

## **Europa: Un espacio especialmente propicio para la esperanza humana<sup>1</sup>**

**Autora:** Cristina Gortázar Rotaeché  
Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Cátedra Jean Monnet en Derecho de la Unión Europea  
Facultad de Derecho  
Universidad Pontificia Comillas

### **Resumen**

Este artículo pretende contribuir modestamente a la reflexión sobre la protección de los derechos humanos fundamentales en la Unión Europea.

El Tratado Constitucional incorpora en su Parte II la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha Carta, adoptada el 7 de diciembre de 2000 en Niza, hoy por hoy no tiene carácter jurídico vinculante. El Tratado Constitucional, además, prevé la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950). El mencionado Tratado Constitucional está dormido, pero algunos pensamos que su Parte II, de una u otra manera, se incorporará al Derecho de la Unión Europea. Si, además, se produjera la adhesión al CEDH, el escenario de la protección de los derechos humanos en el seno de la UE habría variado notablemente.

Una de las cuestiones más polémicas es la que plantea qué tribunal tendrá el poder último para interpretar y aplicar el Derecho Constitucional europeo en materia de derechos fundamentales ¿El Tribunal de Luxemburgo? ¿Por encima de los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros? ¿En que posición quedarán las relaciones entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo?

Cualquiera que sea la respuesta, hemos de tener presente que en lo relativo a la protección de derechos fundamentales debe prevalecer siempre la norma más garantista pues así lo establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

*Palabras Clave:* Derechos humanos fundamentales. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tratado Constitucional. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Convención Europea de Derechos Humanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **Summary**

This article tackles the issue of the protection of Human Rights in the European Union. The Constitutional Treaty incorporates at its Part II the European Union Charter on Fundamental Rights. Moreover, the Constitutional Treaty contemplates the adherence of the EU to the European Convention on Human Rights. These two novelties would change the scenario of human rights protection in Europe.

Perhaps the most controversial question to be solved is which would be the European Court to settle final case-law on human rights. Would it be the Court of Luxembourg? What

---

<sup>1</sup> Expresión con la que el Preámbulo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se refiere a Europa.

about relationship between Luxemburg Court and Strasbourg Court? And the relationship between national Constitutional Courts and the Court of Justice of the UE?

Whatever the answer, in any case International Law on Human Rights states that the most guarantist interpretation of the fundamental human rights normative must prevail.

*Key words:* Fundamental human rights. International Law on Human Rights. Constitutional Treaty. European Union Chartre of Fundamental Rights. Court of Justice of the European Union.

European Convention on Human Rights. European Court on Human Rights.

## **I. Introducción: “Europa está llamada a ser grande porque Europa está llamada a ser buena: Mientras Europa no sea buena, no será grande”<sup>2</sup>**

Los ejemplos históricos de unidad política en Europa se constriñen a los imperios alcanzados bajo el poder de las armas. Carlomagno y Otón el Grande durante la Edad Media; Carlos I en la Edad Moderna; Napoleón y Hitler en la Edad Contemporánea, son sólo algunos de los nombres que de manera más inmediata asociamos a la afirmación antedicha.

Si bien es cierto que el Derecho internacional clásico tiene su cuna en la Europa de Westfalia (1648)<sup>3</sup> y se rige por la máxima *par im parem non habet imperium*, también lo es que dicho principio de igualdad jurídica ha quebrado cada vez que el poderío militar ha hecho posible la invasión y el sometimiento. Esta es la historia de Europa.

Así, cuando se establecen comparaciones entre el proceso de integración de los Estados europeos y el de los Estados Unidos de Norteamérica, es preciso tener presente que

---

<sup>2</sup> Me he permitido esta licencia a partir de la frase atribuida a TOCQUEVILLE: “Norteamérica es grande porque Norteamérica es buena. Cuando Norteamérica deje de ser buena, dejará de ser grande”. Curiosamente, siendo una de sus citas más célebres, parece ser que es apócrifa. Vid., Françoise MÉLONIO “Tocqueville, ciudadano de honor de los Estados Unidos” Revista de Occidente, nº 289, junio 2005, p.7.

<sup>3</sup> Tras las intervenciones sucesivas de Dinamarca, Suecia y Francia a favor de los príncipes luteranos alemanes (Guerra de los Treinta Años), se hace la Paz en Westfalia, reconociéndose por primera vez en la historia la plena soberanía de los Estados del Imperio. Es el hito que señala la diferencia entre una comunidad sometida a la autoridad del Emperador –en ocasiones, del Papa– y una comunidad que pretende partir del principio de igualdad jurídica entre Estados soberanos, sin sometimiento alguno a autoridad política o religiosa. He ahí el caldo de cultivo preciso para el nacimiento de relaciones internacionales que constituyen el embrión del Derecho Internacional Público.

éstos últimos fundamentaron su unión prístina en la necesidad de luchar contra el enemigo común: “*el enemigo de mi enemigo es mi amigo*” establecían ya varios siglos antes de J.C. las Leyes Indias de Manú<sup>4</sup>. Por contraste, Europa ha vivido su pasado en una sucesión de alianzas y traiciones mutuas, de tal manera que la unidad de Europa, necesariamente, sólo comienza a fraguarse cuando algunos Estados europeos –empujados por hombres que supieron idear con inteligencia y, además, convencer a otros para poner en práctica lo ideado– se concienciaron del odioso grado de destrucción y barbarie al que conducen las guerras y, en especial, las guerras fratricidas<sup>5</sup>.

Es por ello que el proceso de integración europea precisó de hombres que sumaban, junto a un alto grado de idealismo, un sabio conocimiento de la historia y la realidad europea<sup>6</sup>; estos hombres trabajaron ilusionados, pero convencidos de que cuanto más elevado es el objetivo que se desea alcanzar, mayor grado de prudencia y de paciencia debe volcarse en el proyecto y que, por ello, en el campo del Derecho internacional en general y de la integración europea en particular, no cabe esperar resultados inmediatos; quizá sea preciso renunciar siquiera a obtener los frutos pretendidos durante nuestros cortos procesos vitales y morir en la relativa tranquilidad de que las generaciones venideras puedan crecer en una Europa –y, por ello, en un mundo– mejor, más justo, más solidario, más respetuosos con la persona humana y con sus derechos universales, indivisibles e inalienables...

---

<sup>4</sup> Aunque la idea de que “el enemigo de mi enemigo es mi amigo” está en *El Príncipe* de Maquiavelo, la idea está ya en las Leyes indias de Manu, cuyo Capítulo 7, versículo 158 expresa: “*The king should regard as his enemy both the king who is his immediate neighbour and any partisan of that enemy and he should regard as his ally the immediate neighbour of his enemy*”, *The Laws of Manu*. Penguin classics, Nueva Delhi, 1991, p.144.

<sup>5</sup> GARCÍA ENTERRÍA evoca el estado de naturaleza en el que se han encontrado los Estados en sus relaciones mutuas, situación tan sabiamente descrita por Locke, asimismo, elogia el proceso de integración europea (en concreto, el Tratado Constitucional) como superación de dicho estado de naturaleza. GARCÍA ENTERRÍA, E. Locke y la Constitución Europea. *Revista Española de Derecho Europeo*. Nº 13, enero-marzo 2005, pp. 5-7.

