

CAPÍTULO III

LOS ÚLTIMOS DESARROLLOS DE LA PROTECCIÓN

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CCEE

1. Planteamiento general

En este capítulo analizaremos lo que se puede calificar como los tres últimos grandes pronunciamientos en materia de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. El primero de ellos cronológicamente hablando, es un texto del Parlamento Europeo que nunca llegó a ver la luz. Se trata del Proyecto de Constitución Europea de 1994, en el que, junto a los aspectos institucionales y competenciales en los que se debía basar la UE, se intentó codificar lo que, de haberse aprobado, habría supuesto el más importante paso adelante en materia de derechos fundamentales de los dados hasta ahora por las CCEE, con la introducción de una declaración de derechos y el establecimiento de garantías judiciales amplias para éstos. El segundo es el dictamen 2/94 del TJCE sobre la competencia de la CE para adherirse al CEDH, cuyo resultado negativo - salvo si se procedía a una reforma del TUE en cuyo caso la Adhesión sí sería posible - influyó decisivamente en la postura de los Estados reunidos en el seno de la CIG de 1996. El contenido de este dictamen será objeto de estudio detallado por constituir la más reciente ocasión en la que el TJCE se ha referido al modo de protección de los derechos fundamentales en el seno de las CCEE. Por último, se analizará las reformas que el Tratado de Amsterdam de Junio de 1997 ha llevado a cabo en el TUE en relación a la materia objeto

de estudio, así como las diversas propuestas que habían sido defendidas por los Estados y que fracasaron en el seno de la CIG sobre derechos fundamentales.

2. El Proyecto de Constitución Europea

2.1. Generalidades

Por la envergadura del proyecto acometido, así como por la significación simbólica y real que se hubiera desprendido de su final aprobación, nos vamos a detener de forma más detallada en el estudio del proyecto de Constitución Europea de 1994 elaborado por la Comisión sobre Asuntos Institucionales del Parlamento Europeo. A pesar de no constituir un acto de las instituciones como tal aprobado y en vigor, sin embargo este documento nos ayuda a entender de modo bastante acabado cuál era el perfil que el Parlamento Europeo quería dar a la UE a fines del siglo XX en materia de derechos fundamentales, a través del establecimiento de un sistema más acabado y completo de protección²⁴⁵.

La doctrina coincide en general en la identificación de los motivos por los que el Parlamento Europeo decidió acometer la redacción de un proyecto tan ambicioso. Así, parece que la causa principal sería el convencimiento de la institución sobre la necesidad de cambiar la estrategia de revisión de los tratados, que no podía (o más bien, no debía) prolongarse *ad aeternum* a través de la convocatoria de conferencias intergubernamentales, las cuales no proporcionaban estabilidad y además complicaban cada vez más el modelo de construcción europea.

El Parlamento Europeo, como única institución con representación democrática se creyó legitimada para, de alguna forma, zanjar el sistema de integración seguido hasta ese

²⁴⁵ El contenido del proyecto de Constitución (DOC P.E. A-0064/94) fue anexo a la resolución del Parlamento Europeo sobre la Constitución Europea (DOC P.E. de 10 de Febrero de 1994, DOCE C61 1994 pp.155-170). En ésta última, el Parlamento achacaba la iniciativa de esta Constitución, entre otras razones, a que el TUE no respondía a las esperanzas de democracia, eficacia y transparencia que se habían depositado en él (considerandos A, B, C y D de la resolución).

momento y basado fundamentalmente en las reformas sucesivas y casuísticas de diferentes aspectos de los tratados constitutivos en el seno de conferencias diplomáticas²⁴⁶. Este método era mejorable desde un punto de vista democrático y, además, se había manifestado como bastante imperfecto a la vista, sin ir más lejos, de las dificultades experimentadas para la ratificación del TUE en ciertos Estados miembros.

El Parlamento Europeo y buena parte de la doctrina coincidían en que con el texto del TUE en la mano, no se podía en absoluto asegurar que éste respondiera a las exigencias y pusiera punto final a los temores manifestados durante el debate público previo a su redacción, ratificación y entrada en vigor en el sentido de acercar el proyecto europeo al ciudadano, hacerlo más transparente, más democrático, más garantista de los derechos subjetivos, más comprensible incluso semánticamente. Consciente de la legitimidad que le otorgaba su elección directa, el Parlamento Europeo se arrogó la titularidad de la promoción del nuevo proyecto y así se erigió en el promotor de la transformación radical de la UE mediante la redacción de una Constitución que, sin sustituir a los tratados constitutivos sino integrándolos, se encarnara en un texto de naturaleza jurídica diferente a éstos, un marco de referencia único y fundamental de la UE²⁴⁷ con auténticos principios constitucionales, amén de un catálogo de derechos fundamentales con su correspondiente garantía jurisdiccional; un texto que constituyera el documento básico de la UE y que ayudara al ciudadano a comprender de modo sencillo, legible y transparente el funcionamiento de las instituciones, los objetivos de la UE, sus derechos, etc.²⁴⁸

²⁴⁶ THÜRER se refiere a la teoría del Federalismo Funcional seguido hasta ahora como pasado de moda y anacrónico (THÜRER, Daniel: "Do We Need a Constitution For Europe?", en *A Constitution for Europe?. EUI Working Papers Robert Schuman Center* 95/9, Florencia, pp.13-22, p.14).

²⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, hablando de modo general y abstracto sobre la idea de Constitución Europea (no sobre este proyecto en concreto) lo denomina "valor unificante" (DÍEZ-PICAZO, Luis María: "Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea", en *Revista de Instituciones Europeas* 1993, pp.533-559, p.546).

²⁴⁸ Vide POYAL COSTA, Ana: "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario", en *Revista de Estudios Europeos* 1994, n°8, pp.89-102; HERMAN, Fernand: "Introduction", en *A Constitution for Europe?. EUI Working Papers Robert Schuman Center* 95/9, pp.5-11. Este autor añade todo un catálogo de interesantes razones políticas, jurídicas y éticas para justificar la iniciativa del Parlamento Europeo (pp.8-11). Vide También PETERSMANN, Ernst-Ulrich: "Proposals for a New Constitution for the European Union: Building-Blocks for a Constitutional Theory" en *Common Market Law Review* 1995, n°32,

El Parlamento Europeo discrepó en su día sobre la convocatoria de una nueva conferencia intergubernamental en 1991 para reformar los tratados constitutivos con el objeto de incluir en ellos una unión económica y monetaria y una unión política. Esta institución consideraba que ello sólo supondría “retoques puntuales” de los tratados y complicaría aún más el ya de por sí complejo entramado comunitario. El escepticismo del Parlamento Europeo se vio confirmado y acrecentado por el propio fruto de la CIG de 1991, el TUE, que ya avisaba sobre la convocatoria de otra CIG para 1996. Ante la expectativa de otra CIG, en la que el Parlamento tampoco participaría por tratarse de una reunión intergubernamental, éste redobló sus esfuerzos en pro de la redacción de una Constitución Europea (misión que encomendó a su Comisión Institucional) con el fin de presentarlo como contribución del Parlamento Europeo a la CIG de 1996²⁴⁹.

Los mismos promotores y defensores del proyecto de Constitución eran conscientes de que el futuro texto no podría presentar las mismas características que ostenta una Constitución estatal. Para empezar, al Parlamento Europeo no le ha sido otorgado poder constituyente²⁵⁰. Además, no existe un pueblo europeo, ni un Estado federal. A ello se

pp.1123-1175; LA PERGOLA, Antonio: “Para qué una Constitución de la Unión Europea?”, en *La Constitución Europea 1994*, Marcelino Oreja (director), Actas, Madrid, pp.43-51; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “El Proyecto de Constitución Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 1995, nº45, p.9-29, quien en la p.17 de su artículo considera que la opacidad del sistema al que el proyecto de Constitución quiere poner fin no es meramente una crítica estética, sino una objeción general y política al sistema que lo deslegitima democráticamente.

²⁴⁹ En esta línea, OREJA califica al TUE como un instrumento que no responde a los retos y problemas de Europa y que no redefine las relaciones entre Europa, los Estados miembros y sus ciudadanos. Por ello propone como alternativa una Constitución Europa, que no considera un proyecto utópico sino como la única vía para racionalizar el sistema garantizando el acervo comunitario, para articular un cuadro institucional simple y garantizar realmente los derechos fundamentales y la división de poderes (OREJA AGUIRRE, Marcelino: “Estado Actual del Proceso de Construcción Europea. Europa y el Mundo en 1993”, en *La Constitución Europea*, Marcelino Oreja (director), 1994, Actas, Madrid, pp.19-32, pp.24 y 25).

Igualmente demoledor del TUE resulta WEILER, cuyas palabras merecen ser citadas: “¿Qué ha sido del discurso de los ideales en la Europa de Maastricht? ¿Qué valores, no qué intereses, se pueden asociar a la UE en 1993? La explicación es breve: Maastricht, emblema del estadio actual de la integración europea, ya no vale como vehículo de los ideales fundacionales, y no es mucho lo que ofrece en lugar de éstos” (WEILER, Joseph H.H.: “Los Ideales de Maastricht, en Entredicho”, en *La Constitución Europea*, Marcelino Oreja (director), 1994, Actas, Madrid, pp.303-321, p.303).

²⁵⁰ LA PERGOLA *cit.* pp.45 y 47.

añade el que el proyecto final hubiera tenido que ser sometido al visto bueno de los Estados miembros²⁵¹. HILF recuerda que el uso del término “Constitución” no significa que estemos ante un Estado europeo, sino únicamente que estamos ante un documento que establece “la estructura básica de una entidad jurídica”²⁵². También OREJA advierte que el uso de esta expresión en sede europea es impropio, poniendo el acento en que lo que este concepto condensa en el ámbito europeo es la idea de lograr una enunciación de principios comprensibles, una enumeración de derechos fundamentales y de sus garantías judiciales, un sistema institucional con funciones y funcionamiento transparente y democrático, una división de poderes; todo ello independientemente de que el nombre que le demos pueda ser el de Constitución, Carta, Declaración de Principios, etc.²⁵³

En definitiva, aunque el término se reserva para el texto legal de Estados soberanos, lo cierto es que también en lenguaje más coloquial ha venido a significar el texto que recoge los principios básicos de un ordenamiento. En este sentido, no hay mayor problema en denominar Constitución, al documento redactado por la Comisión de Asuntos Institucionales.

Pero precisamente al hacer referencia al proyecto redactado por la Comisión de Asuntos Institucionales resulta necesario precisar a qué proyecto nos referimos, dado que no se redactó uno solo, sino cuatro. En efecto, el primer ponente nombrado dio su nombre al primer proyecto (proyecto COLOMBO de Junio de 1992). La renuncia de este parlamentario, permitió a OREJA acceder a la ponencia, relanzar el proyecto y redactar su versión de Enero de 1993. La renuncia del segundo ponente permitió a Fernand HERMAN acceder a la ponencia. Durante el mandato de este parlamentario, se redactaron dos versiones, una primera de Septiembre de 1993 y la versión última que se maneja, presentada

²⁵¹ OREJA AGUIRRE, Marcelino: “Palabras Finales”, en *La Constitución Europea*, Marcelino Oreja (director), 1994, Actas, Madrid, pp.323-331, p.324.

²⁵² HILF, Meinhard: “la Constitución Europea: Principios Básicos y Derechos Humanos”, en *La Constitución Europea*, Marcelino Oreja (director), 1994, Actas, Madrid, pp.53-59, p.55.

²⁵³ OREJA *cit.* “Palabras Finales”, p.324.

al Parlamento Europeo el 27 de Enero de 1994. Nuestro estudio del proyecto de Constitución -y especialmente de su sistema de protección de los derechos fundamentales- se limita a la última versión redactada. Resulta interesante destacar que, sin embargo, ésta no es una versión definitiva, por cuanto, cuando fue presentada al pleno del Parlamento Europeo, éste tomó nota de su contenido pero decidió no aprobarlo. En su lugar, convocó al nuevo Parlamento Europeo (que sería elegido ese mismo año) para que prosiguiera los trabajos de redacción sobre la base de ese documento. De hecho, el Parlamento Europeo, en su resolución de Febrero de 1994 (donde toma nota del segundo informe HERMAN de Enero anterior) organiza un complicado sistema de preparación del proyecto de Constitución definitivo: 1) que el nuevo Parlamento prosiga los trabajos teniendo en cuenta las aportaciones de los parlamentos nacionales (punto 1 de la Resolución), 2) que convoque una conferencia interparlamentaria entre el Parlamento Europeo y parlamentos nacionales (punto 2), 3) que se forme un grupo de sabios que examine el proyecto (punto 3), 4) que la Comisión y el Consejo hagan preceder la CIG de 1996 de una conferencia interinstitucional sobre la Constitución Europea (punto 4) y 5) que los Estados tengan la oportunidad de exponer su punto de vista (punto 5).

Sin embargo, una vez anexada a la citada resolución del Parlamento Europeo el proyecto HERMAN de Constitución Europea y elegida la nueva composición del Parlamento Europeo, el proyecto fue abandonado sin visos de ser retomado por el momento y sin que, en cualquier caso, fuera presentado a la CIG de 1996.

Por tanto, el análisis que en esta sede se realiza de las disposiciones sobre protección de derechos fundamentales en este proyecto se hacen a un nonato que tiene pocos visos de nacer, un proyecto abandonado pero interesantísimo desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

2.2. Análisis de los derechos garantizados y de su sistema de garantías

Precisamente uno de los pocos puntos en los que coincide lo que representa el concepto “Constitución” para los Estados y lo que significa a nivel europeo, es en entender que toda Constitución ha de contener un listado de derechos fundamentales, a lo que se debe añadir como condición *sine qua non* un sistema de garantías jurisdiccionales que los asegure. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA afirma: “Una Constitución es esencialmente un sistema de garantías de los derechos fundamentales definidos al efecto, que marca el sistema de articulación entre el poder y los ciudadanos...”²⁵⁴.

Pues bien, el proyecto de Constitución menciona los derechos fundamentales en el Preámbulo, da su listado de derechos protegidos en el título final (Título VIII) -detrás incluso de las Disposiciones Finales (Título VII)- y estudia el modo de garantizarlos en el art.38 [dentro del Título IV -Funciones de la Unión- Capítulo 4 (Función Jurisdiccional), así como en el art.7 (dentro del Título I: los Principios)].

2.2.1. Preámbulo

Si bien reiteramos, como ya hicimos con el TUE, que los preámbulos no tienen eficacia jurídica obligatoria, sin embargo nos ayudan a entender los objetivos de la norma. En este sentido, en el punto 2 del preámbulo de la Constitución Europea se subraya que la pertenencia a la UE se basa en valores comunes a los pueblos que la integran, en particular, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la dignidad humana, la democracia, el respeto de los derechos humanos y la primacía del Estado de Derecho.

²⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA *op.cit.*, p.18.

HILF resume los puntos básicos que perseguían los miembros de la Comisión de Asuntos Institucionales en el siguiente texto: “nous voulons une codification, nous voulons améliorer les procédures, nous voulons protéger les droits des citoyens”²⁵⁵.

Sin embargo, cuando en el Título I (los Principios) se estudian los objetivos de la Unión Europea (art.2) brilla por su ausencia la mención a los derechos fundamentales. A la vista del resultado del dictamen 2/94 del TJCE, que seguidamente estudiaremos pero en el que, lo adelantamos, el TJCE concluyó que la CE no podía adherirse al CEDH porque no figuraba entre los objetivos de la Unión el proteger los derechos fundamentales, nos planteamos si, quizá, de haber conocido el resultado del dictamen 2/94 en el momento de redacción del proyecto de Constitución, la Comisión de Asuntos Institucionales no habría incluido la protección de los derechos fundamentales entre los objetivos mencionados en el art.2.

2.2.2. Derechos garantizados

En la parte normativa de la Constitución, en su Título VIII, el proyecto proporciona su catálogo constitucional de derechos fundamentales. Así, se le da forma y sustancia a la frase “derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario”. La doctrina ha criticado la ubicación de este listado en el Título VIII, su último título, como apéndice de la Constitución. Algunos de ellos han creído ver en ello una prueba de que realmente el interés de los redactores por crear un novedoso y significativo catálogo de derechos fundamentales no era tanto y que la Constitución Europea no propone realmente “objetivos nobles” para la UE²⁵⁶.

²⁵⁵ HILF, Meinhard: “Preamble and General Principles”, en *A Constitution for Europe?*, EUI Working Papers Robert Schuman Center 95/9, pp.23-27, p.25.

²⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis María: “Double Legitimacy and the Herman Report”, en *A Constitution for Europe?*, EUI Working Papers Robert Schuman Center 95/9, pp.29-33, p.31.

Por lo que al contenido material del catálogo se refiere, se produce un paralelismo casi total entre la Declaración sobre Derechos y Libertades Fundamentales aprobada por el propio Parlamento en 1989 y el listado ahora apuntado. El mimetismo sería ya una pura identidad si no fuera porque en la Constitución se excluyen de la declaración de derechos la libertad de movimiento (que se sigue consagrando, pero con otra ubicación), la protección de los consumidores y el principio de democracia.

Los derechos protegidos por la Constitución (todos los cuales ya se mencionaban en la Declaración de 1989) son los siguientes: derecho a la vida, derecho a la integridad física, dignidad humana, igualdad ante la ley, libertad de pensamiento, libertad de opinión y de información, respeto a la vida privada y familiar, inviolabilidad del domicilio, protección de la familia, libertad de reunión, libertad de asociación, derecho de propiedad, libertad profesional y derecho a unas condiciones de trabajo justas, derechos sociales colectivos (fundar sindicatos, derecho negociación colectiva, derecho de huelga...), protección social (derecho a la salud, seguridad social, vivienda digna...), derecho de educación, acceso a la información, creación de partidos políticos, acceso a la justicia, *ne bis in idem*, irretroactividad, derecho de petición, derecho al respeto al medio ambiente...

Hay quien alaba la mejora que hubiera supuesto la Constitución Europea de haberse aprobado por mencionar en su catálogo de derechos fundamentales derechos socio-económicos. Para esta parte de la doctrina, es bueno e interesante que la UE se adapte a los nuevos tiempos protegiendo, incluso judicialmente, derechos socio-económicos (muchos de ellos laborales)²⁵⁷. Incluso hay quien considera que, a pesar del incremento de los derechos protegidos, la enumeración de derechos fundamentales sigue siendo incompleta y pobre²⁵⁸.

Sin embargo, otros realizan una crítica más profunda, de más calado, sobre los derechos textualizados en el Título VIII. En concreto, WEILER critica el que se haya

²⁵⁷ OREJA "El Estado Actual..." *op.cit.*, p.29.

²⁵⁸ HILF 1995 *op.cit.* p.24. Véase también en el mismo sentido: MEDINA ORTEGA, Manuel: "Hacia una Constitución Europea", en *Cuadernos de la Cátedra J.B.Scott*, 1994, Valladolid, p.39.

optado por un *totum revolutum* incompleto. Para este autor, existía una alternativa para los redactores en esta materia: o bien codificaban únicamente los derechos clásicos consagrados por la jurisprudencia del TJCE a través de los principios generales del derecho, realizando así un catálogo de *lex lata* (se codifica lo ya conseguido) o bien se creaba un auténtico catálogo *ex novo*, una propuesta para el futuro de *lege ferenda*, con un carácter progresista e inspirado únicamente en las necesidades de la Unión, que no absorbiese todos y cada uno de los derechos fundamentales que tradicionalmente se enumeran en una declaración derechos. En cambio, el proyecto de Constitución optó por una solución que no satisfizo ni a los defensores de una declaración de derechos clásicos ni a los sectores más progresistas por el cual se declaran los derechos fundamentales clásicos más algunos, sólo algunos, de los derechos económicos y sociales²⁵⁹.

Un importante dato que merece ser destacado es a quién protegen estos derechos. En efecto, quizá el dato más importante de este proyecto consiste en que despliega su manto protector sobre “toda persona”. Qué duda cabe que los derechos de la persona humana mencionados en este catálogo son derechos universales y por ello con respecto a ellos el uso de la expresión “toda persona” resulta simplemente inevitable. Más innovador resulta el uso de esta expresión (junto a los impersonales “se garantiza”, “nadie puede...”, “la Unión reconoce...”) en relación a los derechos socio-económicos y culturales listados en el Título VIII. Ello lo que nos demuestra es, ni más ni menos, que los redactores del proyecto estimaron que los derechos fundamentales de segunda generación debían aplicarse no sólo a los ciudadanos comunitarios, sino también a quienes no lo son²⁶⁰. La iniciativa solo puede ser bienvenida.

Quizá por el objetivo de distinguir claramente entre los derechos de todos y los derechos de los que sólo disfruta el ciudadano comunitario, el proyecto de Constitución

²⁵⁹ WEILER, Joseph H.H.: “Human Rights and Citizenship Under the European Parliamentas Draft Constitution”, en *A Constitution for Europe?*, *EUI Working Papers Robert Schuman Center* 95/9, pp.73-78, pp.73 y 74.

²⁶⁰ OREJA “El Estado Actual..” *op.cit.* p.27

Europea no incluye los derechos de ciudadanía en el Título VIII. En cambio, los enuncia como derechos autónomos en el Título I (los Principios) en art.4 (derechos electorales del ciudadano), art.5 (derechos de actividad política del ciudadano: a ejercer cualquier actividad política, a acceder a cargos públicos de la UE, a la protección diplomática y consular en el extranjero)²⁶¹, en art.6 (libertad de circulación: derecho de residencia, estancia, a realizar la actividad de su elección, igualdad de oportunidades, derecho a salir de la UE y regresar a ella, a dirigirse al Defensor del Pueblo y formular peticiones al Parlamento Europeo -los dos últimos se extienden a cualquier persona)²⁶².

Retomando el estudio del Título VIII, en él destacan sus 3 últimos artículos (22, 23, y 24²⁶³) que no enuncian derechos protegidos sino que, a modo de epílogo, aluden a los

²⁶¹ De haberse aprobado la Constitución, este artículo hubiese incrementado el catálogo de derechos de ciudadanía con respecto a los reconocidos por TUE.

²⁶² PUENTE EGIDO confunde los términos en nuestra opinión cuando afirma que “la insistencia con la que ésta [el proyecto de Constitución en su Título VIII] reitera la garantía fundamental a “toda persona” indica que no ha querido distinguir entre “derechos fundamentales del hombre” y “derechos fundamentales de los ciudadanos”, en este caso, ciudadanos comunitarios. ¿Es practicable esta asimilación hasta la confusión total?” (PUENTE EGIDO, Jesús: “Glosa Breve a Algunos de los Principios de la Constitución Europea”, en *La Constitución Europea*, Marcelino Oreja (director), 1994, Actas, Madrid, pp.61-74, p.72).

En nuestra opinión, PUENTE EGIDO ha ignorado, al realizar esta apreciación, que los derechos del ciudadano comunitario no están consignados en el Título VIII, sino en el Título I (arts.4-6). En realidad, los derechos sociales, económicos y culturales cuya protección en el Título VIII se extiende a “toda persona” son los que anteriormente denominábamos derechos propios del nacional comunitario en el primer capítulo de esta tesis. Pero, insistíamos, nada en su estructura impedía extenderlos (y de hecho, nosotros defendíamos su extensión) a cualquier persona residente en el UE, independientemente de su nacionalidad. Por tanto, en el proyecto de Constitución no existe confusión entre derechos fundamentales de todos y derechos de ciudadanía. Simplemente, los derechos fundamentales de todos son ampliados a todo beneficiario independientemente de su nacionalidad, reconociéndose en esa categoría derechos que sin haber sido nunca considerados como derechos de ciudadanía, sin embargo se reconocían sólo al nacional de los Estados miembros.

²⁶³ Art. 22. Límites:

“El respeto de los derechos y libertades garantizados por la presente Constitución no admitirá excepción alguna, salvo en virtud de una ley que respete su contenido esencial y dentro de los límites razonables y necesarios para la salvaguardia de una sociedad democrática”.

Art.23. Nivel de protección:

“Ninguna disposición de la presente Constitución podrá interpretarse de forma que restrinja la protección ofrecida por el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional”.

Art.24. Abuso de Derecho:

límites de los derechos, al nivel de protección y al abuso de derecho. Estos 3 artículos tampoco son novedosos con respecto a la Declaración de 1989 sino que reproducen respectivamente sus artículos 26, 27 y 28.

El primero de ellos no añade nada a lo que ya conocíamos por la jurisprudencia del TJCE: los derechos fundamentales no son absolutos, sino restringibles siempre que no se afecte a su esencia mínima. Sin embargo, el modo de redacción del artículo es interesante, puesto que utiliza lo que en Derecho Internacional de los Derechos Humanos se denomina una “clawback clause”. El uso de este tipo de cláusula, que aparece p.ej. en la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, ha sido criticado porque tiene un importante riesgo: remitir a una ley posterior para conocer las restricciones al disfrute de un derecho constitucional o convencionalmente protegido. Una solemne declaración de derechos puede quedar reducida a mero papel impreso por la vía de su posterior desarrollo normativo de las situaciones de suspensión de derechos. Sin embargo, el peligro queda conjurado en la Constitución Europea al exigir el art.22 que la ley posterior asegure el contenido esencial del derecho.

El art.23 coadyuva a la garantía de los derechos proclamados asegurando que la Constitución no puede ser interpretada de modo que limite la protección de los derechos fundamentales ofrecida bien por el propio Derecho de la Unión o bien por el Derecho interno de los Estados miembros o el Derecho Internacional. Parece que esta sea la contribución de la Constitución Europea al esfuerzo iniciado por el TJCE para “reprimir” la revuelta constitucional de los Estados miembros. La Constitución Europea no puede interpretarse de modo que su nivel de protección caiga por debajo del obtenido por medio del resto del Derecho de la Unión (incluida la jurisprudencia del TJCE), ni del derecho de los socios comunitarios (para evitar más sentencias FRONTINI o SO LANGE I), ni por debajo del nivel exigido por el Derecho Internacional. Con respecto a este último (el

“Ninguna disposición de la presente Constitución podrá interpretarse de forma que confiera derecho alguno a desarrollar una actividad o realizar un acto que tengan por objeto limitar o suprimir los derechos y libertades proclamados por la misma”.

Derecho Internacional) resulta extraño que no se produzca una mención expresa al CEDH, siendo así que el primer proyecto de Constitución (de Febrero de 1993) sí mencionaba expresamente este texto convencional. El CEDH no aparece mencionado en el proyecto final, si bien aparece recogido en otra parte de la Constitución -en el artículo 7, situado dentro de Título I (sobre los principios de la Unión). En consecuencia, en el proyecto de Constitución Europea se produce una consagración formal del CEDH pero no en su Título VIII sino en otra sede igualmente importante: en sus disposiciones más generales²⁶⁴.

En realidad, se hace necesario estudiar aquí el art.7 del proyecto a pesar de su adscripción formal a otro título del proyecto. Ello se debe a que el propio art.7, que reconoce la garantía del respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, se remite al Tit.VIII para conocer cuáles son esos derechos fundamentales protegidos.

El art.7 nos indica varias cosas: 1) la UE y los Estados miembros garantizarán el respeto de los derechos del Tit.VIII en el ámbito de aplicación del derecho Comunitario y 2) la UE respeta los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y por los demás instrumentos internacionales aplicables y los que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes.

En relación al punto 1), WEILER manifiesta su duda sobre este aspecto tan “dramático” de los derechos fundamentales: cuál será su ámbito de aplicación tras la aprobación de la Constitución. WEILER recuerda que éste era ya un aspecto pacificado de la protección de los derechos fundamentales en el orden comunitario: el control de los derechos fundamentales se extendía no sólo a actos de las instituciones sino también a dos tipos de actos estatales: actos de ejecución de normas comunitarias y actos por los que el

²⁶⁴ Art.7. Derechos Humanos garantizados por la Unión:

“En los ámbitos en los que se aplique el Derecho de la Unión, ésta y los Estados miembros garantizan el respeto de los derechos enunciados en el título VIII. La Unión respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

Estado aprueba una derogación a las libertades de los tratados (especialmente, derogaciones a la libre circulación). Sin embargo, el art.7 de la Constitución no clarifica cuál hubiera sido en el futuro el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, si se extendería a algún tipo de acto de los Estados el control de la Unión sobre los derechos fundamentales. WEILER opta por pensar que el control comunitario sobre los derechos fundamentales se hubiera seguido aplicando al mismo tipo de actos estatales, aunque dejando siempre a salvo la “discrecionalidad” del TJCE para aumentar el tipo de actos nacionales que considere que tienen nexos comunitario²⁶⁵.

En cuanto al punto 2) mencionado, el proyecto de Constitución nos evoca aquél otro del art.F.2 TUE. Sin embargo, detectamos dos diferencias básicas entre ambos:

Primeramente, en el art.F.2 en su actual redacción los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y los resultantes de las tradiciones constitucionales comunes se respetaban como principios generales del derecho. Aquí, sin embargo, la Unión se compromete a respetar los garantizados por el CEDH, por los demás instrumentos aplicables y los que resultan de las tradiciones constitucionales comunes pero sin calificarlos en ningún momento como contenido de principios generales.

Nos planteamos si ello supone una diferencia real entre el texto del art.F.2 y el art.7 del proyecto dado que, en principio, los derechos fundamentales tienen el mismo valor jurídico tanto si se garantizan como principios generales o si lo son por sí mismos como contenido de tratados internacionales o de tradiciones constitucionales. Quizá ello lo que significa es que la supuesta víctima de la violación de un derecho fundamental garantizado por un tratado internacional aplicable en el ámbito comunitario (p.ej. el CEDH) puede ya invocar directamente el CEDH ante el juez comunitario confiando en que el contenido del derecho deberá ser para el juez comunitario exactamente el mismo que el que le da el

y de las Libertades Fundamentales y en los demás instrumentos internacionales aplicables y tal y como resultan de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros”.

²⁶⁵ WEILER en *A Constitution for Europe? op.cit.* pp.74-75.

artículo correspondiente del CEDH tal y como lo interpretan los miembros de la Comisión Europea de Derechos Humanos y los jueces del TEDH. Si esta lectura del art.7 es correcta, el TJCE no podría ya utilizar el CEDH como mera fuente de inspiración para localizar un principio general sobre ese derecho, lo que le permitía poder diferir en la interpretación que otorga a ese principio.

En segundo lugar, se consagra, a diferencia de lo que ocurre en el art.F, la referencia, junto al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes, de “los demás instrumentos internacionales aplicables”. Empero, la mención no resulta nueva. Pese a no haber sido recogida en el TUE, su uso se remonta ya a las primeras sentencias del TJCE relativas a derechos fundamentales, donde se enunciaba como “convenciones internacionales en cuya elaboración los Estados hayan participado o a las que se hayan adherido”. Ahora cambia el tenor literal utilizado. Nos preguntamos si la diferencia sintáctica entraña también una diferencia semántica. No lo creemos así, aunque consideramos que la nueva expresión de la Constitución no es feliz. En efecto, nos parece que se produce una indefinición total en el proyecto. ¿Cuáles son exactamente los tratados internacionales sobre derechos humanos “aplicables”? ¿Los suscritos por todos los Estados miembros? ¿Los que están en vigor? Al menos con la expresión jurisprudencial, independientemente de que estuviéramos de acuerdo o no con que instrumentos en cuya elaboración los Estados miembros participen pero que no ratifiquen puedan servir como fuente de inspiración al TJCE, sabíamos a qué atenernos. En nuestra opinión, la indefinida expresión “instrumentos internacionales aplicables” se refiere como mínimo a la Carta de Derechos Humanos de NU y a la Carta Social Europea.

LIÑÁN deplora la técnica seguida por los redactores del proyecto, quienes por un lado aluden a que los derechos protegidos son los del Título VIII y por otro mencionan la obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH, los demás instrumentos internacionales aplicables y tal como se deriven de las tradiciones constitucionales comunes. Con este sistema “híbrido” parece que lo que comienza siendo una declaración de derechos cerrada y privativa de las CCEE (el Título VIII) se completa o

complementa con las aportaciones provenientes de otras fuentes²⁶⁶. La discutible técnica de redacción hubiese sido disculpada en nuestra opinión si la segunda frase del art.7 hubiese supuesto una verdadera vinculación del TJCE a la jurisprudencia de las instancias del CEDH.

El último artículo de la Constitución Europea trata sobre el abuso de derecho, figura de inspiración francesa cuyo objeto es ofrecer al Estado (en este caso, a la UE) poder para controlar cómo se usan en su territorio los derechos fundamentales y evitar así su ejercicio abusivo o corrupto.

En definitiva, de la declaración de derechos del proyecto se extraen como consecuencias: 1) la declaración acumula derechos de primera, segunda y hasta tercera generalización (p.ej. la protección del medio ambiente). 2) Extiende el disfrute de unos y otros a toda persona. 3) No los proclama como absolutos. 4) Formula su determinación a que el nivel de protección no caiga por debajo del conseguido en el ámbito internacional o interno. 4) Mediante él, la UE no se otorga un sistema de protección cerrado, sino que se remite además a otras fuentes cuyos derechos también garantiza. De este modo el modelo cerrado del Título VIII no es tal, porque se complementa con lo establecido en un artículo ajeno al Título VIII (el art.7).

2.2.3. Sistema de Garantías

Realmente una declaración de derechos serviría para bastante poco si no fuera acompañada de un sistema de garantías judiciales adecuadas y eficaces que aseguraran que la proclamación de los derechos no es meramente teórica. A este respecto, el proyecto de Constitución sorprende con un cambio radical en relación al art.F.2 TUE y en relación, en realidad, a cualquier precedente que se le pretenda buscar en el Derecho Comunitario. El

²⁶⁶ LIÑÁN 1994 *cit.* pp.83 y 84.

supuesto hito lo constituye el art.38²⁶⁷, que consagra lo que algunos denominan ya un recurso de amparo. Empero, la indiscutible innovación que contiene el art.38 tiene una serie de inconvenientes que hacen decaer parcialmente el entusiasmo que se experimenta tras su primera lectura.

En primer lugar, el art.38 no aclara si el recurso puede ser dirigido sólo contra actos de las instituciones comunitarias que violan los derechos fundamentales o también contra actos de los Estados con nexo comunitario. WEILER habla de la existencia de una imperfección técnica en la disposición legal. Lo lógico es pensar que se extienda también a actos nacionales con nexo comunitario, pero ello sin duda podría provocar tensiones con tribunales internos, especialmente con los de tipo constitucional, que podrían considerar que el TJCE se extralimita al analizar la “constitucionalidad europea” de actos nacionales, siendo así que los tribunales constitucionales tienen el monopolio del control de constitucionalidad a nivel interno²⁶⁸.

En segundo lugar, el art.8 carece de eficacia directa dado que ésta se pospone hasta la aprobación de una ley constitucional (que determine las condiciones de interposición del recurso y las eventuales sanciones imponibles). Como colofón, se aplaza su eficacia real hasta una nueva reunión intergubernamental en la que se desarrolle y apruebe el texto de una ley constitucional que desarrolle el precepto²⁶⁹.

²⁶⁷ “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre todo recurso interpuesto para que se declare la violación, por parte de la Unión, de algunos de los derechos garantizados por la Constitución.

Una ley constitucional determinará las condiciones de interposición de dichos recursos y las sanciones que podrá acordar el Tribunal de Justicia”.

²⁶⁸ WEILER en *A Constitution for Europe? op.cit.* p.76. En el mismo sentido, HARLOW afirma que el texto del art.38 está abierto a diversas interpretaciones y por ello resulta oscuro (HARLOW, Carol: “The Court of Justice”, en *A Constitution for Europe?. EUI Working Papers Robert Schuman Center 95/9* pp.105-109, p.106).

²⁶⁹ DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPO, Manuel: “El Control Jurisdiccional en el Proyecto de Constitución Europea”, en *La Constitución Europea 1994*, Marcelino Oreja (director), Actas, Madrid, pp.277-302, p.282 y CAPOTORTI, Francisco: “The Jurisdictional Function”, en *La Constitución Europea 1994*, Marcelino Oreja (director), Actas, Madrid, pp.99-104, p.101.

El recurso de amparo se añade como recurso directo al conjunto de recursos directos ejercitables frente al juez comunitario, con toda la confusión que ello pueda entrañar. Efectivamente, el proyecto de Constitución no trata (y por tanto no varía) los recursos directos ante el juez comunitario presentados por particulares. No obstante, si interpretamos los artículos 36 y 37 del proyecto (incardinados en el Título IV: Funciones de la Unión, Capítulo 4: Función Jurisdiccional) no podemos por menos que concluir que la Constitución Europea no varía el sistema de recursos que hereda del TUE -quizá sabiendo que de intentar cambiarlos, la reticencia de los gobiernos hacia el proyecto crecería, dado que sobre este punto del limitado acceso del individuo al juez comunitario no existe consenso entre los Estados. De esta guisa, tampoco mejora el acceso que el individuo tiene al juez comunitario *ex art.173, 175 y 184*²⁷⁰.

Pero resulta que una persona que cumpla los restrictivos requisitos exigidos por el TUE para poder reclamar en anulación, omisión o que esté legitimado para interponer una excepción de ilegalidad, puede reclamar, en cualquiera de estas 3 vías procesales también por la supuesta violación de sus derechos fundamentales a través de un acto comunitario. No en balde, el TJCE ha asegurado en numerosísimas ocasiones que protege los derechos fundamentales como principios generales del Derecho Comunitario. Por tanto, la persona que cumpla los exigentes requisitos de los artículos 173, 175 ó 184 puede obtener por cualquiera de estas vías la protección que tan grandilocuamente le brinda el art.38 y todo ello alegando la violación de un derecho fundamental contenido en un principio general.

Por tanto, para que el art.38 pudiera haber añadido realmente algo a la protección que el particular ya obtiene ejerciendo las acciones de omisión, anulación y excepción de ilegalidad, hubiese sido necesario, como indica DELGADO-IRIBARREN, que el art.38, de haber entrado la Constitución en vigor, hubiera sido interpretado de tal forma que hubiese supuesto la eliminación de las limitaciones a la legitimación activa que sufren ciudadanos y empresas a la hora de plantear recursos contra disposiciones generales, limitaciones a las

²⁷⁰ Una crítica al limitado acceso del individuo al juez comunitario para controlar la legalidad comunitaria se

cuales el TJCE ha contribuido con su lectura textual y restringida de los artículos mencionados²⁷¹.

En la conclusión a todo el análisis sobre los preceptos del proyecto de Constitución Europea alusivos a los derechos fundamentales o a su protección judicial, coincidimos con varios autores que, aunque hablando en términos más generales sobre la Constitución en su conjunto y no sobre el sistema de protección de los derechos incluido en este texto, opinan que lo nuevo y lo viejo, la continuidad y la ruptura, se entremezclan en el proyecto²⁷². Hay una clarificación de conceptos, p.ej. se aclaran cuáles son los derechos protegidos, pero en el listado hay casi más elementos de pura codificación que de innovación²⁷³.

En cualquier caso, a pesar de sus puntos oscuros y de su escasa carga de innovación, era una interesante iniciativa que, como mínimo, hubiera ofrecido mayor seguridad jurídica en el sistema de protección de los derechos fundamentales, al incluir la siempre evocada declaración de derechos escrita así como un sistema de garantías judiciales, extremos los dos de los que actualmente carece el sistema.

encuentra en la tercera parte de esta tesis.

²⁷¹ DELGADO-IRIBARREN 1994 *cit.* p.283. LIÑÁN también apunta la incongruencia que supone el mantenimiento del sistema de protección jurisdiccional establecido por los tratados -y asumido por la Constitución Europea- con este nuevo recurso que crea la propia Constitución (LIÑÁN en *La Constitución Europea*, *cit.* p.86. CAPOTORTI apunta, aunque de manera más velada, el riesgo de incongruencia entre “lo nuevo” y lo “viejo” (CAPOTORTI 1994 pp.257-258)).

²⁷² CAPOTORTI 1994 pp.257-258 y GARCÍA DE ENTERRÍA 1995 “El Proyecto de Constitución...” *cit.* p.95.

²⁷³ MEDINA sugiere que estamos ante un intento más codificador que constituyente (MEDINA *cit.* p.27), conservador en muchos puntos, p.ej. en materia jurisdiccional (DELGADO-IRIBARREN 1994 *cit.* p.291). SNYDER también se pregunta si estamos ante una mera codificación de lo ya conseguido por otras vías (SNYDER, Francis: “The Draft Constitution of the European Union: Comments on the Institutional Aspects”, en *A Constitution for Europe?. EUI Working Papers Robert Schuman Center* 95/9, pp.67-71, p.71).

3. El Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de Marzo de 1996

La polémica sobre la adhesión de las CCEE al CEDH como modo de paliar las deficiencias del sistema de protección de los derechos fundamentales en el orden comunitario es ya antigua y ha sido objeto de numerosos análisis (a menudo opuestos y encontrados) tanto por parte de la doctrina como por parte de las instituciones comunitarias²⁷⁴ y las del Consejo de Europa²⁷⁵.

No es nuestro objetivo aquí profundizar en un tema ya suficientemente documentado como es el estudio de las ventajas e inconvenientes políticos, jurídicos y técnicos de la

²⁷⁴ Entre los documentos producidos por distintas instituciones y órganos comunitarios sobre la valoración que les merecía la eventual adhesión al CEDH *vide*:

1) Documentos de la Comisión: Rapport de la Commission sur la Protection des Droits Fondamentaux lors de la Création et du Développement du Droit Communautaire, de 4 de Febrero de 1976, EC. Bull. Supp.5/76, en cuyo párrafo 14 la Comisión se manifiesta contraria a la adhesión; Memorandum de la Comisión sobre la adhesión de las CCEE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de Abril de 1979, Bol. CCEE Supl. 2/79, en el que cambió radicalmente de actitud y se manifestó favorable; Comunicación de la Comisión sobre la Adhesión de la CE al CEDH y a algunos de sus protocolos, de 19 de Noviembre de 1990, DOC SEC (90), 2087, final; Documento de Trabajo de la Comisión "la Adhesión de la CE al CEDH y el Ordenamiento Jurídico Comunitario", de 26 de Octubre de 1993, SE (93) 1679; Informe de la Comisión sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, Mayo de 1995.

2) Documentos del Parlamento Europeo:

Résolution relative à la Sauvegarde des Droits Fondamentaux des Citoyens des États membres dans l'Élaboration du droit Communautaire, de 4 de Abril de 1973, JOCE C 26; Resolución de 27 de abril de 1979, JOCE C127; Rapport de M.Gonella sur l'Adhésion des CCEE à la CEDH, présenté par Mme.Veil à la dernière session du Parlement Européen, 15 de Octubre de 1982; Resolución sobre la Adhesión al CEDH (adoptada sobre la base del Informe de R.Bontempi para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos del Ciudadano de 8 de Diciembre de 1993) de 18 de Enero de 1994, DOCE C 44/32 de 14 de Febrero de 1994; Resolución sobre el Funcionamiento del TUE en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996, Puesta en Práctica y Desarrollo de la Unión de 17 de Mayo de 1997 (DOC P.E. A4-0102/95 Parte I.A) adoptada sobre la base del Informe de BOULARGES y MARTIN.

²⁷⁵ La opinión favorable de los órganos del Consejo de Europa se manifiesta en: Rapport sur l'Adhésion des CCEE à la CEDH établi par MM.Blenk et Kriepps pour la Commission des Affaires Juridiques de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, de 11 de Diciembre de 1980, Doc. 4649. Este informe recibió la forma de resolución de la Asamblea Parlamentaria el 29 de Enero de 1981 (resol. n°745); Communiqué de Presse de la 64ème Session du Comité de Ministres, doc. C(79) 14; Resolución de la Asamblea Parlamentaria sobre la Cooperación Europea en los Años 80, Resol.n°805 de 1983; Resolución de la Asamblea Parlamentaria n°1068 de 27 de Septiembre de 1995.

eventual adhesión de las CCEE a la parte normativa o también a los mecanismos de control del CEDH²⁷⁶.

²⁷⁶ Los interesados en conocer los términos de la discusión doctrinal pueden consultar los excelentes estudios que realizan las Dras. PÍ LLORÉNS y SALINAS DE FRÍAS en sus correspondientes tesis doctorales (PÍ LLORÉNS, Montserrat: *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Comunitario*, 1996, Barcelona (tesis no publicada para aspirar al título de Doctora), pp.417-461; SALINAS DE FRÍAS, Ana: *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, 1996, Málaga (tesis no publicada para aspirar al título de Doctora), pp.371-488).

La producción de artículos sobre el tema es vastísima y nos permite también conocer, aunque de forma más escueta que en las tesis doctorales reseñadas, los términos del debate y las posiciones doctrinales a favor o en contra de la adhesión.

A favor se manifiestan: TWOMEY 1994 "European Citizenship...", *cit.* p.125; DE SCHUTTER, Oliver: "L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Courier Hebdomadaire* 1994, n°1440, pp.3-40, p.39; COHEN-JONATHAN, Gérard: "L'Incidence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur les Communautés Européennes", en *European Yearbook* 1981, vol.29, pp.79-111, pp.106-111; COHEN-JONATHAN: "La Problématique de l'Adhésion... *cit.*", 1984, p.104; LEUPRECHT, Peter: "L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Le Point de Vue du Conseil de l'Europe", en *La Protection des Droits de l'Homme dans le Cadre Européen*, 1993, Nomos Verlag., Baden-Baden, pp.373-378, p.378.

A favor pero de forma matizada, considerando la adhesión como una iniciativa positiva pero que no excluye otras: ECONOMIDES, Kim y WEILER, Joseph H.H.: "Accession of the Community to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum", en *The Modern Law Review* 1979, vol.42, pp.683-695, p.694; VAN DER MEERSCH, W.J.Ganshof: "Chapître Preliminaire", en *L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1981, Bruylant, pp.13-19, p.16; DAVIGNON, E.: "Conclusion", en *L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1981, Bruylant, pp.115-116, p.116; EHLERMAN, C.: "L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1981, Bruylant, pp.57-67, p.58; JACQUÉ, Jean-Paul: "L'Adhésion de la Communauté Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Grundrechtsschutz Im Europäischem Raum*, 1993, J.Ilioupoulos-Strangas (ed.), Nomos Verlag., Baden-Baden, pp.303-317, p.309.

No toman partido: MARTÍN RAMÍREZ, M^aPilar: *La Adhesión de las CCEE al CEDH: Un Futuro incierto*, 1989, Barcelona (trabajo no publicado), pp.32-35; FERRARI BARAVO, Luigi: "Problemi Tecnici dell'Adesione delle Comunità Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", en *Rivista di Diritto Europeo*, 1979, pp.347-359, p.347.

En contra, incluyendo a los que defienden la no adhesión de forma contundente o más matizada: SPERDUTI, Giuseppe: "Le Rattachement des CCEE à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertes Fondamentales", en *Revue du Marché Commun* 1980, n°4, pp.179-173, p.171 y 173; DEWOST, J.L.: "Discussion", en *L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1981, Bruylant, pp.69-72, p.71; NEVILLE BROWN y McBRIDE *cit.*, *passim*; CHALTIEL, Florence: "L'Union Européenne doit-elle Adhérer à la Convention Européenne des Droits de l'Homme?", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1997, n°404, pp.34-50, p.49.

El ya manido debate ha cobrado actualidad debido a la presentación por parte del Consejo de la UE de una solicitud de dictamen al TJCE formulada con arreglo al art.228.6 TCE en los siguientes términos:

“La adhesión de la CE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 (en lo sucesivo “el Convenio”), ¿sería compatible con el tratado constitutivo de la CE?²⁷⁷” .

Se trataba de la más audaz y provocadora iniciativa en la ya larga serie de iniciativas comunitarias tendentes a promover la vinculación formal y real de las CCEE al CEDH. El planteamiento del dictamen obtuvo una respuesta masiva entre los Estados miembros de las CCEE, a juzgar por el elevado número de países que hicieron oír su voz tanto en las observaciones escritas como en la audiencia de 7 de Noviembre de 1995. En concreto, presentaron observaciones escritas y orales diez Estados: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Finlandia. Además de estos diez, presentó observaciones escritas Austria. Y también presentaron observaciones orales Irlanda, Italia y Suecia. El único Estado que se autoexcluyó tanto para la presentación de observaciones escritas como en la audiencia pública (y que por tanto nunca se ha pronunciado al respecto) es Luxemburgo.

Sin embargo, los puntos de vista manifestados por los Estados miembros en relación a la adhesión varían sobremanera, demostrándose de este modo que aún hoy no existe consenso en absoluto en la materia. Ello queda reflejado sin duda en la solución aportada por el TJCE en su dictamen, una solución salomónica y que no contenta a nadie, ni a partidarios de la adhesión ni tampoco a los que auspiciaban la declaración de inadmisibilidad de la solicitud del Consejo.

El dictamen, tanto en la solicitud del Consejo, como en las opiniones manifestadas por la mayoría de los Estados, como en la respuesta final del TJCE, se estructura en torno a

tres problemas principales y que aparecen concatenados en una especie de gradación: 1) ¿Es admisible la solicitud de dictamen *ex art.228.6 TCE*? 2) Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, ¿cuál sería la base jurídica de la adhesión, el *art.235 TCE*? 3) ¿Es compatible el contenido del acuerdo de adhesión con el TCE (especialmente con sus *arts.164 y 219*)?.

Sin embargo el TJCE varía el orden de estas tres cuestiones en su dictamen, estudiándolas del siguiente modo:

1) Admisibilidad del dictamen, que se desgaja en:

- a) ¿Es competente la CE para celebrar este acuerdo a la luz del *art.228 TCE*?
- b) ¿Sería compatible ese acuerdo con el TCE (principalmente con *arts.164 y 219 TCE*)?

2) Competencia de la CE para adherirse al CEDH por la vía del *art.235 TCE*.

El orden que nos resulta más razonable y natural para estudiar estas preguntas es el que se desprende de la solicitud de dictamen, es decir: plantear primero si es o no admisible la solicitud. Si sí, analizar cuál sería la base jurídica del TCE para la adhesión. Si la base es correcta, comprobar si el acuerdo previsto sería compatible con algunos de los artículos del TCE con los que pueda entrar en contradicción.

Sin embargo, la propia respuesta que va dando al caso el TJCE le obliga a cambiar el orden de las preguntas, al contestar negativamente a algunas de ellas. Nosotros aceptamos el esquema del TJCE a efectos expositivos y para no complicar la explicación.

²⁷⁷ Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de Marzo de 1996 sobre la Adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Rec.1996, pp.I-1750ss.

3.1. Admisibilidad de la solicitud

El debate en el seno del TJCE debió ser arduo si es que en el ánimo de los jueces se reflejó de algún modo la diferente percepción que manifestaban los Estados hacia la posibilidad de la adhesión. A juzgar por el variopinto grado de interés y flexibilidad que refleja la lectura de las posiciones de los Estados, la discusión no debió ser fácil. En efecto, ya sobre la cuestión de la admisibilidad, la primera en ser tratada -como no podría ser de otro modo-, se comprueban posiciones encontradas entre los estados miembros, según como interpretara cada uno de ellos el tenor literal del art.228.6 TCE²⁷⁸.

La postura más extremista era la defendida por el Reino Unido, para el que de una interpretación de este artículo de acuerdo con sus términos y el significado de las palabras, exigiría que se hubiese presentado al TJCE una propuesta de acuerdo que éste pudiera examinar. En las actuales circunstancias, no existiría un acuerdo “previsto” sobre el cual recabar la opinión del TJCE. Para el Reino Unido, acuerdo “previsto” equivaldría a acuerdo “negociado”, y aquí no se habría producido negociación ni discusión sobre el contenido de ningún proyecto de texto convencional. Consiguientemente, la solicitud sería prematura²⁷⁹.

Sin embargo, el TJCE, y aquí viene la solución salomónica anunciada, reconociendo que en el momento de emisión del dictamen, el TJCE es consciente de que no existen negociaciones sobre la adhesión al CEDH y que tampoco se ha determinado el contenido concreto del eventual acuerdo a través del cual la CE tuviese la intención de adherirse al CEDH²⁸⁰, para decidir sobre la admisibilidad del dictamen, a la vista de la falta de precisión

²⁷⁸ “El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo N del Tratado de la Unión Europea”.

²⁷⁹ Rec.1996, pp.I-1759ss, p.1769.

²⁸⁰ Rec.1996, p.1784.

sobre el contenido del acuerdo²⁸¹, distingue entre dos problemas principales: la competencia internacional de la CE para celebrar este tipo de acuerdo y la compatibilidad del contenido del eventual acuerdo con las disposiciones del TCE, especialmente con las disposiciones relativas a las competencias del TJCE²⁸². Este planteamiento del tema, que subvierte los términos de la cuestión tal y como la estructuraban el Consejo en su solicitud y los Estados en sus observaciones, le permite al TJCE responder sí a lo primero y no a lo segundo.

3.1.1. Competencia de la CE para celebrar el acuerdo *ex art.228.6 TCE*

La solución al tema de la competencia de la CE para celebrar este tipo de acuerdos (o lo que es lo mismo, la admisibilidad en sentido estricto) no le plantea problemas especiales al TJCE. A pesar de la opinión tan enconada del Reino Unido (secundada por Estados como Irlanda o incluso Dinamarca, Finlandia o Suecia) el TJCE hace una interpretación finalista del párrafo 6º del art.228: interesa tanto a las instituciones como a los Estados interesados y a terceros Estados que la cuestión de la competencia o no para celebrar un acuerdo de este tipo quede aclarada desde la apertura de las negociaciones e incluso antes de que se negocien los puntos esenciales del acuerdo²⁸³. De este modo, parece hacer suya la opinión de otros Estados (p.ej. Bélgica, Alemania, Francia, Italia y Portugal) y sobre todo la del Parlamento Europeo en el sentido de que la finalidad del art.228.6 es prevenir controversias sobre la compatibilidad con el tratado de los acuerdos internacionales, resultando pertinente usar este “control de constitucionalidad preventivo” que ahorra las molestias de los mecanismos de control *a posteriori*²⁸⁴. Así se evitaría trabajar excesivamente sobre un proyecto de acuerdo si finalmente el TJCE lo va a rechazar por

²⁸¹ Rec.1996, p.1784.

²⁸² Rec.1996, p.1784.

²⁸³ Rec.1996, p.1785.

²⁸⁴ DÍEZ-HOCHTLEINER y MARTÍNEZ CAPDEVILA cit. p.219.

incompatibilidad con el TCE²⁸⁵. De este modo, el TJCE se alinea con su pronunciamiento previo en el dictamen 1/78, en el que a raíz de la sumisión al TJCE de una solicitud de dictamen sobre la compatibilidad del TCE con un acuerdo internacional sobre caucho natural, el TJCE se consideró autorizado para emitir su dictamen a pesar de que las negociaciones aún no habían comenzado²⁸⁶.

Requisito ineludible del TJCE para poder concluir positivamente la admisibilidad de la solicitud es que se conozca cuál es el objeto del acuerdo previsto antes de iniciar las negociaciones. En este sentido, el TJCE argumenta que el acuerdo “previsto” tiene un objeto que es de sobra conocido en el seno de la CE. En opinión del TJCE, en este asunto existe un acuerdo previsto por cuanto la intención del Consejo al someterle la solicitud de dictamen no es otra que conocer la amplitud de sus competencias antes de adoptar un decisión sobre la apertura de negociaciones, iniciativa de la que tiene el monopolio (art.228.1 TCE). En su disquisición, el TJCE identifica el término “objeto del acuerdo”

²⁸⁵ GAJA califica como “enfoque funcionalista” la actitud del TJCE toda vez que el TJCE acepta que el inexistente acuerdo de adhesión sea un acuerdo “previsto” a los efectos del art.228 de modo previsor, para evitar el riesgo de que en un futuro se comenzase a negociar un tratado y luego no llevara a ninguna parte por falta de competencia de la CE, perdiéndose de este modo tiempo y energía (GAJA, Giorgio: “Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on March 1996, not yet reported”, en *Common Market Law Review* 1996, vol.33, pp.973-989, p.979).

²⁸⁶ Dictamen del TJCE 1/78 de 4 de Octubre de 1979, Accord International sur le Caoutchouc Naturel, Rec.1979, pp.2861ss, pp.2908 y 2909:

“33. