

DERECHOS FUNDAMENTALES Y UNIÓN EUROPEA: PRESENTE, PASADO Y FUTURO

FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO
Profesor Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

1. EL PASADO: LA RECEPCIÓN INDIRECTA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Permítanme, sin recrearme ahora mucho en ello, que parta de la siguiente tesis. La tensión que genera el binomio derechos humanos-soberanía de los Estados acaba por diluirse cuando, en el encuentro entre dichos términos, participan entes soberanos configurados en torno a los valores y principios que encierra el derecho constitucional como cultura jurídica (cultura cuyo centro está ocupado por la dignidad de la persona –«la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden político y de la paz social», art. 10.1 CE–)¹. Y se diluye porque para que haya tensión es imprescindible que las fuerzas que confluyen actúen en sentido contrario –la tensión entendida como oposición o, incluso, hostilidad– y no creemos que este sea el caso, al menos no con seguridad en el seno del ámbito o escenario en el que la concurrencia de las mencionadas fuerzas queda entorno a los derechos fundamentales delimitado. La tensión como hecho físico, sin embargo, produce el efecto contrario al que comúnmente se le atribuye: porque hay tensión es por lo que existe unidad, porque existe tensión las partes de un todo tienden a permanecer compactadas formando un solo cuerpo, con la sola condición de que éste se halle en un estado determinado. Tomado en este sentido cabe que aceptemos la existencia de fuerzas centrípetas, de tensión como fuerza aglutinante, cuando de derechos humanos y Estados constitucionalistas hablamos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 es, desde este específico punto de vista, la fuerza generadora de un espacio europeo –porque integra y se integra– de derechos y libertades. No cabe duda, sin embargo, que se trata de un instrumento artificial –racional si se quiere expresar así–, por lo que nos vemos obligados a tener que explicar cómo alcanza, o cómo se logra, la virtualidad que le suponemos

1. Por todos, García San José, D., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, 2001, pp. 17-28.

a un Convenio que, en palabras de su interprete supremo, está en la cúspide de un nuevo orden constitucional europeo de libertad. Máxime, además, cuando el Convenio es sólo un Tratado, pero un Tratado que viene a informar y comunicar decenas de ordenes y sistemas jurídicos constitucionales independientes. Hasta aquí la tesis.

Es en este marco jurídico integrado de protección de derechos y libertades fundamentales que se conforma en Europa con las Constituciones y Convenio, donde se va a insertar un nuevo orden jurídico autónomo, fruto de las cesiones de soberanía que distintos Estados, con fundamento constitucional, hacen en favor de instituciones políticas de integración: nos referimos al derecho comunitario. Como bien puede imaginarse, a medida que la Comunidad y la Unión Europea han ido acumulando un mayor número de competencias, la probabilidad de que las disposiciones y actos, propios y derivados, dictados por los órganos comunitarios competentes pudieran acabar afectando a los derechos fundamentales era cada vez más alta. Sin embargo, ni en los Tratados constitutivos ni en el derecho derivado, durante décadas, se hizo la menor referencia a los derechos y libertades de los individuos, no existiendo, ni tan siquiera por remisión, una lista de derechos que pudiésemos interpretar como el fundamento legitimador del orden comunitario constituido. Tanto es así que, muy pronto, el órgano jurisdiccional supremo de este ordenamiento autónomo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, negaría su jurisdicción sobre los derechos fundamentales, pues ni expresa ni implícitamente los Tratados constitutivos se referían a ellos². En un espacio integrado de protección de derechos se introduce un orden jurídico válido que, precisamente por ser ajeno al fundamento mismo de creación de los Estados constitucionales que lo soportan, podría comenzar a entrar en contradicción con éstos³.

El propio TJCE fue consciente de este peligro y, en consecuencia, años más tarde, en la sentencia *Stauder* de 1969, afirmaría que «los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del derecho comunitario»⁴. Seguía sin existir, pese a todo, un catálogo de derechos que sirviese de referencia al Tribunal por lo que éste, en lo que acertadamente se ha considerado como una actividad pretoriana por parte del órgano jurisdiccional, se vio obligado a dotar de contenido a la expresión «derechos fundamentales» tomándolo de «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros»⁵ y de «los instrumentos internacionales consagrados a derechos humanos y en particular del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»⁶. Así pues, los dere-

2. Asunto 1/58, *Stork v. High Authority*, 1958, p. 43 y asuntos 36, 37, 38 y 40, *Comptoir de vente de carbón de la Ruhr*, 1960, p. 857.

3. Por todos, 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, 1997, pp. 29-68.

4. Asunto 29/64, *Stauder*, 1969, p. 419, FJ 7º.

5. «...no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de estos Estados», *Nold vs. Comisión*, de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, p. 491.

6. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente, a partir de la Sentencia *Rutili*, asunto 36/75, p. 1219; el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 aparece expresamente citado en la sentencia *Orkem* de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, p. 3283.

chos fundamentales comenzaron a introducirse en el derecho comunitario vía jurisprudencia, con lo que ello tiene de inseguridad jurídica y de manifiesta interferencia entre el poder legislativo constituyente y el judicial constituido. En la medida en que se trata de un activismo judicial sin sustento legal y, en consecuencia, «caprichoso», pudiera ocurrir, como así ha sido, que las decisiones judiciales de quien es el intérprete supremo del derecho de las Comunidades y de la Unión, no reconociesen derechos fundamentales para ámbitos de existencia ante los cuales, bien los intérpretes últimos de las normas constitucionales de los Estados bien el TEDH, como garante último del Convenio, sí lo habían hecho. Muestra de ello es la conocida sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1975, *Solange I*⁷, en cuyos fundamentos jurídicos dicho Tribunal afirmaba se reservaría el control del derecho comunitario derivado, es decir, de las disposiciones normativas estatales dictadas en conformidad y por imperativo del derecho comunitario, «en tanto el proceso de integración no alcance un grado suficientemente avanzado para que el Derecho comunitario disponga también de un catálogo de derechos fundamentales en vigor adoptado por un Parlamento y equiparable al catálogo de los derechos fundamentales consagrado en la Ley Fundamental»⁸. No obstante, debemos reconocer la labor del TJCE a la hora de colmar la gran laguna que el derecho comunitario presenta en un ámbito como el de los derechos fundamentales⁹. Su labor ha venido a calmar el ánimo de las jurisdicciones constitucionales internas, a las que les preocupaba la mera posibilidad de ver conculcados los principios fundamentales de sus ordenamientos estatales, al tener que soportar, en su ámbito jurisdiccional, la aplicación de un derecho que, reclamándose a sí mismo como autónomo, desconociese el doble valor que los derechos fundamentales tienen en el seno de los Estados democráticos¹⁰. Años más tarde, el propio Tribunal Constitucional alemán reconocería la labor del TJCE en su sentencia *Solange II* de 1987¹¹, evitando controlar a partir de entonces el derecho comunitario derivado en tanto en cuanto se mantuviese el nivel de protección de derechos y libertades que, vía jurisprudencia, se dispensaba.

