4.

8. Vid. Sentencias del Tribunal de Justicia, de 4 de febrero de 1959, *Stork y Cía/Alta Autoridad* (1/58, Rec. p. 45), y de 1 de abril de 1965, *Sgarlata y otros/Comisión* (40/64, Rec. p. 279).

9. Vid. AGUDO ZAMORA, M. (2005). “La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4. , pág. 387.

10. Vid. Conclusiones de la Abogado General, Sra. Christine Sticx-Hackl, presentadas el 18 de marzo de 2004, Asunto C-36/02, OMEGA, en particular los párrafos, 68 y 69.

11. Vid. sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH* (11/70, Rec. p. 1125), apartado 3.

12. La expresión utilizada ceguera de los tratados, es acuñada de la utilizada por el profesor alemán Hans Peter Ipsen con respecto a la falta de asunción en los tratados de las regiones o entes sub-estatales como los Länder, calificándolo como ceguera federal de los tratados. Ipsen, H.P., «Als Bundesstaat in der Gemeinschaft», en aa.vv., *Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, 1966, pp. 228 y ss. Vid. también, las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 12 de enero de 2006, Asunto C-417/04 P Región Siciliana contra Comisión de las Comunidades Europeas, ap 46 y nota a pie de página 39.

(1967)<sup>13</sup> declaró que podría controlar los Reglamentos comunitarios que no respetasen los derechos fundamentales amparados por la ley fundamental de Bonn; dos años más tarde el Tribunal de Justicia, quizás como respuesta a las inquietudes manifestadas por los Tribunales Constitucionales, inició con el asunto Erich Stauder contra Stadt Ulm – Sozialamt,<sup>14</sup> su actividad pretoriana en la construcción de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico de la entonces Comunidades Europeas.

El breve relato del asunto Stauder suscitado ante al Tribunal de Justicia refiere que la Comisión tras un excedente en la producción de mantequilla, autorizó la venta a un precio económico a ciudadanos necesitados, aunque exigía que se presentasen ciertos cupones de asistencia social con el nombre del beneficiario; el Sr. Stauder consideró que incluir su nombre en este cupón vulneraba los valores de su dignidad humana, lo que motivó que el Tribunal alemán de Stuttgart presentara una cuestión prejudicial al TJCE interrogándolo sobre si esta medida era compatible con los principios generales del ordenamiento comunitario. El Tribunal de Justicia razonó que a pesar de no hallar en la disposición controvertida nada que afectase a los derechos humanos fundamentales, éstos se encuentran consagrados en los principios generales del derecho y protegidos por el Tribunal de Justicia<sup>15</sup>.

Esta sentencia, calificada de histórica por la doctrina, abre y sienta las bases en la protección jurisprudencial del TJCE de los derechos fundamentales a través de los principios generales del derecho Comunitario, apertura y cambio jurisprudencial confirmado un año más tarde en las sentencia Internationale

Handelsgesellschaft<sup>16</sup> y consolidado en la sentencia Nold/Comisión (1974).<sup>17</sup>

Paralelamente a esta situación, en Europa se hallaba vigente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -en lo sucesivo CEDH- adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y en vigor desde 1953, que incorporaba al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como garante jurisdiccional de los derechos en él proclamados. Este Convenio, a su vez, remitía a la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada solemnemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

El TEDH, en un primer periodo establecido hasta finales de los años setenta, inadmitía a trámite por falta de competencia las demandas que le eran presentadas cuando los actos de la Comunidad europea vulneraban derechos fundamentales, ya que consideraba -no sin razón- que las instituciones comunitarias no eran parte del CEDH. Esta interpretación, en rigor ius internacionalista, dejaba sin protección a los ciudadanos nacionales de los estados miembros signatarios del Convenio cuando interactuaban con las entonces Comunidades Europeas.

La Sentencia del TEDH en el caso Matthews<sup>18</sup> supuso un punto de inflexión a una etapa de vacilaciones que venía a poner en orden las situaciones anteriores. Aunque reitera que las instituciones comunitarias no pertenecen al CEDH, los estados partes del Convenio no pueden eludir sus obligaciones de respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales por haber cedido parte de sus competencias a una organización internacional -la cesión de

13. Vid. Auto del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de octubre de 1967. En este sentido Cfr. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. (2008) “El reto constitucional de la Unión Europea en tiempos post-constitucionales” Boletín de la Academia Vasca de Derecho, Año 6, nº. 15, Pág. 38.

14. Vid. STJCE de 12 de noviembre de 1969. - Erich Stauder contra la ciudad de Ulm - Sozialamt. - Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Stuttgart - Alemania. - asunto 29/69. Recopilación de Jurisprudencia 1969 página 00419

15. Ibidem., ap. 24 “cuando una decisión única se dirige a todos los Estados miembros se hace necesario una aplicación uniforme y, por ende la interpretación uniforme hace que sea imposible considerar una versión del texto de manera aislada sino exige que sea interpretado en función tanto de la voluntad real de su autor. La disposición en cuestión no contiene nada que puede menoscabar los derechos humanos fundamentales consagrados en los principios generales del Derecho comunitario y protegidos por el tribunal”

16. Vid. sentencia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH (11/70, Rec. p. 1125), apartado 4.

17. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974, Nold/Comisión (4/73, Rec. p. 491, apartado 13.