<sup>6</sup> Afirma DYÈVRE que el proceso de integración europea ha requerido de idealistas como Monnet y Schumann, aunque dicho proceso no puede progresar adecuadamente si perdemos el equilibrio entre ideal y realidad. DYÈVRE, A “*The Constitutionalisation of the European Union: discourse, present, future and facts*”. *European Law Review*, abril 2005, p.189.

Monnet, Schumann, De Gasperi, Adenauer, Madariaga, y tantos otros, trabajaron convencidos de que el Proyecto CECA no era más que una inteligente disculpa para quebrar el odio franco-alemán alimentado durante siglos, lo que constituía una *conditio sine qua non* para que pudiera iniciarse su verdadero Plan: lograr la unidad de Europa alrededor de los principios y valores de la libertad, la democracia, el imperio de la Ley y la defensa del los derechos humanos.

## II. El tratado constitucional o “la bella durmiente”<sup>7</sup>

No exageramos si decimos que en la actualidad nos encontramos ante un momento histórico decisivo para el proceso de integración europea. Los avatares del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>8</sup> así lo ponen, inopinadamente, de manifiesto.

Entiende MENENDEZ<sup>9</sup> que uno de los errores del Tratado Constitucional está precisamente en el proceso constituyente, el cual no ha estado suficientemente “señalizado”, es decir: desde el discurso de de Fischer (2000) al Consejo de Laeken (diciembre de 2001) no se movilizó en absoluto a la ciudadanía europea; tampoco se aprovechó el lapso entre el final de los trabajos de la Convención y el comienzo de la Conferencia Intergubernamental para involucrar a la opinión pública.

---

<sup>7</sup> Permítaseme la referencia al personaje del cuento de Pierrot y hagamos votos para que el Tratado Constitucional no duerma tantos años como la Princesa Aurora.

<sup>8</sup> Sobre la gestación del Tratado, vid. MÉNDEZ DE VIGO, I. *El Rompecabezas. Así redactamos la Constitución Europea*. Biblioteca Nueva Real Instituto Elcano, Madrid, 2005.; BORRELL J., CARNERO C. y LÓPEZ GARRIDO D. *Constituyendo la Constitución Europea. Crónica Política de la Convención* Real Instituto Elcano de Estudios de Estudios Internacionales y Estratégicos. Madrid, 2003; LAMASSOURE, A. *Histoire secrète de la Convention européenne*, Albin Michelg, Paris, 2004 ; MARTÍN y PÉREZ de NANCLARES, J. “El Proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 15, 2003.

Sobre comentarios a la Constitución, véase ÁLVAREZ CONDE, E y GARRIDO MAYOL, V *Comentarios a la Constitución Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 (en relación con la materia aquí tratada, véase, especialmente, el Tomo II sobre “Los derechos y libertades”). También, MANGAS MARTÍN, A. *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005.

<sup>9</sup> MENÉNDEZ A.J. “Esperando a la Constitución Europea” *Revista Española de Derecho Constitucional.*, año 24, nº 72, septiembre-diciembre 2004, p. 93 y ss.

En fin, la crisis en el proceso de ratificación del mencionado tratado, principalmente provocada por los *referenda* contrarios al mismo, abre un período de reflexión y, sin lugar a duda, una nueva etapa. Dicha crisis se produce -no por casualidad- poco después de haber tenido lugar la ampliación mayor desde la creación de las comunidades europeas, y cuando nuevas candidaturas -alguna de ellas no exenta, precisamente, de polémica- se encuentran llamando a la puerta con mayor o menor énfasis<sup>10</sup>. El presente *impasse* del Tratado Constitucional no debe desanimar a cuantos creemos en la bondad del proceso integrador. Decía sabiamente Tayllerand que “*de todas mis derrotas extraigo las condiciones necesarias para la victoria final*”. Algo así hemos de tener presente para demostrar que el suizo Leutenegger se equivoca cuando se refiere a la Unión Europea como “*ente enfermo y deforme*”.

---

<sup>10</sup> Recuerda ALDECOA que tras las adhesiones previsibles en los próximos 10 años, la UE podría alcanzar a unos 40 Estados miembros. Nacería el tercer grupo humano del planeta tras China y la India y el primero de los organizados democráticamente y en torno al respeto de los derechos fundamentales. ALDECOA clasifica 21 Estados potenciales candidatos.

a) Los 3 que participan en el actual proceso de negociación: Bulgaria, Rumanía y Turquía. Bulgaria y Rumanía han firmado los Tratados de Adhesión en Luxemburgo el 25 de abril de 2005 y la entrada efectiva se producirá el 1 de enero de 2007. Respecto de Turquía, se tiene previsto comenzar las conversaciones el 3 de octubre de 2005 bajo la fórmula del “sí, pero” o condicionamiento del seguimiento del proceso a los avances en las reformas políticas y de defensa de los derechos humanos fundamentales.

b) Los Estados de los Balcanes: Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia y Serbia-Montenegro y Albania que son “candidatos potenciales” desde el Consejo de FERIA de 2000.

c) Los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio: Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein.

d) Los microestados: Andorra, San Marino y Mónaco.

e) Los Estados de Europa Oriental: Ucrania, Bielorrusia, Moldavia, Georgia, Armenia y Azerbaiyán. ¿Y Rusia? Respecto de este grupo los analistas en ningún caso hacen previsiones para los próximos 10 años.

Vid. ALDECOA, F. “La Constitución Europea como respuesta a la ampliación” Papeles de Economía Española. Nº 103, 2005. La nueva Unión Europea, pp.68- 70 y ss; también en ALDECOA, F y GUINEA, M. “El futuro de una Europa “europea”: su constitucionalización (2001-2014). Las incógnitas de la ampliación: oportunidades y desafíos” en ZAPATER, E y otros. *Las incógnitas de la ampliación: oportunidades y desafíos*. III Premio Francisco José de Landáburu 2005. Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2005, pp. 155-157.

Una de las cuestiones que causa cierta preocupación entre los especialistas y la opinión pública es si Europa será capaz de aglutinarse en torno al mismo proyecto político y los mismos valores comunes. ALDECOA señala que de momento y aunque resulte paradójico los antiguos miembros del Pacto de Varsovia han resultado más atlantistas, liberales e intergubernamentales que los Estados Miembros más occidentales. ALDECOA, F. “La Constitución Europea como respuesta ...” Ibid, op. cit. p. 73. Sin embargo, en mi opinión dicha reacción era previsible, por un “efecto perverso” de reacción tras el sometimiento al régimen impuesto por la antigua Unión Soviética en las denominadas democracias populares.

Como ya he mantenido en otro lugar<sup>11</sup>, tras la necesaria reflexión cabría que una nueva Conferencia Intergubernamental decida pasar a los Estados miembros el texto del Tratado Constitucional en una versión reducida a sus Partes I, II (y IV) las cuales contienen los principios básicos de la Unión y la Carta de Derechos fundamentales, y ello porque las polémicas planteadas de mayor envergadura no han puesto en tela de juicio estas dos primeras partes del Tratado, por otro lado, las que más claramente reflejan su carácter de texto fundamental.

En el presente artículo quiero detenerme en uno de los aspectos más relevantes del *dormido* Tratado Constitucional: su Parte II, la cual incorpora y otorga rango constitucional a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 y que, en la actualidad, no posee carácter jurídico vinculante<sup>12</sup>.