Es cierto, por otro lado, que existieron referencias a los derechos fundamentales en los preámbulos de los Tratados constitutivos de la Comunidad y de la Unión, pero ello no fue hasta 1986, con el Acta Única Europea; sin embargo, habida cuenta del lugar donde tal referencia se insertaba, la mención ostentaba un valor jurídico relativo. Mayor virtualidad tiene el actual artículo 6 del Tratado de Ámsterdam, cuyo contenido ya apareció por vez primera en el de Maastricht de 1992 (art. F.2), y ello a pesar de que allí sigue sin explicitarse un catálogo concreto y propio de derechos para la Unión Europea y se mantiene la línea «pretoriana» seguida hasta entonces por el Tribunal, exigida ahora normativamente a todos y cada uno de los poderes comunitarios instituidos:

7. Véase el comentario a la sentencia de López Castillo, A., REDC, nº 23, págs.207 y ss.

8. *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 1975, p. 316.

9. Al respecto, Rodríguez Vázquez, M.A., «Los derechos de la defensa y el orden público en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *La Ley*, 28 de abril de 2000, nº 5043, pp. 1-3.

10. Para la Corte Constitucional italiana la cesión de soberanía a favor de las instituciones europeas «no puede(n) en ningún caso implicar, en favor de las Instituciones de la CEE, un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden jurídico constitucional o los derechos inalienables de la persona», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 2401.

11. *Constantinesco, V.*, *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 1987, p. 539.

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario»¹².

Esta situación de indefinición, es decir, de (re)construcción judicial permanente en cuanto a los derechos protegidos y a su grado de protección no tardaría en plantearse a quien es, en una Europa más amplia que la de la Unión Europea, garante último de orden público constitucional de derechos y libertades: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y llegan estos casos ante la jurisdicción de Estrasburgo igualmente vía derecho comunitario derivado, planteándose con ello nuevas cuestiones en orden a la integración del derecho comunitario en un marco jurídico superior europeo de protección y garantía de derechos fundamentales que tiene como objeto de control el entero ordenamiento de los Estados miembros. Debe señalarse, como ha reconocido el propio TEDH, que «los actos de la Comunidad europea no pueden ser atacados en cuanto tales ante el Tribunal, pues la Comunidad en tanto que tal no es Parte contratante» del CEDH. Para el Tribunal, «el Convenio no impide la trasferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre y cuando los derechos garantizados por el Convenio continúen siendo «reconocidos». Tal trasferencia no hace desaparecer, en consecuencia, la responsabilidad de los Estados miembros»¹³. La posición en la que quedan los Estados europeos miembros de la Unión y partes en el CEDH es, cuando menos, paradójica. Porque o bien se atienen a lo que conforme al derecho comunitario es de obligado cumplimiento, o bien asumen sus obligaciones respecto del Convenio para la protección de derechos humanos, viéndose entonces obligados a relegar la aplicación y ejecución interna del acto o disposición comunitaria.

Surge, pues, como lógica respuesta a esta situación de conflicto entre ordenamientos, la iniciativa de incorporar al Convenio Europeo de Derechos Humanos a la Unión y a las Comunidades. Se lograría con ello someter al entero Derecho Comunitario, originario y derivado, al instrumento que por su situación jurídica privilegiada representa el orden jurídico común de la Europa de las libertades. Al propio tiempo que las Comunidades y la Unión incorporarían como carta de derechos el núcleo de libertades que desde hace tiempo «desempeña en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido»¹⁴. Finalmente, por último, contarían los ciuda-

12. En el art. 6.1 TUE se afirma: «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». El art. 136 del mismo Tratado califica a los derechos sociales como fundamentales, mencionando concretamente los derechos inscritos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores. Finalmente, en el art. 7 se establece que el Consejo, en caso de constatación de la existencia de una violación grave y persistente de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6, podrá decidir que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del Tratado al Estado miembro de que se trate.

13. STEDH *Matthews c. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999, p.3

14. Rodríguez Iglesias, G.C. y Valle Gálvez, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Rev. de Derecho Comunitario*, 1997, vol. 2, p. 338; Alonso García,

danos con un mecanismo procesal de amparo para la defensa de sus derechos y libertades como es el recurso individual contemplado en el art. 34 CEDH. Sin embargo, fue el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades quien, a la vista del Derecho Comunitario vigente, en su dictamen 2/94¹⁵, impediría la adhesión de la Unión y las Comunidades al Convenio: «(la adhesión) entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de derechos humanos, en la medida 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,..., una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado».

El Derecho Comunitario no podía permanecer ajeno a la lógica de la igualdad y la libertad. Así pues, la que había comenzado siendo incorporación jurisprudencial de los derechos debía ceder el paso, por tanto, a la elaboración decidida por el constituyente comunitario de un marco jurídico de derechos fundamentales que, al propio tiempo que otorgase seguridad jurídica, pudiera coordinarse con un sistema integrado de protección de derechos y libertades para finalmente, en suma, quedar a él incorporado. Las opciones como hemos vistos eran varias y los estímulos para que así se hiciese no dejaban de manifestarse por parte de las jurisdicciones internas y externas encargadas de la protección de derechos fundamentales¹⁶.