18. Vid. STEDH de 18 de Febrero de 1999, Matthews/Reino Unido, Serie A, demanda n.º 24833/94.

competencias no implica que con ese acto desaparezca la responsabilidad contraída de respeto a los derechos garantizados por el Convenio-.

La confluencia y acercamiento del Tribunal de Justicia al CEDH como criterio de interpretación en la defensa de los derechos y libertades fundamentales alcanza su punto álgido con la sentencia Roland Rutili<sup>19</sup>. El Tribunal limita el poder de los Estados para expulsar a un ciudadano esgrimiendo razones de orden público; en el apartado 32 de la sentencia estimó que de los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH se extrae el principio general que limita el poder de los estados en el control de la inmigración: “ninguna restricción en aras de la seguridad nacional o seguridad pública se realizará en los derechos garantizados por los artículos antes citados que no sean necesarias para la protección de esos intereses en una sociedad democrática”. De ahí que toda limitación a la libertad de circulación y residencia por razones de orden público, adoptado por un Estado miembro, debe basarse “exclusivamente en el comportamiento personal del individuo que suponga una amenaza real y suficientemente grave.”

Las SSTJCE Kremzow<sup>20</sup> y Annibaldi<sup>21</sup> constituyen uno de los momentos de máxima

aceptación del tribunal al CEDH; no en vano en el asunto Kremzow el tribunal austriaco interrogó al TJCE directamente sobre el asunto, éste en el apartado 14 de su sentencia<sup>22</sup> declaró que la protección de los derechos fundamentales se hallan en los principios generales del ordenamiento comunitario y el criterio que inspira al tribunal son las tradiciones constitucionales de los estados miembros y en particular los tratados internacionales que garantizan los derechos humanos suscritos o que se adhieren los estados miembros. El CEDH tiene en ese sentido “una significación particular” de tal forma que “no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera.”<sup>23</sup>

En su evolución posterior, la labor pretoriana del TJCE ha ido configurando ad casum<sup>24</sup> la protección jurisdiccional de los derechos y libertades que disfrutaban los ciudadanos de la Unión Europea en su ámbito de atribución competencial; esto llevó a que de nuevo el Tribunal Constitucional Federal alemán, el 22 de octubre de 1986, reconociera al Tribunal de Justicia el carácter de Juez legal en el sentido de la Constitución alemana<sup>25</sup> y proclamase su renuncia a controlar las disposiciones comunitarias en tan-

19. Vid. STJCE de 28 de octubre de 1975. Asunto 36-75. Roland Rutili contra Ministro del Interior. Petición de decisión prejudicial del Tribunal administratif de Paris - Francia, limitaciones a la libre circulación y residencia por Orden Público. Recopilación de Jurisprudencia 1975 página 01219, edición especial española página 00317.
20. Vid., CHUECA SANCHÓ, Ángel. (2003). Por una Europa de los derechos humanos: la adhesión de la UE a la Convención de Roma, pág. 10: el autor destaca la relevancia de estas dos Sentencias. STJCE (Sala Quinta) de 29 de mayo de 1997. Asunto C-299/95, Friedrich Kremzow contra Republik Österreich. Petición de decisión prejudicial, Oberster Gerichtshof - Austria. Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-02629. Ap.14
21. Ibidem, STJCE (Sala Primera) de 18 de diciembre de 1997. Asunto C-309/96. Daniele Annibaldi contra Sindaco del Comune di Guidonia y Presidente Regione Lazio. Rec. 1997 página I-07493. ap 13.
22. STJCE (Sala Quinta) de 29 de mayo de 1997, asunto C-299/95, Friedrich Kremzow contra Republik Österreich. Apartado 14.
23. Los términos que utiliza el Tribunal equivalen a una declaración plena de aceptación al CEDH con carácter vinculante, clara y concisamente expresada.
24. V.gr., entre otras sentencias relevantes: La dignidad humana (Casagrande, Recop. 1974, 773); El principio de igualdad (Klöckner-Werke AG, Recop. 1962, 653); La prohibición de la discriminación (Defrenne/Sabena, Recop. 1976, 455); La libertad de asociación (Gewerkschaftsbund, Massa..., Recop. 1974, 917, 925); La libertad religiosa y de confesión (Prais, Recop. 1976, 1589, 1599); privacy (National Panasonic [1980] ECR 2033, 2056 et seq.); La protección de la esfera privada (National Panasonic, Recop. 1980, 2033, 2056 y ss.); El secreto médico (Comisión/República Federal de Alemania, Recop. 1992, 2575); El derecho a la propiedad (Hauer, Recop. 1979, 3727, 3745 y ss.); La libertad de ejercicio de una profesión (Hauer, Recop. 1979, 3727); La libertad de comercio (Intern. Handelsgesellschaft, Recop. 1970, 1125, 1135 y ss.); La libertad económica (Usinor, Recop. 1984, 4177 y ss.); La libre competencia (Francia, Recop. 1985, 531); El respeto de la vida familiar Comisión/Alemania, Recop. 1989, 1263); El derecho a una protección jurídica eficaz ante los tribunales y a un proceso justo (Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Recop. 1986, 1651 y ss., 1682; Pecastaing/Bélgica Recop. 1980, 691 y ss., 716); La inviolabilidad del domicilio (Hoechst AG/Comisión, Recop. 1989, 2919); La libertad de expresión y de publicación (VBVB, VBBB, Recop. 1984, 9 y ss., 62 Fuente: [http://www.europarl.europa.eu/factsheets/2\\_1\\_1\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/2_1_1_es.htm)
25. Cfr. WÖLKER, Ulrich. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. (1987). “Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986.” Revista de Instituciones Europeas. Vol. 14, nº 3, Págs. 667-686.

to que los derechos fundamentales sean garantizados por el Tribunal de Justicia.