### **III. De la sentencia stauder a la carta de niza**

Como es de sobra conocido, ni el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) ni el Tratado de la Unión Europea (TUE), contienen un elenco de derechos fundamentales. Así, durante los diez primeros años de su andadura, cuando al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) conocía de un asunto que incluía la posible trasgresión de un derecho fundamental a través de la aplicación del Derecho Comunitario, se pronunciaba recordando que la vulneración de los derechos fundamentales no era de su

---

<sup>11</sup> GORTÁZAR, C. “El No de Francia y Holanda al Tratado Constitucional. E. G. Estrategia Global, año II, nº 10, julio-agosto 2005, p. 18.

<sup>12</sup> En adelante, Carta de Niza. Vid *infra* “Conclusiones”, en el que me hago eco de la opinión de CARRILLO SALCEDO, el cual entiende que la Carta de Niza adquiere carácter jurídico vinculante en el momento que sea interpretada por el TJCE como parte de los “principios generales del Derecho Comunitario”.

incumbencia<sup>13</sup>. Esta línea cambió cuando, a propósito del asunto *Stauder* (1969)<sup>14</sup>, el TJCE entendió que los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones de los Estados Miembros, eran principios generales del Derecho comunitario que el Tribunal debía aplicar<sup>15</sup>. A partir de entonces, comenzó una etapa de protección de los derechos fundamentales por parte de TJCE que hemos venido en denominar jurisprudencia pretoriana por imprevisible.<sup>16</sup> Además, y volveremos sobre esta cuestión, se trata de una protección menos garantista que la existente en el ámbito nacional ya que los sistemas nacionales están sometidos al control externo del Tribunal Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (TEDH) y el sistema comunitario carece de sistema externo de control.

El Acta Única Europea (1986) modifica el TCE y, en lo que aquí y ahora nos interesa, su Preámbulo menciona la necesidad de proteger los derechos fundamentales. Por lo que se

---

<sup>13</sup> Asunto *Store* (1959), asunto *Sgarlatta* (1965).

<sup>14</sup> Asunto 29/69, *Stauder*, Rec. 1969, p. 419.

<sup>15</sup> Además del asunto *Stauder*, alguno de los primeros asuntos en los que el TJCE manifiesta que los derechos humanos fundamentales forman parte del Derecho Comunitario como "principios generales" del mismo, son: Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, p. 1125; Asunto 4/73, *Nold*, rec. 1974, p.491 y Asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, p. 3719.

<sup>16</sup>Algunos comentarios de la doctrina española en la materia son: ALONSO GARCÍA, R. "Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 799-836; CARRILLO SALCEDO, J.A. "La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español*". Tomo II, Civitas, Madrid, 1986, pp. 17-26; CHUECA SANCHO, A. Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, Bosch, Barcelona, 1989; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. "Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?", RIE, 1996, n. 3, pp.817-38; LINÁN NOGUERAS, D. "Los Derechos Humanos en el ámbito de la Unión Europea"; en *Andorra en el ámbito jurídico europeo (XVI Jornadas de la AEPDI y RI)* Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 329-352 LIROLA DELGADO M. L., Libre circulación de personas y Unión Europea, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1994; MATÍA PORTILLA F.J. (Coord.) La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea, Civitas, Madrid, 2002; PI LLORENS, M. Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario" Ariel Derecho, Barcelona, 1999; VILÀ COSTA, B. "Los derechos de defensa en el Derecho comunitario", RIE, 1990, n.2, pp.499-523.

refiere al TUE (1992), su artículo 46<sup>17</sup> consagra definitivamente la competencia del TJCE en materia de protección de los derechos fundamentales los cuales se respetarán tal y como se garantizan en el CEDH y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros “como principios generales del Derecho comunitario”. Además, el TUE, en su artículo 49<sup>18</sup> recoge el control previo en materia de respeto de los derechos fundamentales como condición para el ingreso de un Estado candidato. Asimismo, crea un mecanismo de sanción a través de la suspensión de ciertos derechos a los Estados Miembros que vulneren los principios de la UE (artículo 7 del TUE<sup>19</sup>) Tiempo después, el Tratado de Niza (2001)<sup>20</sup>, incorpora un primer párrafo a dicho artículo 7 del TUE<sup>21</sup> que faculta al Consejo a propuesta de un tercio de Estados Miembros, del Parlamento o la Comisión a constatar un riesgo de violación grave. Sin embargo, este mecanismo preventivo no es condición previa necesaria para la aplicación del artículo 7,2 que recoge la suspensión de derechos antes citada<sup>22</sup>.

Por su parte, el Preámbulo del "Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la UE" (anexo al TCE)<sup>23</sup>, cuando expresa que la UE respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH<sup>24</sup>, por primera vez ya no se refiere a

---

<sup>17</sup> Léase el artículo 46,d) del TUE en relación con el artículo 6,2 del propio TUE.

<sup>18</sup> En el Tratado Constitucional pasaría a ser el Artículo I-58.

<sup>19</sup> Artículo I-59 del Tratado Constitucional.

<sup>20</sup> Así denominado porque se adoptó en el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000 (esto es, en el Consejo Europeo en el que se aprobó también la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000). El Tratado de Niza se firmaría poco después, en febrero 2001 y entraría en vigor en febrero de 2003.

<sup>21</sup> En el Tratado Constitucional, Artículo II-59,1.

<sup>22</sup> En el Tratado Constitucional, Artículo II-59,2.

<sup>23</sup> Denominado en la jerga comunitaria “Protocolo Aznar”.

<sup>24</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 1950).

dicho CEDH "como fuente de los principios generales de derecho comunitario"<sup>25</sup>. El artículo único de dicho Protocolo procede a una incorporación indirecta del CEDH al establecer que una solicitud de asilo de un ciudadano comunitario podrá ser atendida cuando "el Estado de su nacionalidad haya recurrido a la cláusula derogatoria del artículo 15 de el CEDH"<sup>26</sup>.

En la década de los noventa, el TJCE comienza a fallar cada vez con más asiduidad sobre posibles vulneraciones de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho Comunitario, engrosando la jurisprudencia pretoriana a la que me refería *supra*. A lo largo de esos años se oyeron voces, suficientemente acreditadas, proponiendo que la CE<sup>27</sup> se adhiriera, como organización internacional, al CEDH: Con ello, el sistema de protección de los derechos fundamentales en el seno de la CE tendría un elenco claro de derechos y, además, quedaría sometido al control externo del Tribunal de Estrasburgo (TEDH), como lo están también los sistemas de protección de los derechos humanos de los ordenamientos de los Estados Miembros.

En esta línea, el propio TJCE fue preguntado sobre la capacidad de la Comunidad Europea para adherirse al CEDH. El Dictamen de 28 de marzo de 1996<sup>28</sup> respondió, de manera clara y contundente, que la CE no poseía competencias atribuidas por los Estados Miembros para formalizar su adhesión al CEDH y que ninguna disposición del TCE facultaba a las instituciones a adoptar normas sobre derechos humanos o a concluir tratados al respecto,

---

<sup>25</sup>La primera referencia del TJCE a la CEDH aparece en el asunto 36/75, *Rutili*, Rec. 1975 p.1219, apartado 32 (restricciones estatales a la libre circulación de personas justificadas por el orden público).