R., «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas» en *Estudios sobre la Constitución española*, homenaje al Profesor E. García de Enterría, vol. II, p. 818.

15. Dictamen de 28 de marzo de 1996, «Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», Rec., p. 1759.

16. El Tribunal Constitucional alemán volvería a recordar en el caso Maastricht la jurisprudencia sostenida en la Solange II: sólo en tanto en cuanto haya protección de derechos en el orden comunitario considerará el Derecho Comunitario derivado compatible con la Constitución (Sentencia de 12 de octubre de 1993). Con una evidente conexión de sentido debemos recordar que la aceptación de un orden superior de derechos y libertades era acogido por parte del TJCE sin reservas: «el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales...; cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho Comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales», STJCE de 18 de junio de 1991, caso ERT, asunto C-260-89, vol. I, p. 2925. Recientemente, el TJCE ha vuelto a insistir en la obligación que tienen los Estados de garantizar los Derechos Fundamentales cuando aplican normas comunitarias: «Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria...», Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, considerando 37.

2. PRESENTE: UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES «PROCLAMADA»

La opción por la que se inclina el Consejo Europeo reunido en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999 era, sin duda, la más comprometida, pues se propone elaborar para el seno de la Unión una nueva Carta de Derechos Fundamentales¹⁷. La intención de los Ministros, como en la propia resolución se afirmaba, no era otra que la de poner de manifiesto la importancia sobresaliente y el alcance de los mismos ante los ciudadanos de la Unión¹⁸. Para tal fin el Consejo decidió constituir y convocar un órgano ad hoc en el que se integrasen tanto los representantes de los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros, como parlamentarios del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales¹⁹. Este órgano, denominado desde su creación como la «Convención», inició sus trabajos el 17 de diciembre de 1999, concluyendo el 2 de octubre de 2000. La Carta de Derechos Fundamentales sería proclamada solemnemente por el Parlamento, la Comisión y el Consejo el 7 de diciembre de 2000²⁰.

Desde un punto de vista material la Carta representa una mejora cualitativa respecto de Tratados y Constituciones. Bajo la inspiración del principio de «indivisibilidad de derechos» los derechos individuales, los derechos políticos y los sociales han sido integrados en la Carta bajo la misma acepción de derechos fundamentales. No es ajeno a este hecho el que a lo largo de todo el trabajo de la Convención tanto los Tratados clásicos como los más novedosos, entre otros la Carta Social Europea, hayan tenido el mismo nivel de influencia. Tampoco lo es la batalla librada por las organizaciones no gubernamentales y por los colectivos para la defensa de los derechos humanos que durante todo el debate y haciendo uso de las nuevas tecnologías, han presionado para que los derechos de tercera y cuarta generación ocupen plaza en una Carta que nace ya en pleno Siglo XXI²¹. Es así, pues, que en la Carta aparecerán recogidos como derechos de nuevo cuño los derechos de las personas mayores a una

17. Por todos, Peláez Marón, J.M., «La CAFUE: Somero análisis y alguna conjetura», en Anuario de Derecho Comunitario, U.S., nº 1, 2001.

18. Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Humanos Fundamentales de la Unión Europea: «la salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance».

19. Fue en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, donde se concretaría la composición del órgano: 62 miembros de los cuales, 15 representantes de los Jefe de Estado o Gobierno de los Estados miembros, 1 representante de la Comisión, 16 diputados del Parlamento Europeo y treinta diputados de los Parlamentos nacionales. Asimismo, cuatro observadores: 2 por el TJCE y 2 por el Consejo de Europa, uno de ellos del TEDH.

20. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

21. El trabajo de la Convención fue público y publicitado. El Comité de Ministros decidió en Tampere crear una página web de libre acceso en la que, además de volcarse todos los documentos oficiales relativos a la elaboración de la Carta, se pudiese libremente remitir por parte de ciudadanos y colectivos todo tipo de aportaciones (<http://db.consilium.eu.int/df>) El día 15 de marzo de 2000 tuvo lugar en Bruselas, a instancias de la Convención, una audiencia pública en la que pudieron participar representantes de la sociedad civil europea. Como testigo y actor de aquella audiencia puedo mencionar las cuestiones que a mi juicio fueron las más reiteradas por las diferentes asociaciones participantes: la primera, la inclusión en la Carta de los derechos sociales; la segunda, la necesidad jurídica de incorporar el texto final a los Tratados.

vida digna y a participar en la vida social y cultural, el derecho a la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho a la negociación y acción colectiva, el derecho a disponer de un servicio colectivo de colocación, el derecho a la protección en caso de despido injustificado, la prohibición del trabajo infantil y el derecho a la protección de los jóvenes en el trabajo, el derecho al permiso retribuido por embarazo, así como el derecho a la seguridad social y a los servicios sociales²². En todo caso, la mayor aportación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea es hacer «visibles» los derechos y libertades que soportan la necesaria legitimidad de un Derecho Comunitario inserto en un espacio público europeo de libertad.

Otra opinión nos merece la redacción de las que han sido denominadas cláusulas horizontales, es decir, cómo el «constituyente comunitario» ha configurado la interacción de esta nueva Carta de derechos con el sistema jurídico completo e integrado que, en Europa, conforman Convenio y Constituciones. Respecto de la interacción con los sistemas jurídico estatales la Carta dispone la plena virtualidad de los derechos fundamentales comunitarios tanto a nivel originario como derivado. Al igual que los órganos de la Unión, los Estados miembros quedan obligados a respetar y actualizar los derechos fundamentales cada vez que apliquen derecho comunitario. Cabe que nos cuestionemos si con ello el bloque de la constitucionalidad no queda ampliado, es decir, si al añadirse al conjunto de derechos y libertades constitucionales un nuevo núcleo de derechos no se amplía el marco constitucional de referencia. La interacción entre sistemas normativos, pensamos, no llega tan lejos como para considerar que tras la Carta se haya producido una implementación de derechos fundamentales a nivel interno. Otra cuestión será que al sujeto de los derechos se le presente una situación cuando menos compleja, pues será titular de unos u otros derechos fundamentales en función del sistema normativo que en cada caso se le aplique. En todo caso, corresponde a la jurisdicción comunitaria atenerse al contenido de los derechos comunes declarado por las instancias internas de control, a riesgo, de no hacer así, de provocar la reacción de dichas supremas jurisdicciones estatales de protección de derechos. Éstas, de no encontrar en la jurisprudencia comunitaria un contenido similar para homólogos derechos, podrían arrogarse nuevamente la competencia para controlar constitucionalmente un derecho comunitario derivado que desconozca el contenido mínimo o esencial de los derechos coincidentes.