### 3. LA INTEGRACIÓN EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

De otro lado, las Instituciones de las entonces Comunidades Europeas fueron definiendo su posición planteando declaraciones formales al respecto. El Parlamento Europeo emitió una declaración que fue adoptada en Luxemburgo por la Comisión, el Consejo y el Parlamento el 5 de abril de 1977,<sup>26</sup> en cuanto a la necesidad de establecer en los tratados la protección de los derechos fundamentales; el Consejo (1978) hizo lo propio declarando el respeto a los derechos humanos en el ámbito comunitario. Esta Declaración se ampliaría más tarde (1989) por una resolución que solicita la adhesión formal de las instituciones y Estados a la declaración y añade una lista general de derechos fundamentales.

Apenas habían transcurrido 19 días del fallecimiento de Jean Monnet cuando la Comisión, el 4 de abril de 1979, elaboró un Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio<sup>27</sup>. El ideal buscado es la existencia en los Tratados de un catálogo positivado de derechos y libertades fundamentales, pero ante su inexistencia, la adhesión al CEDH constituye la mejor opción para proteger los derechos fundamentales en el ámbito comunitario y un primer paso hacia la consecución de los objetivos de dotar a los

tratados de un catálogo de derechos y libertades fundamentales.

Fue sin embargo la Comunicación de la Comisión al Consejo (1990)<sup>28</sup> la que motivó la iniciativa del Consejo para la adhesión al CEDH; éste propuso la posibilidad de establecer una integración al CEDH vía remisión interpretativa en un claro estilo similar al artículo 10.2<sup>29</sup> de la Constitución Española. Algunos autores<sup>30</sup> afirman que esta opción hubiese dado lugar a una interpretación diferencial del Tribunal de Justicia al TEDH por no existir vínculo jurídico obligatorio y por tanto se producirían como consecuencias indeseables una doble y diferente jurisprudencia del CEDH. Lo cierto es que el TJCE siguió interpretando los derechos fundamentales a partir de los años 70 conforme al Convenio Europeo, ateniéndose de forma muy cercana a la línea jurisprudencial del TEDH; por otro lado, la aceptación al CEDH, aunque sea vía remisión interpretativa como el 10.2 de la Constitución Española, hubiese vinculado al TJCE a la doctrina del TEDH<sup>31</sup> como ocurre con la vinculación que proclama nuestro Tribunal Constitucional<sup>32</sup>.

El Consejo previo a realizar negociaciones con terceros Estados miembros del CEDH que hubiese supuesto modificaciones del Convenio, decidió el 26 de abril de 1994 hacer uso del apartado 6 del artículo 228 Tratado de la Comunidad Económica Europea<sup>33</sup> y solicitar un Dictamen al Tribunal de Justicia<sup>34</sup> sobre si la adhesión de la Comunidad Económica Europea

26. Vid. DO C 103, p. 1; EE 01/02, p. 67.

27. Vid. Adopción por la Comisión de un Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de abril 1979 Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 2 de 1979

28. Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción (1996): "Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?", Revista de Instituciones Europeas, p.818.

29. Cfr. HERMIDA DEL LLANO, Cristina: prólogo de Mario G. Losano (2005): Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Rubí Barcelona, Editorial Anthropos, pág. 189.

30. Ibidem., pág. 191; LLOPIS CARRASCO, Ricardo Miguel: "Constitución europea: un concepto prematuro: análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de 'carta constitucional básica'", pág. 227.

31. Cfr., entre una abundantísima jurisprudencia: STJCE Advocaten voor de Wereld, asunto C-303/05 apartado 50; STJCE Ordre des barreaux francophones y germanophone y otros, asunto C-305/05, apartado 31: 31. STJCE Österreichischer Rundfunk y otros apartado 83, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

32. Cfr., Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 303/1993 de 25 octubre RTC 1993\303, FJ.8: La anterior doctrina la ha venido a corroborar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

33. Corolario actual Artículo 218. apartado 11. TFUE: Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto.

34. Dictamen 2/1994 del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 1996.

(CEE) al CEDH era compatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

El Tribunal concluyó que no existía disposición normativa en el Tratado ni tampoco se derivaba de los poderes implícitos que permitiese a la Comunidad llegar a acuerdos internacionales en materia de derechos humanos; por tanto, en principio, el cauce adecuado hubiese sido el artículo 235 del Tratado o la cláusula de poderes subsidiarios, pero al analizar el artículo 235<sup>35</sup> constató que las competencias que las Comunidades Europeas poseen, son las cedidas por los Estados y por tanto se hayan limitadas. Lo contrario sería utilizar el Tratado para ampliar competencias obviando la vía necesaria de reforma de los Tratados.<sup>36</sup> El respeto y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales –concluía el Tribunal– se encuentran en las tradiciones constitucionales comunes y en diversas disposiciones del tratado y “según reiterada jurisprudencia, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”.