<sup>26</sup> ANDRIANTSIMBAZOVINA se pregunta si la situación creada supone una incorporación de la CEDH como fuente formal de Derecho Comunitario, o se trata de una mera incorporación material. ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. "La Convention Européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice des Communautés Européennes après le Traité d'Amsterdam: de l'emprunt à l'appropriation?". Europe-Editions du Juris-Classeur, Octubre 1999, pp.3-7.

<sup>27</sup> Recodemos que la UE no tenía -ni tiene aún- *treaty making power*.

<sup>28</sup> Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996. Rec. 1996. p. I-1759.

sino que, los derechos humanos tal y como los venía interpretando el TJCE, funcionaban como límites al poder de la CE que, evidentemente, no podía vulnerarlos en el ejercicio de sus competencias. Sólo una nueva atribución de competencias a través de una modificación a los tratados constitutivos, podría viabilizar la adhesión de la CE al CEDH.

No tuvo que pasar mucho tiempo para que se creara una Convención que redactaría la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Carta de Niza) <sup>29</sup>. En el momento actual, como sabemos, la Carta de Niza constituye la Parte II del dormido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

El texto de la Parte II del Tratado Constitucional no es exactamente el mismo que el de la Carta de Niza tal y como llegó a la Conferencia Intergubernamental que cerró definitivamente el texto del Tratado Constitucional. Durante dicha Conferencia Intergubernamental se introdujeron algunas modificaciones<sup>30</sup>, la de mayor interés consiste en que, mientras que el texto de la Carta revisado por la Convención sobre el futuro de Europa, en el artículo 9-II, se refería a que la UE “*procurará adherirse*” al CEDH, tras la Conferencia Intergubernamental dicho artículo manifiesta que la Unión se “*adherirá*” al citado Convenio<sup>31</sup>.

Como vemos, si el Tratado Constitucional en su versión actual -o en otra que preservara la integración de la Carta de Niza- entra en vigor, se resuelve del todo la polémica

---

<sup>29</sup>MÉNDEZ DE VIGO, I. *El Rompecabezas...*Op.cit... En los primeros capítulos, antes de adentrarse en los pormenores de la Convención que redactó el Tratado Constitucional, MÉNDEZ DE VIGO explica detenidamente los avatares de aquella primera Convención que redactó la Carta de Niza. Sobre la Carta, vid, FERNÁNDEZ TOMÁS, A. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; HERRERO DE LA FUENTE, A. (Coord.) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una Perspectiva pluridisciplinar. Zamora, 2003

<sup>30</sup> CARNERO menciona que la Conferencia Intergubernamental ha respetado la generalidad del texto convencional en su 90% .CARNERO, C. Significación de la Constitución Europea. Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 8, 1 semestre 2005, p. 17.

<sup>31</sup> Vid., *inter. alia*, LINDE PANIAGUA, E. e HIGUERAS CATALUÑA, M. La Constitución de la Unión Europea: una nueva etapa en la construcción europea. Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 8, 1 semestre 2005, p.10.

sobre la capacidad de la UE para adherirse al CEDH. No obstante, aún entonces, quedarían por resolver muchas cuestiones relativas a las relaciones intersistemáticas entre los tribunales de Luxemburgo (TJCE) y Estrasburgo (TEDH)<sup>32</sup>.

En materia de interpretación, la Carta de Niza remite al derecho interno de los Estados miembros, al Derecho internacional y al Derecho de la UE. Además contiene unas normas de interpretación específicas en el Preámbulo, que son pautas establecidas por la Convención sobre el Futuro de Europa. En cuanto a el CEDH, el artículo II-112 del Tratado Constitucional especifica que el alcance y significado de los derechos será el atribuido por el TEDH, se refleja, por tanto, un principio de subordinación de la Carta al CEDH.

La Carta de Niza comienza enumerando sus propias fuentes y recordando sus límites en la aplicación del derecho de la UE, por ello, en el respeto a las competencias atribuidas por los Estados y el principio de subsidiariedad:

*“La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”*

La mayoría de las fuentes a las que se refiere el párrafo anterior han sido utilizadas por el TJCE cuando se ha pronunciado sobre asuntos relativos a derechos fundamentales. Las principales fuentes son dos, por una parte, el CEDH junto a sus Protocolos y, lo que es muy relevante, junto a la jurisprudencia del TEDH. Por otra parte, las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros. Toda vez que la Carta de Niza recoge derechos laborales y sociales que no se incluyen en el CEDH, también constituyen fuentes de la Carta de Niza, la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los

---

<sup>32</sup> Vid infra epígrafe V.

trabajadores, además de distintas convenciones del Consejo de Europa, de la OIT, otros convenios auspiciados por las Naciones Unidas, y por fin, naturalmente, el propio derecho comunitario original y derivado<sup>33</sup>.

La Parte II del Tratado Constitucional recoge un elenco de derechos que pueden clasificarse de acuerdo con diferentes criterios. Me parece interesante la enumeración realizada por GUILD<sup>34</sup>. En ella establece un doble acento. Por una parte, distingue entre los destinatarios de los derechos: la persona humana, el ciudadano de la UE, el trabajador nacional de un tercer país o cualquier persona sea ésta física o jurídica. Por otra parte, pone de relieve cuándo el derecho recogido en la Parte II del Tratado Constitucional se ha inspirado es el CEDH y cuándo no.

Siguiendo dicha clasificación, los derechos y libertades que contiene la Parte II del Tratado Constitucional son:

A) Los derechos reconocidos respecto de toda persona humana son los siguientes:

1. Derecho a la dignidad de la persona humana (artículo II-61).
2. Derecho a la vida y a la protección contra la pena de muerte (artículo II-62); fuente en el artículo 2 del CEDH y los Protocolos 6 y 13 al mismo.
3. Derecho a la integridad física y mental (artículo II-63).
4. Derecho a la protección contra la tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes (artículo II-64); fuente en el artículo 3 del CEDH.
5. Derecho a la protección contra la esclavitud, los trabajos forzados y la trata de seres humanos (artículo II-65); fuente en el artículo 4 del CEDH.

---

<sup>33</sup> ROLDÁN BARBERO, J. "La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional" RDCE, 2003, n 16, pp.943-987, p. 948.

<sup>34</sup> GUILD, E. "The Variable subject of the EU Constitution, civil Liberties and Human Rights" European Journal on Migration and Law, vol. 6, n° 4, 2004, pp. 389-391.

6. Derecho a la libertad y seguridad de la persona (artículo II-66); fuente en el artículo 5 del CEDH.
7. Derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo II-67); fuente en el artículo 8 del CEDH.
8. Derecho a la protección de los datos personales (artículo II-68).
9. Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (artículo II-69); fuente en el artículo 12 del CEDH.
10. Derecho a la libertad de pensamiento conciencia y religión (artículo II-70); fuente en el artículo 9 del CEDH; y de información (artículo II-71), fuente en el artículo 10 del CEDH.
11. Derecho a la libertad de reunión y manifestación (artículo II-72); fuente en el artículo 11 del CEDH.
12. Derecho a la educación (artículo II-74); fuente en el artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH.
13. Derecho a trabajar y a buscar empleo (artículo II-75).
14. Derecho a la propiedad (artículo II-77); fuente en el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH.
15. Derecho de asilo (artículo II-78)<sup>35</sup>.
16. Derecho de no-devolución al país de persecución (non-refoulement) incluyendo la protección contra la devolución aun país donde vaya a ser sometido a tortura o castigado con la pena capital (artículo II-79)<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> GUILD pone de relieve que no se hace mención a las limitaciones recogidas en el denominado “Protocolo Aznar” respecto del derecho de asilo de los ciudadanos de la UE en el seno de ésta. Ibid, op. cit., p. 390.