22. El informe final del II Grupo de Trabajo (denominado «Carta») de la Convención europea que nace tras la Declaración de Laeken, propone añadir un apartado quinto al art. 52 de la CDFUE con el siguiente tenor: «Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos de las instituciones y órganos de la Unión, así como mediante actos de los Estados miembros que apliquen el Derecho de la Unión, en ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo serán convocables (sic) ante los tribunales respecto de la interpretación y el control de la legalidad de dichos actos». Las similitudes de este propuesto nuevo apartado quinto del citado artículo con el art. 53.3 de nuestra Constitución, nos obligan a plantearnos si en la Carta de Derechos de la Unión no hay algo más y algo menos que derechos fundamentales: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Exactamente, fue este el contenido de parte de nuestra exposición «in voce» ante la Convención que redactó la Carta de Derechos Europea con ocasión de la audiencia pública.

Ha sido el propio «constituyente» europeo, consciente del medio en el que se inserta la Carta, el que normativamente ha dispuesto las reglas que permitirán una comunicación fluida entre sistemas jurídicos presididos por el valor indivisible y universal de la dignidad humana: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los Convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros», art. 53 CDFUE. Ahora bien, la estructura estatal sobre la que Europa descansa puede determinar –así lo ha reconocido el propio TEDH con el instituto del «margen de apreciación»– distintos contenidos para homologables derechos en el seno de todos y cada uno de los ordenes jurídicos estatales. Este hecho, conocido desde luego para el TJCE²³, hace imposible que una configuración comunitaria del contenido de cada derecho de la Carta, constitucionalmente homologable, recoja con exactitud todos y cada uno de los ámbitos de libertad que en cada Estado se reconozcan. Por esta razón, seguimos creyendo, como opción más razonable, dentro de un marco europeo integrado de protección de derechos y libertades, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos se erija en el mínimo común denominador y vértice de un sistema europeo complejo e integrado de derechos fundamentales. En este sentido, la relación que proponemos entre ambos sistemas normativos sería de naturaleza vertical y no horizontal. En la medida en que el sistema comunitario entrase a formar parte del orden público-constitucional europeo que con el Convenio se conforma, las jurisdicciones estatales –a este mismo sistema de mínimos subordinadas– no tendrían más remedio que aceptar la efectiva protección material que del contenido «europeo» de los derechos y libertades la Unión y las Comunidades dispensan²⁴. La Carta, sin embargo, ni afirma ni niega una futura o posible ratificación del Convenio por la UE. Asume, eso sí, la jurisprudencia del TEDH como canon mínimo a partir del cual interpretar los derechos de la Carta, lo que no es sino trasposición de lo que ya venía ocurriendo vía jurisprudencia: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección

23. «...la introducción de criterios de apreciación particulares, dependientes de la jurisdicción o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al afectar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, tendría inexorablemente por efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad», STJCE de 13 de diciembre de 1979, 44/79, caso Hauer, p. 3744.

24. El grupo de expertos elegidos por la Comisión Europea para estudiar la relación entre derechos fundamentales y Unión Europea expondría sus conclusiones: «por lo tanto, deben mantenerse las jurisdicciones claramente independientes del TJCE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como en el pasado debe ser competencia del TJCE analizar cuidadosamente las decisiones del TEDH e integrarlas en la legislación de la Unión Europea..., por supuesto, puede haber otras formas de salvaguardar la coherencia en el desarrollo de los derechos fundamentales a escala europea. Una de las opciones posibles sería un sistema que, mediante un mecanismo similar al del artículo 234 del Tratado, permitiera al TJCE presentar cuestiones de interpretación ante el TEDH. También podría estudiarse convertir a este último en una instancia última de recurso...». El informe se hizo público en febrero de 1999 y el grupo contaba entre otros con: J. Frowein, L. Martín Retortillo, A. Pizzorusso, J. Rosseto y S. Simitis como presidente.

más extensa», art. 53.3 CDFUE²⁵. Este mandato interpretativo recuerda, y mucho, a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española. La diferencia entre ambos radica en que la obligación de interpretar los derechos conforme a Convenio, en el marco de la presente Carta, habrá de ser respetada por los órganos de protección independientemente de que la Unión y la Comunidad ratifiquen o no el Convenio. Nos encontramos nuevamente, pues, ante un texto, en potencia de naturaleza constituyente, que de manera indirecta dota de ese mismo valor al Convenio que, en Europa, ocupa la cúspide del sistema integrado de protección derechos y libertades²⁶.

Con todo, y por ir concluyendo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea parece que no duda en reconocer e incorporarse, si bien queriendo reservarse un margen considerable de autonomía, al orden jurídico común derechos que en Europa se conforma entre Convenio y Constituciones. Pero lo hace de forma imperfecta, pues al haber sido exclusivamente proclamada y no integrada en los Tratados constitutivos de la Unión, su eficacia jurídica no pasa de ser la de una mera declaración de principios y valores²⁷. Si a todo ello añadimos las exigencias procesales que rodean el acceso de los particulares a las instancias jurisdiccionales de la Unión, po-

25. «El apartado 3 pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH sentando el principio de que, en la medida en que los derechos de la presente Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son las mismos que prevé el CEDH. De ello resulta en particular que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del derecho comunitario y del TJCE. La referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. El sentido y alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del TEDH y por el TJCE. El objetivo de la última frase del apartado es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia», del informa explicativo a la Carta, art. 53.3.