El dictamen no paralizó los avances hacia los objetivos de adhesión al CEDH planteados en el Memorándum de la Comisión y los sucesivos Tratados incorporaron en gran medida la jurisprudencia del TJCE. Así, el Tratado de Maastricht añadió un artículo F.2 declarando que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del derecho Comunitario –fiel reflejo de la jurisprudencia del TJCE–. Sin embargo, este artículo no dejaba de ser más que un ilusorio “canto al sol”, pues se veía limitado por el artículo L según el cual el

Tribunal de Justicia no tenía competencia sobre lo dispuesto en el artículo F.2. El Tratado de Ámsterdam sustituyó a su anterior y racionalizó el artículo F.2 al incorporar un nuevo artículo 6.2 y solucionar el problema de competencia del Tribunal modificando el artículo 46 del Tratado. En lo sucesivo el TJCE tendría competencia para conocer del incumplimiento de los derechos fundamentales por parte de las instituciones.

El Tratado de Niza completó la disposición introducida en el de Ámsterdam referente a posibles violaciones de principios fundamentales por parte de los Estados, añadiendo una disposición preventiva: “si se constatará la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los derechos fundamentales y dirigirle recomendaciones adecuadas.” Aunque no hubo cambio en Niza en cuanto a la relación con el CEDH, sí fue proclamada solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en adelante CDFUE–, por los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, aunque como mera declaración política sin efecto jurídico obligatorio alguno.

La CDFUE representa el anhelo de aquel Memorándum de La Comisión que se hacía eco del sentir de las instituciones de la Unión, la positividad en un solo texto jurídico de los derechos civiles y políticos clásicos, así como los derechos económicos y sociales. La Convención encargada de su redacción, presidida por el presidente Herzog,<sup>37</sup> plasmó en el texto las tradiciones constitucionales comunes, los derechos sociales de la Carta Social Europea, los principios generales recogidos en el CEDH y los derivados de la jurisprudencia de su Tribunal.<sup>38</sup>

35. El Tribunal se expresaba así, “la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del 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” y supondría “una envergadura constitucional que sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235.”

36. Llama la atención del parecido argumental con la declaración del Tribunal Constitucional español con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht y la contradicción manifiesta con el tenor literal del artículo 13.2 CE, el Tribunal Constitucional argumentaba que el artículo 93 CE era el cauce de entrada en las Comunidades Europeas pero no daba el poder de revisión constitucional para reformar la antinomia del texto del artículo 13.2 CE con el Tratado de Maastricht.

37. Roman Herzog (n. en Landshut, Baviera, 5 de abril de 1934), profesor universitario, fue presidente del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe y presidente de Alemania desde 1994 hasta 1999.

38. Cfr. CÁMARA VILLAR, Gregorio. (2005). “Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción europea y su valor en el Tratado Constitucional.” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 4, p. 17. Su autor se expresaba en estos términos: “En este proceso, los cambios en el Derecho originario se efectúan precisamente mediante la incorporación de los elementos jurídicos de protección de los derechos fundamentales previamente construidos y articulados por la jurisprudencia del TJCE”.

El inédito Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa incorporaba la Carta con pleno valor de derecho primario, tras el fracaso y deslegitimación que aconteció en los referendos de Francia y Países Bajos sucedió una etapa de reflexión que desembocaría en el actual Tratado de la Unión Europea -en adelante TUE- consolidado según el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

El Tratado de Lisboa dispone un reenvío a la CDFUE “con una remisión al limbo jurídico”,<sup>39</sup> aunque afortunadamente con fuerza jurídica de derecho primario; por otro lado se añade a la disposición contenida en el artículo 6 un apartado 2 que conmina a la Unión a adherirse al CEDH y deja un apartado 3 que recoge la anterior disposición establecida en Maastricht que refleja la anterior jurisprudencia del actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea; por último, para completar las exigencias contenidas en el célebre Dictamen del TJCE se añade en el Título VI del TUE una disposición final en el artículo 47: “La Unión tiene personalidad jurídica”.

El Protocolo número 8 al TUE y al TFUE, de 13 diciembre 2007 (RCL 2009\2301) relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al que se remite de forma imperativa el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, se incorpora como anexo al Tratado de la Unión

Europea (TUE) y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), con 3 artículos<sup>40</sup> que delimitan el proceso de integración al CEDH, el primero de ellos trata de preservar las características de La Unión y su ordenamiento jurídico en cuanto a la participación en los órganos de control del CEDH, asimismo establece la necesidad de acordar un sistema de recursos que permitan su correcta presentación; el segundo artículo precisa que la adhesión no afectará a las competencias atribuidas ni a las instituciones y en particular que deberá guardarse debido respeto a las situaciones particulares de los estados que hayan mostrado reservas al CEDH, el tercero y último de los artículos establece una reserva sobre el artículo 344 del TFUE,<sup>41</sup> ello supone una cláusula de cierre que preserva la autonomía del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como sumo garante e interprete de los Tratados y el ordenamiento de la Unión Europea.

El círculo se ha cerrado: los anhelos del Memorandum de La Comisión Europea, las solemnes proclamaciones del Consejo y el Parlamento, el Dictamen del Tribunal de Justicia..., sólo resta la efectiva adhesión al Convenio. En éste sentido, el Consejo Europeo de 11 de diciembre de 2009 elaboró el programa de Estocolmo que prevé la rápida adhesión de la Unión al CEDH. Fruto de ello, la Comisión Europea presentó un proyecto de Decisión del Consejo para ser autorizada a negociar el acuerdo de adhesión. En el lado del CEDH, el pasado 26 de mayo de 2010, el Comité de Ministros

39. BALAGUER CALLEJON, Francisco. “El Tratado de Lisboa en el contexto del proceso de constitucionalización de la Unión Europea” (2009), Master en derecho constitucional europeo, Universidad de Granada.

40. Cfr. Artículo 1. El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado en lo sucesivo «Convenio Europeo»), contemplada en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a:

a) Las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo;  
b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

Artículo 2. El acuerdo a que se refiere el artículo 1 garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57.

Artículo 3. Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

41. Artículo 344 TFUE. (antiguo artículo 292 TCE) Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.

del Consejo de Europa concedió un mandato expreso a su Comité Director de Derechos Humanos para elaborar conjuntamente con la UE el instrumento jurídico necesario para la adhesión. Por último, el 4 de junio de 2010 los ministros de Justicia de la UE concedieron la autorización a la Comisión para que dirija las negociaciones de adhesión al Convenio.

Las conversaciones oficiales para la adhesión se iniciaron el pasado 7 de julio de 2010. El secretario general del Consejo de Europa, Thorbjorn Jagland, junto a la vicepresidenta de la Comisión y Comisaria de Justicia Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Viviane Reding,<sup>42</sup> se reunieron en una primera toma de contacto con objeto de establecer las bases desde donde avanzar en el proceso de adhesión del modo más eficaz y coherente posible, “identificando lagunas y asegurando la coherencia entre los enfoques del Consejo de Europa y la Unión Europea” -expuso la Secretaria de la Comisión-.

El Parlamento Europeo no será un mero actor presencial, ya que el acuerdo de autorización dispone que será informado puntualmente de todas las negociaciones<sup>43</sup>; asimismo, el Consejo deberá obtener el consentimiento del Parlamento Europeo para concluir el acuerdo de adhesión<sup>44</sup>; y una vez finalizadas las negociaciones y perfilados todos los aspectos esenciales de la adhesión el Comité de Ministros del Consejo de Europa y el Consejo de la Unión, por unanimidad firmaran el acuerdo de adhesión formal al CEDH, declarando el pleno sometimiento del ordenamiento y sus instituciones a los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el Convenio. La adhesión deberá ser ratificada por las 47 Altas partes contratantes, y en ese histórico momento

la Unión Europea se convertirá en el miembro nº 48 del Convenio aportando un nuevo juez al Tribunal de Estrasburgo.

#### 4. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

En 1999 el Consejo Europeo de Colonia concertó que se elaborase la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión para permitir “poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”. El camino recorrido hasta su reenvío normativo desde el actual TUE estuvo plagado de extraños temores que la desdibujaban como una mera declaración política; afortunadamente, el artículo 6 del TUE, en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, introdujo un apartado 1 que reconoce los derechos, libertades y principios contenidos en la CDFUE con valor jurídico de derecho primario, la cual deberá de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el Título VII de la Carta y atendiendo a las explicaciones oficiales elaboradas por el Praesidium de la Convención.

La CDFUE opera con exclusividad y delimitación al ámbito de las competencias atribuidas a la Unión con pleno respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>45</sup>; por tanto no sustituye, lesiona o amplía los derechos fundamentales protegidos por las Constituciones nacionales de los Estados miembros. El juez nacional vendrá obligado a aplicarla en sus resoluciones cuando exista vínculo jurídico con el ordenamiento de la Unión Europea, aunque ello no obsta su uso por los tribunales nacionales como un valioso criterio hermenéutico para la aplicación de los preceptos constitucionales

42. La Sra. Viviane Reding en nota de prensa destacó que “La UE debe desempeñar un importante papel al seguir reforzando el sistema del Convenio sobre los Derechos Fundamentales. Ya disponemos de nuestra propia Carta de Derechos Fundamentales, que representa la más moderna codificación de derechos fundamentales del mundo. Éste es el mejor punto de partida para un acuerdo satisfactorio entre las partes negociadoras”, por su parte, Jagland expuso que, “al aceptar someter el trabajo de sus instituciones a las mismas normas sobre los Derechos Humanos y al mismo examen aplicado a todas las democracias europeas, la UE “envía un mensaje muy potente, que Europa está cambiando, y que los más influyentes y los más poderosos están dispuestos a aceptar su parte de responsabilidad en y para este cambio”.

43. Conforme a lo establecido en el apartado 10 del artículo 218 TFUE

44. Ibidem. (Apartado 6 incisos a) , ii)

45. Vid., apartados 1 y 2 del artículo 5 TUE, 7 del TFUE y artículo 51.1 CDFUE.

tuteladores de los derechos fundamentales<sup>46</sup>, e incluso a través de los derechos de igualdad y no discriminación que asisten a las tradiciones constitucionales comunes, que influenciadas podrían elevar el nivel de protección de sus nacionales en cuanto a situaciones jurídicas idénticas que aconsejen una necesaria igualdad de trato<sup>47</sup>.