<sup>36</sup> Aunque GUILD sólo hace referencia en su relación al CEDH y sus Protocolos, podemos añadir que la protección de este artículo II-79, está claramente incluido en la interpretación que el TEDH ha realizado del artículo 3 del CEDH desde el asunto *Soering* (1989), entendiéndose que la pena de muerte supone el sometimiento

17. Derecho a la igualdad ante la ley (artículo II- 80).
18. Derecho a la no discriminación por determinados motivos, (artículo II- 81); fuente (entre otras) en el artículo 14 del CEDH.
19. Derecho a la diversidad cultural religiosa y lingüística (artículo II- 82).
20. Derecho a la igualdad entre hombre y mujer (artículo II- 83); fuente (entre otras) artículo 14 del CEDH.
21. Derechos específicos del niño (artículo II- 84).
22. Derechos específicos de la tercera edad (artículo II- 85).
23. Derechos de los discapacitados (artículo II- 86).
24. Derechos de negociación y de acción colectiva (artículo II- 88).
25. Derecho de acceso a los servicios de colocación (artículo II- 89).
26. Derecho a la seguridad social y a la ayuda social de acuerdo con normas nacionales (artículo II- 94).
27. Derecho a la sanidad preventiva (artículo II- 95).
28. Derecho a los servicios de interés económico general (artículo II- 96).
29. Derecho a una buena administración (artículo II- 101).
30. Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo II- 107); fuente en artículo 13 del CEDH.
31. Derecho a la presunción de inocencia (artículo II- 108; fuente en el artículo 6 del CEDH;).
32. Derecho a la protección contra la ley retrospectiva 1(artículo II- 109; fuente en el artículo 7 del CEDH).

---

previo a la tortura del pasillo de la muerte. Este tipo de protección desarrollada por la jurisprudencia del TEDH también respecto de otros artículos del Convenio- más allá de la letra del articulado de del mismo ha sido denominada en el argot “protección de rebote” y ha supuesto un importante progreso en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, llevado a cabo por el TEDH.

33. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (artículo II- 110); fuente en el artículo 4 del Protocolo número 7.

B) Los derechos reconocidos respecto de todos los trabajadores, incluyendo a los trabajadores nacionales de terceros países, son los siguientes:

1. Derecho a las condiciones en el trabajo de respeto a la salud, seguridad y dignidad (artículo II- 91).

2. Derecho a los límites en las horas de trabajo y derecho a las vacaciones (artículo II- 91).

C) Los derechos específicos de los trabajadores nacionales de terceros países que se encuentren legalmente en la UE, son:

1. Derecho a las condiciones de trabajo equivalentes a las de ciudadanos de la Unión Europea (artículo II- 75).

2. Derecho a las ventajas de la seguridad social de acuerdo con las leyes nacionales cuando se trasladan legalmente dentro de la UE (artículo 94).

3. Posibilidad de acceder al derecho a moverse y residir en cualquier parte de la Unión (artículo II-105.2).

D) Los derechos reconocidos a cualquier persona física o jurídica, son:

1. Derecho a tener acceso a la documentación-acceso a documentos (artículo II-102).

2. Derecho al Defensor del Pueblo Europeo (artículo II-103).

3. Derecho de petición al Parlamento Europeo (artículo II-104).

E) Por fin, son derechos reconocidos en exclusiva a los ciudadanos de la UE:

1. Derecho a crear partidos políticos en la UE (artículo II-72).

2. Derecho a disfrutar de la-libertad de búsqueda de empleo, de establecimiento y servicios.

3. Derecho a la no discriminación por nacionalidad (artículo II-81).
4. Derecho a votar y ser votado en las elecciones al Parlamento Europeo (artículo II-99).
5. Derecho a votar y ser votado en las elecciones municipales (artículo II-100).
6. Derecho a moverse y a establecerse en cualquier lugar de la UE (artículo II-105).
7. Derecho a la protección diplomática o consular de cualquier Estado Miembro en terceros países (artículo II-106).

De la anterior enumeración se pueden seguir un número significativo de observaciones. Por una parte, es evidente que un tanto por ciento elevado de los derechos recogidos en la Carta de Niza son idénticos a los compilados en el CEDH. Esto tiene una importante significación en cuanto a la relación entre ambos instrumentos y, especialmente, entre ambos tribunales (el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo)<sup>37</sup>.

Por otra parte, por lo que se refiere al ámbito material de los derechos recogidos, cabe señalar, en primer lugar, la existencia de derechos nuevos que, por razones evidentes, no aparecían en el CEDH y que más tarde tampoco han quedado recogidos en ninguno de los Protocolos Adicionales: tal es el caso del derecho a la protección de datos o del derecho a una buena administración: También es digno de reseñar la inclusión de todos los derechos del ciudadano de la UE, creados por el TUE, en el seno del Tratado Constitucional junto al resto de derechos fundamentales. En cuanto a los derechos de los nacionales de terceros países residentes en la UE, la Carta recoge los tímidos avances de la normativa de la UE de los últimos años y, sobre todo, de la jurisprudencia al respecto del TJCE. Finalmente es importante tener presentes los derechos laborales y sociales recogidos por la Carta de Niza,

---

<sup>37</sup> Vid. *Infra* epígrafe V.

los cuales, como es sabido, no forman parte del CEDH, aunque sí están recogidos en otros convenios internacionales de ámbito europeo y universal.

#### **IV. Los derechos fundamentales y la prevalencia de la normativa más garantista**

El Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 20 de mayo de 1974, elaboró la jurisprudencia “Solange-beschluss”<sup>38</sup> (decisión "en tanto en cuanto") por la que se reservó el derecho a controlar la compatibilidad del Derecho Comunitario derivado, con los derechos fundamentales previstos en su Ley Fundamental, en tanto el Derecho Comunitario no dispusiera de un catálogo de derechos fundamentales en vigor adoptado por un Parlamento y equiparable al catálogo de los derechos fundamentales consagrado en la Ley Fundamental.

Algunos años más tarde, el 26 de octubre de 1986, el Tribunal Constitucional alemán decidió dejar de efectuar dicho control de la compatibilidad en materia de derechos fundamentales, "en tanto en cuanto se mantuviera la protección existente" (Solange-Beschluss II<sup>39</sup>),. Esta línea fue confirmada por la llamada sentencia *Maastricht* de 12 de octubre de 1993<sup>40</sup> El Tribunal Constitucional italiano, en el asunto *Frontini* de 27 de diciembre de 1973 también aceptó ejercer un control de constitucionalidad sobre el Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales<sup>41</sup> . En la sentencia *Fragd*, de 21 de abril de 1989, el

---

<sup>38</sup> Vid el texto en español de dicha sentencia en BJC, 1986, n. 58, p.247; el texto en francés en Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1975, p. 316.