26. «Parce que la Charte, appliquée et interprétée dans le cadre e l'Union européenne, c'est à dire dans le cadre d'un Traité avec ses objectifs propres et englobant par ailleurs de nouvelles compétences dans des domaines aussi sensibles que l'immigration, l'asile et la coopération judiciaire et policière, ne manquera pas d'engendrer une dynamique qui ne devrait pas rester sans conséquences sur l'interprétation harmonieuse et cohérente des droits fondamentaux. L'organe créant la fonction, il est hautement probable que la Charte génère un contentieux préjudiciel incomparablement plus élevé que celui qui est actuellement porté devant la Cour de Justice. Cela augmentera dans le même mesure les risques de voir des décisions de la Cour de justice désavouées ultérieurement par la Cour de Strasbourg au titre de la responsabilité des Etats membres tenus par ailleurs de respecter et d'appliquer le droit communautaire. Dans quel pétrin risque-t-on alors de mettre un Etat appelé à appliquer un arrêt de la Cour de justice qui se trouve en porte-à-faux avec un arrêt ultérieur de la Cour de Strasbourg? Aussi, dans la perspective d'une intégration harmonieuse de la Charte parmi les autres systèmes internationaux de protection des droits fondamentaux, les débats sur la nature de la Charte remettra à l'ordre du jour la question de l'adhésion des Communautés européennes et/ou de l'Union à la CEDH... En confiant à une instance unique, la Cour européenne des droits de l'homme, l'interprétation des droits de la CEDH repris dans la Charte, une telle solution garantirait une parfaite harmonie entre ces deux textes...», Comentarios de los observadores del Consejo de Europa en la Convención, Sres. Krüger y Fischbach, al Proyecto de Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, 9 de noviembre de 2000, Charte 4961/00, CONTRIB 356.

27. ¿O se trata ya de un Documento con fuerza jurídica? «Estas conclusiones sobre el significado y el contenido el derecho a la protección de datos personales se corroboran, atendiendo al mandato del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. Como es el caso de la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. En el ámbito europeo, del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, del que hemos dicho en la STC 254/1993, FJ 4, que no se limita «a establecer los principios básicos para la protección de los datos

demos afirmar que nos encontramos únicamente ante el primer tramo del camino que conduce a la efectiva incorporación de los derechos fundamentales en el único sistema jurídico constitucional europeo que hasta la fecha carece de plena legitimación democrática²⁸. Esta es la razón, no otra, para reproducir lo que en la audiencia pública que tuvo a bien convocar el presidente de la Convención Europea, Sr. R. Herzog, dijimos, al igual que un buen número de colectivos sociales europeos, respecto de la necesidad de ir más allá de la que luego sería mera proclamación de la Carta. Ya entonces, la sociedad civil apostó por la creación de un espacio público europeo democrático y de derecho y de cuya arquitectura era elemento imprescindible la Carta de Derechos Fundamentales²⁹. Pero este paso se daría algo después, como no podía ser de otro modo, pues no en vano la Carta se redactó, elaboró y aprobó, «como si fuese a tener eficacia jurídica plena»

3. EXCURSO: NUESTRA INTERVENCIÓN ANTE EL PLENO DE LA CONVENCION EUROPEA

Para un estudioso del derecho constitucional hablar de derechos fundamentales es, por razones históricas y naturales, hablar de Constitución. Históricas porque, como se ha dicho, el término Derecho fundamental nace y se desarrolla con las Constituciones; a la par que las Constituciones abandonaban su naturaleza programática y adquirían la forma de documento jurídico vinculante destinado a regular el poder, el poder político (la forma en que éste se adquiere, se ejerce y se transmite), los derechos fundamentales pasaron a incorporarse a las Constituciones no ya como simples resistencias otorgadas en favor de los individuos frente al poder sino que, en lo que sería la dimensión objetiva de éstos, su presencia en los textos constitucionales acabarían determinando e influyendo en la configuración del poder político que se constituía.

tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11», sino que los completa «con unas garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8», al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa. Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, *así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto*. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental», STC 292/2000, de 30 de noviembre (cursiva nuestra).

28. Con lo que no queremos decir que no la tenga en absoluto: «La Unión Europea extrae su legitimidad de los valores democráticos que proyecta, de los objetivos que persigue y de las competencias e instrumentos de que dispone. Pero el proyecto europeo extrae también su legitimidad de instituciones democráticas, transparentes y eficaces... La primera pregunta que hay que plantearse es cómo podemos aumentar la legitimidad democrática», Declaración de Laeken, Consejo Europeo, 14 y 15 de diciembre de 2001.

29. Vid., por todos, Häberle, P., «¿Existe un espacio público europeo?», Rev. de Derecho Comunitario Europeo, 1988, n.º 3, pp. 113-136.

Su origen, sin embargo, no encierra su destino. Los derechos fundamentales nacieron con las Constituciones pero no se agotan en ellas. La llamada «humanización» del derecho internacional que se produce tras nuestra Segunda Guerra Mundial tiene como uno de sus logros el haber atraído para el Derecho Internacional al individuo y ya no, como ocurríese antes, como objeto a proteger, como sujeto indirecto de una protección en la que los responsables directos resultaban los Estados, sino como titular de concretos derechos y libertades, como sujeto de derecho en plenitud. Así, la DUDH de 1948, el PIDCP de 1966, su protocolo facultativo y, especialmente, el CEDH de 1950 son vivas muestra que confirman la transposición de la categoría Derechos fundamentales del Estado constitucional a una cada día más institucionalizada sociedad internacional, en la que los Estados han dejado de tener en exclusiva el papel de sujetos de derecho y obligaciones.

La fundamentalización de los derechos del hombre a este doble nivel, estatal e internacional, no hace a los individuos doblemente titulares de derechos y libertades. Es cierto que el status jurídico fundamental del individuo aparece y viene configurado por distintas fuentes de producción jurídica, internas y externas, pero también es cierto que la unidad y coherencia que se predica del sistema jurídico, del entero sistema jurídico, rechaza e impide contradicciones internas. Así, y creo que con este ejemplo se entenderá lo que queremos decir, cuando un Estado se incorpora al CEDH, el TEDH deviene un tribunal interno; a partir de ese mismo momento, también, las instancias jurisdiccionales internas de protección de derechos y libertades deben comenzar a aplicar derecho externo en armonía con la regulación jurídico estatal existente (art. 16 CP, art. 10.2 CEDH, art. 1 LFB).