El ámbito de protección de la Carta alcanza a los derechos humanos y libertades fundamentales recogidos en el CEDH e interpretados conforme al desarrollo jurisprudencial que ha sido objeto por parte del Tribunal de Estrasburgo, y refleja respetando plenamente el modelo social europeo y los derechos competenciales de la Unión Europea atribuidos por el tratado, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La Carta ratifica los derechos y principios procedentes de las tradiciones constitucionales comunes e incorpora derechos de corte novedoso en consonancia con los modernos avances tecnológicos y científicos: son los llamados derechos de tercera generación, tales como la protección de datos, determinadas garantías en materia de bioética, el derecho a

una administración eficaz y transparente, etc.. Además de un amplio catálogo de derechos y libertades fundamentales incorpora principios generales en materias diversas como igualdad y no discriminación, política social, ecología, derechos cívicos y justicia.

Una aproximación hermenéutica de la Carta nos conduce necesariamente al Título VII, que lleva por Título “Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta” y contiene los artículos 51 a 54 en cuanto al “Ámbito de aplicación; Alcance e interpretación de los derechos y principios; el Nivel de protección; y la Prohibición del abuso de derecho”. Junto a las explicaciones oficiales de la Carta<sup>48</sup> constituyen los límites y parámetros de interpretación de sus derechos. Detrás de la sencillez y claridad de sus 54 artículos se encuentra todo un cuerpo jurisprudencial de los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo que modulan y clarifican el sentido de estas disposiciones fundamentales.

Desde esta óptica, se cumple con el objetivo de limitar el ejercicio del poder de las instituciones

46. Cfr. Declaración Tribunal Constitucional 1/2004 FJ.6 “Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución «constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce», de suerte que habrán de tomarse en consideración «para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución»

47. Cfr. STS 10/06/2004 de lo Contencioso Administrativo, “obedece sin duda alguna a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 CE en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a otros estados miembros de la Unión Europea y de otros estados partes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles” En este mismo sentido, Vid. Dictamen del Consejo de Estado al proyecto del Real Decreto 240/2007 de 2 de noviembre de 2006, que transpone la Directiva 38/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro, que ya advertía al gobierno que “la diferencia de régimen jurídico de mayor rigor para los españoles, implica una situación menos favorable para éstos de los comunitarios, que carece de justificación.”

48. Estas explicaciones oficiales de obligado uso y que vinculan a las instituciones de la Unión Europea, por tanto al TJUE, (artículo 52.7 y preámbulo de la CDFUE), ha sido criticada por autores como HÄBERLE, Peter. (2008). “El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007,” ReDCE, nº 9, Traducción del alemán por Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “El comentario de los textos constitucionales es una misión de «todos» los intérpretes, sin que sus redactores puedan pretender arrogarse, para sí mismos, un papel especial.” -Efectivamente, un uso así tan delimitado puede dar lugar a una petrificación indeseada del derecho, por ello la misión que tienen encomendada los tribunales y la labor de la ciencia del derecho en su interpretación hace que éste se mantenga vivo y acorde con la realidad y el contexto social del tiempo en que ha de aplicarse la norma jurídica; es por tanto uno de los criterios interpretativos que “todos los intérpretes” tienen a su alcance para determinar el correcto entendimiento de estos derechos, acudir a la fuente y origen de la norma durante su promulgación.

Más recientemente, Vid., GAMBINO, Silvio: “Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales” Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 13. 2010. Disponible en el sitio Web <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/04Gambino.htm>. El autor se expresa así: “Desde tal perspectiva, será escasa la utilidad de las disposiciones, que prevén que los jueces de Luxemburgo y los nacionales deberán tener en debida consideración las ‘Explicaciones’, cuyo fin es facilitar orientaciones para la interpretación de la Carta. Una previsión solicitadora – esta última – que se puede prever destinada a la ineficacia sustancial, frente a la naturaleza intrínseca de la función de interpretación de las normas desempeñada por los órganos jurisdiccionales de la Unión; todo ello, sin necesidad de invocar la misma jurisprudencia de la Unión, ya disponible en la materia, e, incluso, la jurisprudencia del mismo juez, cuyo objetivo es asegurar que la interpretación de los jueces nacionales sea conforme a las disposiciones de la Unión.”

de la Unión por estar dirigida a las instituciones, órganos y agencias de la Unión y a los Estados nacionales dentro del respeto al principio de subsidiariedad en la medida en que son los aplicadores del ordenamiento comunitario. El régimen de limitaciones a los derechos de la CDFUE sigue la lógica constitucional de los derechos fundamentales que albergan las tradiciones constitucionales comunes nacidas de la posguerra; no hay derechos fundamentales absolutos<sup>49</sup>, pero cualquier limitación al derecho fundamental debe estar revestida de garantías<sup>50</sup> ya que éstas son las que le confieren verdadero valor. Estos límites deben tener sujeción a reserva de ley, cuestión que puede plantear problemas habida cuenta la confusión existente en las fuentes del derecho de la Unión Europea en el actual Tratado de Lisboa;<sup>51</sup> deberán respetar el contenido esencial del derecho y conforme al principio de proporcionalidad sólo podrán establecerse cuando fuese necesario y responda al objetivo perseguido de interés general de la Unión o encuentre sus límites en la colisión con otros derechos fundamentales en juego.