<sup>39</sup> Texto en español en Revista de las Instituciones Europeas, 1987, n.º.3, 9. 881; el texto en francés en Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1987, p. 539.

<sup>40</sup> Texto en español en BJC, 1994, n.º. 153, p. 183.

<sup>41</sup> Ver comentario en MANGAS MARTÍN, A., Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español, Tecnos, Madrid, 1987, p. 151.

Tribunal Constitucional italiano volvió sobre la cuestión de su competencia para examinar la constitucionalidad del Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales<sup>42</sup>

La jurisprudencia “Solange-beschluss” fue asumida por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos la cual afirmó su intención de abstenerse de controlar las medidas nacionales que apliquen o incorporen el Derecho Comunitario "en tanto en cuanto" la CE garantice eficazmente los derechos fundamentales<sup>43</sup> .

Aunque la Carta de Niza no tiene carácter jurídico vinculante mientras no se incorpore a los tratados constitutivos, no obstante, es evidente que la situación ha variado notablemente con respecto a la jurisprudencia “Solange-beschluss”

Existe un sector doctrinal que considera superflua la existencia de una Carta de derechos fundamentales de la UE, toda vez que los mencionados derechos fundamentales quedan suficientemente garantidos a través de la conjunción de protecciones otorgadas por cada una de las constituciones de los Estados miembros junto al sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. GUILD se muestra en profundo desacuerdo con dicha opinión, ya que la UE ha comenzado a ejercer competencias nuevas que pueden vulnerar derechos de los individuos cuya protección no está suficientemente perfilada ni en las constituciones de los Estados Miembros ni en la letra del CEDH o sus protocolos. Como botón de muestra aporta el caso de la naciente europeización del Derecho Penal, la cual puede tener consecuencias explosivas sin un refuerzo y revisión del sistema de protección de los derechos y libertades

---

<sup>42</sup> Véase comentario en PI LLORENS, M., Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 43.

<sup>43</sup> Decisión 9 de febrero de 1990, CMC. RFA, núm. 13258/87. Vid., GOSALBO BONO, R. "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". Revista de Derecho Comunitario Europeo Vol. I. enero/junio 1997, pp.45-6.

individuales en el seno de los Estados Miembros; ejemplo de lo anterior lo constituye la Orden de Arresto Europea o Euro-orden<sup>44</sup>.

Entre la doctrina también hay quien considera que cada vez resulta más forzado continuar entendiendo que el sistema constitucional interno de protección de derechos humanos y el Comunitario forman compartimentos bien diferenciados. La línea jurisprudencial, muy clara, iniciada por el TJCE en el Caso ERT (1989) sobre la “naturaleza del Derecho aplicado” -es decir: tan sólo hay que observar si el acto que vulnera el derecho fundamental es ejecución de derecho comunitario o si es ejecución del derecho meramente estatal-, no parece tan sencilla de aplicar como hace quince años. Así, para AGUIAR<sup>45</sup> la separación entre los derechos fundamentales garantidos por las constituciones estatales y la competencia del TJCE en materia de derechos humanos -exclusivamente constreñida a los supuestos en los que la vulneración de los derechos fundamentales provenga de la aplicación del Derecho Comunitario-, cada vez deviene en una separación más vidriosa. Ha quedado superado el tiempo en el que el Derecho Comunitario se constreñía a medidas directamente relacionadas con la libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y capitales, entonces, esta distinción podría llevarse a cabo sin grandes dificultades. No obstante, en la actualidad, el Derecho de la UE penetra por todos los intersticios de la vida cotidiana de las personas y se habilita a las instituciones comunitarias para actos que sólo muy indirectamente pueden considerarse de ejecución del Derecho Comunitario: AGUIAR menciona, por vía de ejemplo, el asunto *Mahlburg* (3 de febrero de 2000) en el que una alemana es discriminada en aplicación de normas internas del Estado alemán, entendiéndose el Tribunal que esos actos son contrarios al ordenamiento comunitario, sin embargo, tan sólo el

---

<sup>44</sup> GUILD, E. *European Journal on Migration and Law*, vol. 6, n° 4, 2004, p. 389-391. EJML, 382.

<sup>45</sup> AGUIAR DE LUQUE, L. Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea. Cuadernos de Derecho público, n° 18 (enero-abril, 2003) pp.184 y ss.

principio de igualdad de sexos en el ejercicio de una determinada actividad profesional “comunitariza” el acto<sup>46</sup>.

La cuestión sobre la protección de los derechos fundamentales por el TJCE y la protección proveniente de las constituciones estatales vuelve a estar de actualidad. En los asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Silvio Berlusconi y otros*, la Abogada General (Sra. Kokot)<sup>47</sup> ha sostenido que los tribunales de los Estados Miembros están obligados a cumplir una directiva aún dejando de aplicar una ley penal posterior más favorable que considera la Abogada General incompatible con la Directiva. Sin embargo, el TJCE en sentencia de 3 de mayo de 2005 recuerda que:

*“según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el TJCE. Para ello, el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales (...) El principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros (...) este principio forma parte de los principios generales de Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho Comunitario”*

A propósito de este caso, Recuerda IBÁÑEZ GARCÍA<sup>48</sup> que la primacía del Derecho internacional respecto del Derecho interno en materia de Derechos humanos está siempre

---

<sup>46</sup> Ibid, op.cit., p.185.

<sup>47</sup> KOKOT lanza una primera piedra en el caso quizá más controvertido del TJCE: la consideración de un presunto delito cometido por un Jefe de Estado en activo. Con posterioridad a la comisión del presunto delito, en 2002, se reforma el Código Civil italiano atenuando la definición de falsa contabilidad. Esta disposición entra en aparente contradicción con el artículo 6 de la Directiva 68/151 la cual pide sanciones apropiadas en caso de falsa contabilidad o no publicidad de las cuentas y beneficios de las compañías. Lo controvertido del caso ha dado lugar a que algunos autores hayan opinado que el TJCE hubiera debido seguir el criterio de KOKOT. Así, CHALMERS, D. “The European rule of law and national misgovernance” (editorial) *European Law Review*, April, 2005.p. 164.

<sup>48</sup> IBÁÑEZ se presentó en la causa como *Amicus Curiae*. La Secretaría del Tribunal rechazó el escrito. IBÁÑEZ reclamó ante el Defensor del Pueblo Europeo, el cual entendió que la cuestión estaba relacionada con el papel jurisdiccional del TJCE y, por tanto, fuera de las competencias del Defensor. IBÁÑEZ realizó una petición al Parlamento Europeo y, finalmente escribió al Presidente del Tribunal de Justicia, quién a través de su Secretario Adjunto, rechazó de nuevo su escrito. , IBÁÑEZ GARCÍA, I. “Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el caso *Berlusconi* y el Derecho de petición en la Constitución Europea. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Nº 236, marzo/abril 2005, pp.3-29.

La institución del *Amicus Curiae*, como es bien conocido, consiste que un tercero se presente en una disputa judicial para realizar una aportación que considera trascendental para la resolución final del litigio: información relevante, opinión fundada sobre alguna cuestión jurídica que pudiera escapársele al tribunal en cuestión. IBÁÑEZ GARCÍA, I. “Los Derechos Fundamentales ...” Ibid. op. cit., pp.11 y ss.

La UE presentó por primera vez una demanda de intervención *Amicus Curiae* ante el Tribunal Supremo de los EEUU en un caso en el que se juzgaba a una persona que era menor de dieciocho años cuando cometió el delito y que padecía retraso mental (*A. Williams*, Estado de Georgia) y en otro en el que el acusado era un retrasado mental (*E. McCarver*, Carolina del Norte). La UE acogió con satisfacción la decisión del Consejo de Indultos y Libertad Provisional de Georgia de febrero de 2002 que mostró clemencia (¿) por Alexander *Williams* conmutándole la pena capital por la reclusión a perpetuidad. En junio de 2002 el Tribunal desestimó el caso *Mc Caver* debido a la adopción de una Ley en Carolina del Norte que prohibía a la pena de muerte a los retrasados mentales. Ibid, op. cit., p. 16.

supeditada a la mayor y mejor protección de los derechos humanos en beneficio de los individuos, esto es, el Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos guiaría siempre a la norma más beneficiosa cualquiera que fuera su origen.<sup>49</sup>

## **V. Luxemburgo versus Estrasburgo y el débil acceso del individuo a la justicia comunitaria**

La posición actual del individuo ante la justicia comunitaria es débil. El TJCE excluye el derecho del individuo a impugnar ante el TJCE los actos comunitarios de ámbito general<sup>50</sup>. Aunque el TJCE ha admitido que un Reglamento puede extraordinariamente dar lugar a un recurso de anulación interpuesto por un particular<sup>51</sup>, esta no es la situación habitual. Como es bien conocido, el individuo tiene la posibilidad de "provocar" al juez interno para que utilice la vía del recurso prejudicial del artículo 234 del TCE como sistema indirecto para lograr la impugnación de un acto comunitario de carácter general. Sin embargo, los intereses individuales no quedan suficientemente garantizados a través de la vía indirecta del recurso prejudicial. Por una parte, el juez nacional podría incumplir la obligación de reenvío y el individuo no tendría ninguna acción ante dicho incumplimiento. Por otra parte, la vía del recurso prejudicial no cabe en los supuestos en los que el acto comunitario de carácter

---

<sup>49</sup> IBÁÑEZ GARCÍA, I. "Los Derechos Fundamentales ...". Ibid. op. cit., p.10.

<sup>50</sup> El artículo 230,4 TCE tan solo legitima la persona física o jurídica para interponer recurso de anulación contra las decisiones de las que sea destinataria y contra otras decisiones que aunque revistan la forma de Reglamento o sean decisiones dirigidas a otra persona, "le afecten directa e individualmente".

<sup>51</sup> *Codornú v. Consejo*, 18 de mayo de 1994, C-309/98, Rec. I-1853.

general, supuestamente ilegal, no ha dado lugar a un acto de ejecución en el ordenamiento interno impugnabile ante el juez nacional<sup>52</sup>.

El artículo 230,4 TCE tan solo legitima a la persona física o jurídica para interponer recurso de anulación contra las decisiones de las que sea destinataria y contra otras decisiones que aunque revistan la forma de Reglamento o sean decisiones dirigidas a otra persona, "le afecten directa e individualmente".

El mismo TJCE ha dejado constancia de su opinión sobre el insuficiente acceso de los particulares a la justicia comunitaria. Así, en su Informe sobre el funcionamiento de la UE sugiere una reforma del antiguo artículo 173 TCE:

*"L'on peut toutefois se demander si le recours en annulation prévu par l'article 173 du traité CE et par les dispositions correspondantes des autres traités, qui n'est ouvert aux particuliers qu'à l'égard des actes qui les concernent directement et individuellement, est suffisant pour leur garantir une protection juridictionnelle effective contre les atteintes à leurs droits fondamentaux pouvant résulter de l'activité législative des institutions"*<sup>53</sup>.

Por otra parte, y aunque se haya querido salir al paso de las críticas realizadas al respecto<sup>54</sup>, lo cierto es que el TJCE en más de una ocasión ha interpretado la protección del CEDH de modo diferente al TEDH, tal es el caso de la protección de la vida privada e

---

<sup>52</sup> Sobre estas cuestiones véase, *inter. alia*, ORTEGA. M. "El acceso de los particulares a la justicia comunitaria". Ariel Practicum. S.A., Barcelona, 1999.

<sup>53</sup> Rapport de la Cour de Justice sur certains aspects de l'application du Traité sur l'Union Européenne. Luxembourg, Mai 1995, para. 20.

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. y VALLE GÁLVEZ, A "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales" Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2 Vol. I, Julio/Diciembre de 1999, pp. 342-46.

inviolabilidad del domicilio del artículo 8 del CEDH<sup>55</sup> y del derecho a no declarar contra uno mismo del artículo 6 del CEDH<sup>56</sup>.

Por todo lo anterior, desde la perspectiva de la mejor defensa de los derechos de los individuos en el Derecho Comunitario, cabe por lo menos, un doble planteamiento:

¿Debemos apoyar las propuestas que pretenden potenciar y viabilizar nuevos canales de acceso del individuo al TJCE?

¿Quizá es más conveniente insistir en que la UE se adhiera a la CEDH posibilitando que el TEDH pueda interpretar con carácter definitivo la Carta de Niza como por el CEDH?

## **VI. Conclusiones: ¿Quién va a decidir quién decide?**

¿Quién tendrá el poder último para interpretar y aplicar el Derecho Constitucional europeo en materia de derechos fundamentales?

CHUECA parece enfrentarse a dicho interrogante y, barajando tanto la hipótesis de que el Tratado Constitucional es un mero tratado internacional como la que le reconoce rango constitucional, se pronuncia de la siguiente manera:

-Si estamos ante un Tratado Constitucional, ¿porqué no crear un recurso de amparo europeo ante el TJCE?

---

<sup>55</sup> Véase la sentencia del TJCE en el caso *Hoechst* c. Comisión de 21 de septiembre de 1989 (Asuntos 46/87 y 227/88, Rec. 1989, p.2859) y la sentencia del TEDH, de 30 de marzo de 1989, en el caso *Chapell* v. Reino Unido (17/1987/140/194, serie A, n 152).

<sup>56</sup> Véase la sentencia del TJCE de 18 de octubre de 1989 en el caso *Orkem* c. Comisión (Asunto 374/87, Rec. 1989, p.3283) y la sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1993 en el caso *Funke* v. Francia (82/1991/334/407, serie A, n. 256). Al respecto, RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ mantienen que el TJCE "no puede prever o anticipar con certeza la interpretación que efectuará en casos futuros el TEDH" .y que "las opiniones doctrinales sobre las hipotéticas resistencias de un tribunal de justicia comunitario celoso de sus competencias o su prestigio carecen de fundamento". RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. y VALLE GÁLVEZ A. "El Derecho Comunitario y las relaciones...".Op. cit., pp. 346 y 340-41.

-Si nos encontramos tan sólo ante un Tratado internacional, ¿por qué no establecer un recurso individual como el previsto por el CEDH? <sup>57</sup>

Esperemos que la Constitución Europea pueda salir de su letargo. Si los Estados Miembros aceptaran las Partes I, II y IV, tendríamos un texto constitucional razonable. En todo caso, parece que una batalla sí está ganada: en materia de protección de derechos fundamentales, la época de la jurisprudencia pretoriana del TJCE queda para la historia. Como ha afirmado CARRILLO SALCEDO<sup>58</sup> con sencillez y acierto, la Carta de Niza adquiere carácter jurídico vinculante desde el momento en que sea interpretada por el TEDH como expresión de los principios generales del Derecho comunitario.

Vamos ahora a manejar la hipótesis más deseada: el Tratado Constitucional logra ratificarse en una versión que incluye la Carta de Derechos Fundamentales y se produce la adhesión de la UE al CEDH. Contemplemos también una segunda opción mucho menos querida: el Tratado Constitucional no prospera en absoluto pero una próxima enmienda al TCE incorpora la Carta de Derechos Fundamentales y la CE (o, en su caso, la UE) se adhiere al CEDH.

En ambos supuestos habríamos logrado, por una parte, que la Carta de Niza se integre en el Derecho de la UE para adquirir así, sin ningún margen para la discrepancia, carácter jurídico vinculante. Por otra parte y como paso inmediatamente posterior, que la UE se adhiere al CEDH. Ello colocaría al TEDH como último y definitivo intérprete al menos de cuantos derechos fundamentales recogen en común la Carta de Niza y el CEDH. Naturalmente, el actual artículo 34 del CEDH habilitaría a través del recurso individual, a

---

<sup>57</sup> CHUECA, A. G. Los Derechos fundamentales y la Constitución para Europa: Las principales carencias de su constitucionalización. Revista Española de Derecho Constitucional., año 24, nº 72, septiembre-diciembre 2004, p. 102

<sup>58</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. "Notas Sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. RDCE, 2001, pp.7-26, p.19.

cualquier persona para demandar no sólo a los cuarenta y seis Estados Parte en el CEDH, sino también a la UE, una vez agotados los recursos internos en el país infractor o los que proporcione el Derecho de la UE cuando ésta sea la demandada.

Aún entonces, subsistiría el problema en relación con la interpretación última de los derechos recogidos en la Carta de Niza y que no están en el CEDH. Respecto de ellos el intérprete último debería ser el Tribunal de Luxemburgo. Los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros habrían de aceptarlo así, recordando que el citado Tribunal tendrá la obligación (por aplicación del principio general del Derecho internacional de los derechos humanos, que es principio de derecho comunitario europeo y principio común a las diferentes constituciones de los Estados Miembros) de realizar de todas las interpretaciones posibles a la norma, aquella que mejor proteja los derechos humanos fundamentales.

## **Bibliografía**

- AGUIAR DE LUQUE, L. Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea. Cuadernos de Derecho público, nº 18 (enero-abril, 2003), pp.173-189.
- ALONSO GARCÍA, R. "Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 799-836;
- ÁLVAREZ CONDE (Direc.) Comentarios a la Constitución Europea. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ALDECOA, F. "La Constitución Europea como respuesta a la ampliación" Papeles de Economía Española: Nº 103, 2005. La nueva Unión Europea, pp.67-78.
- ALDECOA, F y GUINEA, M. "El futuro de una Europa "europea": su constitucionalización (2001-2014). Las incógnitas de la ampliación: oportunidades y desafíos" en ZAPATER, E y otros. Las incógnitas de la ampliación: oportunidades y desafíos. III Premio Francisco José de Landáburu 2005. Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2005, pp. 123-177.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. "La Convention Européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice des Communautés Européennes après le Traité d'Amsterdam: de l'emprunt à l'appropriation?". Europe-Editions du Juris-Classeur, Octubre 1999, pp.3-7.
- BORRELL J., CARNERO C. y LÓPEZ GARRIDO D. *Constituyendo la Constitución Europea. Crónica Política de la Convención* Real Instituto Elcano de Estudios de Estudios Internacionales y Estratégicos. Madrid, 2003.
- CARNERO, C. Significación de la Constitución Europea. Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 8, 1 semestre 2005.

- CARRILLO SALCEDO, J.A. "La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español*". Tomo II, Civitas, Madrid, 1986, pp. 17-26.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-junio 2001, pp.7-26.
- CHALMERS, D. "The European rule of law and nacional misgovernance" (editorial) *European Law Review*, abril, 2005, pp. 163- 164.
- CHUECA SANCHO, A. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989.
- CHUECA, A. G. Los Derechos fundamentales y la Constitución para Europa: Las principales carencias de su constitucionalización. *Revista Española de Derecho Constitucional*., año 24, nº 72, septiembre-diciembre 2004, pp.85-102.
- DYÈVRE, A "The Constitutionalisation of the European Union: discourse, present, future and facts". *European Law Review*, abril, 2005, pp. 165-189.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. "Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?", *RIE*, 1996, n. 3, pp.817-838.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA ENTERRÍA, E. Locke y la Constitución Europea. *Revista Española de Derecho Europeo*. Nº 13, enero-marzo 2005, pp. 5-8.
- GORTÁZAR, C. "El No de Francia y Holanda al Tratado Constitucional. E. G. Estrategia Global, año II, nº 10, julio-agosto 2005, pp. 17- 18.
- GUILD, E. The Variable Subject of the EU Constitution, *Civil Liberties and Human Rights. European Journal of Migration and Law*, Vol. 6, nº 4, 2004. pp. 381-394.
- HERRERO DE LA FUENTE, A. (Coord.) *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una Perspectiva pluridisciplinar*. Zamora, 2003.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I. "Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el caso *Berlusconi* y el Derecho de petición en la Constitución Europea. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Nº 236, marzo/abril 2005, pp.3-50.
- LAMASSOURE, A. *Histoire secrète de la Convention européenne*. Albin Michelg, Paris, 2004.
- LINDE PANIAGUA, E. e HIGUERAS CATALUÑA, M. *La Constitución de la Unión Europea*. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº8, 1 semestre 2005, pp.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. "Los Derechos Humanos en el ámbito de la Unión Europea"; en *Andorra en el ámbito jurídico europeo (XVI Jornadas de la AEPDI y RI)* Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 329-352.
- LIROLA DELGADO M. L., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1994.
- MANGAS MARTÍN, A., *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1987.
- MANGAS MARTÍN, A. *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005.
- MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. "El Proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 15, 2003
- MATÍA PORTILLA F.J. (Coord.) *La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

- MÉNDEZ DE VIGO, Í. El Rompecabezas: Así redactamos la Constitución Europea. Biblioteca Nueva real Instituto Elcano, Madrid, 2005.
- MENÉNDEZ A .J. "Esperando a la Constitución Europea" Revista Española de Derecho Constitucional., año 24, nº 72, septiembre-diciembre 2004. pp. 87-120.
- ORTEGA. M. "El acceso de los particulares a la justicia comunitaria". Ariel Practicum. S.A., Barcelona, 1999.
- PI LLORENS, M. Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario" Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. y VALLE GÁLVEZ, A "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales" Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2 Vol. I, julio/diciembre de 1999, pp. 342-346.
- ROLDÁN BARBERO, J. "La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional" RDCE, 2003, n 16, pp.943-987.
- VILÀ COSTA, B. "Los derechos de defensa en el Derecho comunitario", RIE, 1990, n.2, pp.499-523.