En el seno de este marco jurídico amplio, de por sí complejo pero estable, es donde pretende insertarse ahora una nueva Declaración (Convenio) de Derechos fundamentales para la Unión Europea (el que ésta sea o no necesaria no será objeto de nuestra consideración). Como dato a tener en cuenta, debe repararse en que ha sido este marco jurídico general (Constituciones y Convenio) el que durante años ha sido empleado por el TJ de Luxemburgo para trasladar al orden jurídico comunitario, como principios generales, los derechos y libertades fundamentales de las individuos dependientes de su jurisdicción. Esta labor pretoriana del TJCE nos permite afirmar que la Unión Europea nunca ha sido ajena, como por otra parte no podría ser de otro modo, al respeto a los derechos fundamentales (además de por supuesto el art. 6-7 TUE).

En consecuencia, a la hora emprender esta tarea, el «constituyente» europeo ni debe pretender substraerse a esta realidad jurídico-constitucional ni puede estar pensando en el ordenamiento jurídico comunitario como un sistema estanco a la realidad jurídica en la que pretende implantarse. De culminar este proceso con éxito los derechos fundamentales se situaran en la cúspide de todo el sistema jurídico europeo, estatal y comunitario, pues no habrá poder constituido (tampoco constituyente) que no se vea vinculado en su acción por los derechos y libertades reconocidos con carácter fundamental en favor de los individuos.

A sabiendas que la tarea de esta Convención se limita, lo que no es poco, a elaborar y concretar los derechos y libertades que conformaran la proyectada Carta, su tarea, al menos a nivel discursivo no debe quedarse ahí. Dicho esto, comienzo a exponer

los elementos que facilitarían la incorporación-integración de la Declaración de Derechos Fundamentales de la Unión europea en el orden público europeo de derechos conformado hasta ahora, básicamente, por el CEDH, las Constituciones de los Estados miembros de la Unión y, sin que sea paradójico, la jurisprudencia del TJCE.

- 1º) La Carta de DF de la UE debe incorporarse necesariamente a los Tratados constitutivos de la UE. Sólo así en puridad podrá hablarse de Derechos fundamentales. Derechos que vinculan a todos los poderes públicos y cuyo contenido esencial es resistente a la acción del legislador. Si a nivel estatal la «conexión de sentido» de los DF es la Constitución, a nivel comunitario la conexión pasa por los tratados. Los poderes públicos así vinculados serían, además de los órganos de la Unión, los de los Estados miembros cuando estos aplicasen derecho comunitario.
- 2º) No hay derechos sin garantías. El art. 7 del anteproyecto de Carta de Derechos reconoce como derecho fundamental el que exista un recurso efectivo a disposición de toda persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados. El carácter restrictivo con el que hasta ahora se ha venido interpretando la legitimación activa de los particulares para interponer el recurso de anulación (art. 173 del Tratado) nos lleva a preguntarnos si no sería conveniente la creación de un mecanismo procesal específico para la protección de los derechos y libertades. Téngase presente a este respecto la interpretación que sobre la eficacia de los recursos hace el TEDH: accesibles para los interesados y adecuados, es decir, útiles para reparar la violación perpetrada (STEDH Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica).
- 3º) La articulación de sistemas de protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario y estatal, cada uno de ellos en su respectivo ámbito de competencias, no estaría exenta a este nivel horizontal de problemas (principio de competencia frente al principio de jerarquía). Es pura teoría el presumir que en principio y sólo en principio, la tabla de derechos fundamentales de la UE y la de cada uno de los Estados miembros, en la mayoría de los casos incorporada en las Constituciones, van a operar en ámbitos autónomos sin relaciones entre sí. La interferencias se producirían cuando tanto el juez comunitario como el nacional tuviesen que concretar el contenido de un derecho, reconocido tanto en la Carta de DF de la Unión como en la Constitución del Estado, y se encontrase con jurisprudencia nacional y comunitaria, que con anterioridad lo hubiese definido, discordante. Esta situación, de darse, lleva aparejado para el individuo el tener bajo un mismo sistema jurídico y para un mismo derecho fundamental dos contenidos distintos. El problema, que además, por otro lado, resulta irresoluble, se complica aún más cuando se tiene presente que la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea son al mismo tiempo parte en el CEDH. Las causas de tal complejidad están a buen seguro presente en la cabeza de todos los miembros de esta Convención.

Cuando en el debate sobre la necesidad de que la Unión Europea incorpore en sus Tratados constitutivos una Carta de Derechos y Libertades se ha planteado, a modo

de alternativa, entre elaborar una Declaración de derechos propia o que la UE se incorporase al CEDH (Dictamen de TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1996) creo que se olvidaba la naturaleza jurídica real del propio CEDH. Este Convenio europeo y, concretamente, su sistema de garantías, tiene como función esencial el asegurar, con carácter subsidiario, un espacio público común de derechos y libertades. El TEDH resulta, desde esta perspectiva, no ya el garante último de los derechos y libertades básicos de los europeos y de aquellos y aquellas que e encuentren en nuestro continente sino, más bien, el órgano jurisdiccional que tiene la función de asegurar y armonizar el contenido esencial (no sé si mínimo) de los derechos fundamentales. Es por esta razón por la que nuestra tercera propuesta consiste en la necesidad jurídica de que la UE acabe ratificando, previa reforma del tratado Constitutivo, el CEDH, además de incorporar en la cúspide del ordenamiento comunitario una Carta de derechos y libertades acomodada a las exigencia del tercer milenio.

4. FUTURO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: UNA NUEVA CONVENCIÓN Y LA CIG DE 2004

Los Jefes de Estado y Gobierno de la Unión Europea deciden en Laeken, diciembre de 2001, convocar una nueva Convención con el objetivo de preparar, de la manera más amplia y posible, la próxima Conferencia Intergubernamental del año 2004. Dicha Convención, se afirma en la Declaración, tendrá el cometido de examinar las cuestiones esenciales que plantea el futuro desarrollo de la Unión e investigar las distintas respuestas posibles. Los retos y reformas sobre los que la Convención deberá tratar vienen tasados en el acuerdo adoptado por los Jefes de Estado y Gobierno, abarcando, como ahora se verá, todos aquellos aspectos centrales que hagan de la «comunidad europea» un espacio más democrático, transparente y eficaz; concretamente, analizar el reparto y definición de las competencias en la Unión Europea, estudiar una posible simplificación de los Tratados, acrecer la legitimidad de la Unión y plantear y proponer, en su caso, la elaboración y adopción de un documento constitucional único para la Unión Europea.

No es ahora el momento de describir aquí la composición, estatuto y calendario y métodos de trabajo de esta nueva Convención³⁰. Sin embargo, sí es de nuestro interés el señalar que dentro de los cuatro grandes bloques de materias referidos, y sobre lo que la Convención en la actualidad trabaja, aparece, en el último de ellos, es decir, el relativo a la elaboración de una Constitución o Tratado Constitucional para Europa –lo que por otra parte no tiene nada de casual–, la cuestión abierta, a decidir por la Convención, de si «la Carta de Derechos Fundamentales», elaborada por la Convención anterior y proclamada en Niza, «debe integrarse en el tratado básico», al mismo tiempo que debe la Convención «plantearse la cuestión de la adhesión de la Comuni-

30. Además de un Presidente (Sr. V. Giscard d'Estaing) y dos Vicepresidentes (Sres. G. Amato y J.L. Dehaene), la Convención cuenta con 15 representantes de los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros, 30 miembros de los Parlamentos Nacionales, 16 miembros del Parlamento Europeo, y 2 representantes de la Comisión. Los países candidatos participaron en la Convención como los Estados miembros: un representante del Gobierno y dos miembros del Parlamento Nacional que participarán en las deliberaciones, «si bien no podrán impedir el consenso que pueda alcanzarse entre los Estados miembros».

dad Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos». Es decir, los derechos fundamentales, como tantas veces hemos repetido, como piedra angular de todo proyecto político de reconstitución europea que pretenda ir más allá de la actual naturaleza interestatal de la Unión y Comunidad Europea.

Además, cabe añadir, muy posiblemente este concreto cometido que el Consejo encarga a la Convención sea su gran triunfo, al mismo tiempo que su justificación, pues políticamente queda más allá del horizonte previsible el que la Unión Europea, o la Europa Unida –como prefiere rebautizarla el Presidente de la Convención, Sr. Giscard–, se transfigure en un mega Estado federal que absorba y se superponga a la conjunción de los actuales quince Estados (en el futuro veinticinco) que conforman dicha estructura política y económica de cooperación interestatal. Y tal vez, como se ha dicho, todo sea consecuencia de la falta de un «demos» que de soporte a las legítimas aspiraciones paneuropeístas, a pesar de contar con varios siglos de historia.

Aceptando la premisa anterior, obviamente, como algo mutable en el tiempo, no por ello debemos dejar de asumir a Europa, en el sentido político jurídico de la expresión, como un espacio integrado de democracia y libertad. Al margen, pues, de su estructura estatal-soberanista y de las dificultades políticas, sociales y económicas que el proceso de integración europea encuentre en su camino, es cierto que, desde la Segunda Guerra mundial, con, por un lado, el orden jurídico democrático constitucional que a nivel estatal se impuso (las denominadas «democracias de nuestro entorno») más, por otro, el mecanismo suprestatal de ámbito regional para la protección de derechos y libertades, Europa se nos presenta como un escenario jurídico, en el cual, el binomio indisoluble conformado por democracia y derechos fundamentales domina su parte más visible. Con la descripción de dicho marco escénico comenzamos estas páginas por lo que, en aras de evitar reiteraciones, valga ahora que a allí remitamos al amable lector. Con todo, podemos adelantar que nos encontramos en el principio del fin de nuestra exposición, pues era el objetivo de este trabajo el exponer y analizar el proceso que, más temprano que tarde, acabará asignando a los derechos fundamentales y su protección un papel centripeto en la construcción del orden jurídico de la Unión Europea, avance ésta hacía donde avance, y sin que con ello queramos decir, máxime después de lo afirmado hasta este momento, que dichos derechos no hayan ocupado en la construcción europea el lugar que por su propia naturaleza les corresponde en todo orden normativo democrático.

En efecto, la Convención que arranca con la Declaración de Laeken ha asumido sin ambages y con valentía el cometido que el Consejo le proponía en este terreno: ¿qué hacer con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y decidir si la Unión debe adherirse o no al Convenio Europeo de Derechos Humanos? Para tal fin creó en su seno un grupo de trabajo II, conocido sintéticamente por grupo «Carta», presidido por el Sr. A. Vitorino³¹. Sobre la base del mandato que la Convención hizo a este grupo, y en el que se le rogaba se centrara más en las posibilidades técnicas y jurídicas, evitando la tentación de recrearse en las cuestiones políticas de

31. El mandato del grupo contiene dos partes: a) las modalidades y consecuencias de una posible integración de la Carta en los Tratados y b) las consecuencias de una posible adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El documento es citado en la página web de la Convención como Conv 72/02.

fondo, el grupo, reunido en siete ocasiones, ha abordado las dos cuestiones que se le planteaban, llegando a las siguientes conclusiones en un documento de reciente aparición en el que se adelanta la que a buen seguro será la decisión final de la Convención³².

a) Sobre la Carta: todos los miembros del grupo, o bien apoyan firmemente la incorporación de la Carta mediante una fórmula que le permita ser jurídicamente vinculante y tener un estatuto constitucional o no descartan dar una consideración favorable a dicha incorporación. En cualquier caso, un «elemento» tan esencial como los derechos fundamentales debería encontrar su sitio en el marco constitucional de la Unión. El cómo hacerlo dependerá, lógicamente, del marco jurídico final de la arquitectura que adopte el Tratado y que proponga la Convención; en cualquier caso, la mayoría de los miembros de la Convención se inclinan, bien por la incorporación de la Carta en un título o capítulo del Tratado único, bien por la inclusión de una referencia a la Carta en el Tratado constitucional, adjuntándola a éste como protocolo o anexo. Un solo miembro del grupo de trabajo apuesta por realizar una «referencia indirecta» a la Carta en el Tratado para dotarla así de fuerza jurídica, pero sin que llegue a alcanzar valor constitucional. Lo que no deja de ser una contradicción en términos, pues los derechos adquieren naturaleza fundamental precisamente por estar anclados en la Constitución³³.

Asimismo, en aras de una incorporación fluida de la Carta en el Tratado, el grupo conmina a la Convención a respetar el contenido íntegro de la Carta, incluidas sus declaraciones de derechos y principios, su preámbulo y, como elemento fundamental, sus «disposiciones generales», y no abrir de nuevo el debate sobre la misma. Con la misma intención, y a fin de trasladar sus conclusiones y análisis al pleno, el grupo de trabajo hace mención expresa de que en ningún caso la incorporación de la Carta a los Tratados modifica el reparto de competencias existente entre la Unión y los Estados miembros: «El hecho de que la Carta contenga derechos en ámbitos en los que la Unión no tiene, o apenas tiene competencias, no es contradictorio, dado que, aunque se limiten las competencias de la Unión, ésta debe respetar en todos sus actos los derechos fundamentales y, por lo tanto, debe evitar interferencias indirectas con los derechos fundamentales, incluidos los que se refieren a ámbitos en los que carece de competencia legislativa»³⁴.

b) Sobre la adhesión por la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos: la unanimidad del grupo apoya con firmeza, o bien están dispuestos a estudiar con ánimo favorable, la incorporación al Tratado constitucional de una disposición constitucional que faculte a la Unión para adherirse al CEDH. Los principales argumen-

32. El documento aparece sobre el sitio web de la Convención con la referencia: CONV 354/02 (WG II 16), Bruselas, 22 de octubre de 2002.

33. En este mismo sentido pero a buen seguro no por las mismas razones, Rubio Llorente, F., «Mostrar los derechos sin romper la Unión», REDC, nº 64, 2002, pp. 13-52.

34. El Grupo recomienda una ligera modificación del art. 51.1 de la Carta: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias, respetando los límites de las competencias conferidas a la Unión por otras partes (del presente Tratado/ del presente Tratado Constitucional).

tos, políticos y jurídicos, sobre los que la Comisión asienta su decisión avalan gran parte de las reflexiones mantenidas por nosotros en estas páginas, por lo que, a expensas de lo que finalmente diremos, pudieran éstas servir de conclusiones para nuestro trabajo. En primer lugar, la Comisión sugiere que con la incorporación de la Unión al sistema del Convenio se estaría lanzando el mensaje político de que en la «Europa de los derechos y libertades» debe tener sitio la Unión Europea («la Europa en sentido amplio reflejada en el Consejo de Europa y su sistema paneuropeo de protección de los derechos humanos»). En segundo lugar, la protección de los derechos humanos reconocidos en el Convenio sería análoga para los individuos, hubiesen visto éstos afectados o limitados sus derechos por actos de la Unión o por actos propiamente estatales. En tercer lugar, la adhesión sería un instrumento ideal para garantizar el desarrollo armonioso de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos de derechos humanos (se señala por la Comisión en este apartado los problemas que derivan de la no incorporación de la Unión al sistema de protección de derechos convencional en los casos en que el Tribunal de Estrasburgo debe pronunciarse indirectamente sobre el Derecho Comunitario sin que la Unión pueda defenderse ante dicho Tribunal ni disponga de un juez elegido a su título).

Por último, señala el grupo de trabajo, tal vez de manera inconsciente, la posición de garante último que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ocupar en el complejo, y a la vez único, sistema europeo de garantía de protección de derechos fundamentales. Y lo indica de sutil manera, precisamente, para resaltar a su vez la autonomía del derecho comunitario frente las posibles intromisiones de una jurisdicción ajena. La explicación, planteada en estos términos no nos llega a convencer, pues bien pudiera decirse lo contrario de no tener unos efectos jurídicos tan limitados las sentencias de Estrasburgo; pensamos, más bien que la explicación sería aceptable si se aprehende más por lo que encubre que por lo que desvela; es decir, si la tomamos pensando que en el fondo de su razonamiento lo que hay es la consideración del orden jurídico comunitario y del orden jurídico convencional como un único sistema jurídico, donde el Tribunal de Luxemburgo es el juez natural de lo Convencional y donde el Tribunal de Estrasburgo es el garante último de la Carta Europea de Derechos Fundamentales³⁵. En resumen, la clave de validez de todos los sistemas jurídicos que tienen a Europa como escenario de su vigencia, son los derechos fundamentales, los de la Convenio, los de la Carta, los de las Constituciones³⁶.

«Tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguiría siendo el único árbitro supremo de las cuestiones de Derecho de la Unión y la validez de los actos de la Unión; no podría considerarse al TEDH como un tribunal supremo, sino como un tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH. La posi-

35. «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa», art. 52.3 CDFUE.

36. Es debido reconocer las intervenciones ante el grupo de trabajo de los Sres. jueces Skouris (Documento de trabajo nº 19), Fischebach (CONV 295/02). Sus aportaciones facilitaron sin duda las decisiones aquí comentadas.

ción del Tribunal de Justicia sería análoga a la actual posición de los Tribunales Constitucionales o Supremos respecto del Tribunal de Estrasburgo... la incorporación de la Carta a los Tratados y la adhesión de la Unión al CEDH no deberían considerarse como posibilidades alternativas, sino como pasos complementarios para garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales por parte de la Unión: al igual que la existencia de la Carta no menoscaba en modo alguno las ventajas de hacer extensivo a los actos de la Unión el control del Tribunal de Estrasburgo, tampoco reduce la adhesión al CEDH la importancia del catálogo de derechos fundamentales propio de la Unión».