## 5. CONCLUSIONES

Los primeros Tratados de la actual Unión Europea sentaron las bases desde donde se avanzó en integración económica; la integración política de 502.489.143 millones de habitantes<sup>52</sup> precisa de mecanismos jurídicos que aseguren la paz social a través de técnicas constitucionales democráticas, un catálogo positivado de derechos humanos y libertades fundamentales con fuerza y rango

de derecho primario supone un gran paso, la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el mandato imperativo de adhesión al CEDH, vinculan y someten el poder de las Instituciones europeas a un derecho que nace para regular la convivencia de una sociedad democrática. Atrás queda la a menudo denominada “Europa de los mercaderes” y la de un esforzado TJCE que acude a las fuentes de los principios generales del Derecho y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros para garantizar los derechos fundamentales en la Unión Europea.

El CEDH vendrá a significar el criterio hermenéutico que inspirará al sumo intérprete de los Tratados de la Unión, su jurisprudencia comúnmente aceptada por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, retroalimentará y enriquecerá al Tribunal de Justicia, como ya viene haciéndolo con sus excelsas aportaciones a los Tribunales europeos conformando un verdadero patrimonio dogmático en la interpretación de los derechos y libertades reconocidos y amparados por el Convenio Europeo.

Ciertamente las dificultades económicas actuales empañan la voluntad política de avanzar en el proceso de constitucionalización europea, los defectos y miedos que quedaron al descubierto tras el rechazo al Tratado por el que se Instituiría una Constitución para Europa, desafortunadamente aun se mantienen, la vieja Europa sigue sin encontrar su verdadera voz e identidad común, el eje y la clave de este proceso lo revela acertadamente BALAGUER CALLEJON, F.,<sup>53</sup> “existe un desajuste democrático entre la deci-

49. Es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia que los derechos fundamentales no son absolutos y por tanto admiten modulaciones y restricciones justificadas por el interés general que se persiga, siempre que no constituya una intervención desmesurada e intolerable que afecte a su contenido esencial. Vid. la STJCE de 15 de junio de 2006, *Dokter y otros*, C-28/05, Rec. p. I 5431, apartado 75, y la STEDH *Fogarty c. Reino Unido* de 21 de noviembre de 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI, ap. 33.

50. Vid. Artículo 52.1 CDFUE

51. Cfr. Balaguer Callejón, F. “El sistema de fuentes en la Constitución Europea,” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 2, julio-diciembre de 2004, pp. 61-79.

52. Datos proporcionados por Eurostat para 2011, sobre 27 Estados Miembros, disponible en: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=tps00001&tableSelection=1&footnotes=yes&labeling=labels&plugin=1>.

53. Cfr. BALAGUER CALLEJON, Francisco. Reflexiones durante el master en Derecho Constitucional Europeo, Universidad de Granada, 2009, Cfr. Su trabajo “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”. *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº. 8. 2007. Su autor se expresa así: En realidad, la ciudadanía europea carece de un espacio constitucional de decisión. Por ese motivo, tampoco ha tenido la posibilidad de decidir, en cuanto ciudadanía europea, en este proceso de ratificación: España ha ratificado el Tratado mientras Francia no lo ha ratificado porque la ciudadanía ha actuado sobre un plano nacional y no en un ámbito europeo. En definitiva, seguimos en el marco de una ciudadanía fragmentada en la que el Estado más pequeño de la Unión, con unos pocos cientos de miles de habitantes, puede paralizar el avance constitucional de una población cercana a los quinientos millones de personas.

sión interna que se toma y el espacio europeo sobre el que se proyecta” es preciso avanzar en espacios europeos de decisión, los estados han de ser conscientes de que es necesario perder algo de la identidad propia estatal para asumir una identidad común europea y que necesariamente tenemos que procurar que el futuro sea un futuro sin intereses de los estados por encima de los intereses europeos, por que son los intereses que benefician al conjunto de los pueblos europeos. Sólo así podremos crear un espacio público de debate y discusión europeo, que permita crear una conciencia pública europea.

Estos hechos ponen de manifiesto la singular certeza en la teoría preconizada por DIETER GRIM,<sup>54</sup> ha de haber una comunidad política europea, de lo contrario no se darán los elementos sociales y políticos que generen la necesidad de un orden jurídico que regule ese espacio geográfico, no existen partidos políticos de ámbito europeo, no hay medios de comunicación de ámbito europeo, y hay diferencias de carácter lingüístico que dificultan la construcción de un espacio público europeo de discusión y de debate. Pero no debemos por ello ignorar los acertados y firmes pasos que se han dado en la construcción europea.

Las críticas euro-escépticas desdibujan los progresos en la protección de los derechos y libertades fundamentales como expresión del constitucionalismo democrático, de ahí que autores como BALAGUER CALLEJÓN,<sup>55</sup> indiquen que se desvirtúa el sentido del derecho constitucional cuando se dice que a través de él se promueve la creación de un superestado. “Introducir derecho constitucional en la Unión

Europea, no significa más poder político estatal, sino que lo que ya existe de poder estatal en la Unión Europea pase a ser democrático”

Cierto es que el camino está plagado de incertidumbres. Los desaciertos y conflictos estarán ahí; autores como Peter Häberle<sup>56</sup> se han hecho eco de ello indicando que en este sentido que “se espera mucho trabajo a la ciencia de los derechos fundamentales y a los Tribunales de todos los niveles”; pero es precisamente esta ciencia de los derechos fundamentales, basada en las tradiciones constitucionales comunes y la jurisprudencia de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, las que enriquecen esta joven e incipiente aún “comunidad constitucional de Derechos Fundamentales”<sup>57</sup>. Es la variedad de actores unidos por un sustrato común, el principium dignitatis<sup>58</sup>, la que enriquece y fomenta una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea.

“Pero cuando los humanos se han dado cuenta de que el tiempo ha frustrado muchas doctrinas pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien último es a través del libre intercambio de ideas, que el mejor test para la verdad es que la idea pueda ser aceptada en la competición del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse. Esa es al menos la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento como la vida entera es un experimento”<sup>59</sup>

54. GRIMM, Dieter. (1996). “¿Necesita Europa una Constitución?” Debats, Nº 55. Págs. 4-20

55. Ibidem. Cit. Supra nota a pie de página 52

56. HÄBERLE, Peter. (2008). “El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007,” Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 9, Traducción del alemán por Francisco Balaguer Callejón. Pág. 15.

57. Ibidem., pág. 17.

58. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: “La Carta de Derechos: algunos problemas” en Comentarios a la Constitución Europea / coord. por Vicente GARRIDO MAYOL, Susana GARCÍA COUSO, Enrique ÁLVAREZ CONDE, Vol. 2, 2004 (Los derechos y libertades / coord. por Enrique ÁLVAREZ CONDE, Vicente GARRIDO MAYOL), Pág. 47: “reposan sobre un fondo común compartido. La clave de ese fondo común que posibilita una interpretación armónica de un conjunto de declaraciones se halla en la comunidad de un sistema de valores y principios. La concepción de los derechos como especificaciones del principium dignitatis que se consagra en la Declaración Universal hace posible ese fondo común”.

59. Oliver Wendell Holmes, (1841-1935), Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, extracto de su voto disidente en la sentencia, Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGUDO ZAMORA, M. Jesús: “La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.” *ReDCE* N° 4, 2005.
2. ALONSO GARCÍA, R. / SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel: *La carta de los derechos fundamentales de la unión europea*. Madrid, Biblioteca de Jurisprudencia. Editorial Civitas, SA, 2006.
3. AREILZA CARVAJAL, J. María. (1996) “El Dictamen 2/1994 del Tribunal de Justicia o como no abordar el espinoso asunto de las competencias comunitarias” *Revista española de derecho constitucional*. Año n° 16, N° 47. Págs. 333-345
4. ARJONA SEBASTIÁ, Cesar: *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*. Estudio preliminar y traducción. Madrid, Justel, 2006.
5. BALAGUER CALLEJON, Francisco: “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”. *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 8. 2007.
6. CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción europea y su valor en el Tratado Constitucional.” *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 4, 2005, Págs. 9-42
7. CHUECA SANCHO, Ángel. (2004) “Por una Europa de los derechos humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.): *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Dykinson. Madrid. Págs. 37-58
8. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1996.
9. FERNÁNDEZ TOMÁS, A. Francisco (1985). “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH): un intento de solución al problema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.” *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 12, N° 3.
10. FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. (1997). “La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Noticias de la Unión Europea* N° 144. Págs.41-55
11. HERMIDA DEL LLANO, Cristina; (2005): *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Prólogo de Mario G. Losano. Rubí Barcelona: Anthropos Editorial
12. HÄBERLE, Peter: “Europa como comunidad constitucional en desarrollo.” *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 1. 2004, Págs. 11-24
13. HÄBERLE, Peter: “El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007,” *Revista de derecho constitucional europeo*, n° 9, Traducción del alemán por Francisco Balaguer Callejón, 2008.
14. HERMIDA DEL LLANO, Cristina: prólogo de Mario G. Losano: *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona, Rubí, Anthropos Editorial, 2005.
15. LLOPIS CARRASCO, Ricardo M.: *Constitución europea: un concepto prematuro: análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de “carta constitucional básica”* Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2006.
16. MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.). / et al.: “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario, artículo por artículo,” Bilbao, Fundación BBVA, 2008.
17. MANGAS MARTÍN, Araceli / LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea* 2ª ed. Madrid, McGraw-Hill, 2000.
18. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *La posición de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Propuestas para una reforma)*. Pamplona, Instituto Vasco de Administración Pública – IVAP, 1996.
19. MARTINEZ SOSPEDRA Manuel: “La Carta de Derechos: algunos problemas.” en *Comentarios a la Constitución Europea / coord., por Vicente Garrido Mayol, Susana García Couso, Enrique Álvarez Conde*, Vol. 2, 2004 (Los derechos y libertades / coord. por Enrique Álvarez Conde, Vicente Garrido Mayol), *Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana y Tirant Lo Blanch*, 2004. Pág. 47
20. SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. MIERES MIERES, J. y PRESNO LINERA M.: *Las sentencias básicas del tribunal europeo de derechos humanos*. Estudios y jurisprudencia. Madrid, Editorial Civitas, 2007.
21. WÖLKER ULRICH. RODRIGUEZ IGLESIAS Gil: “Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986.” *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 14, N° 3, 1987. Págs. 667-686

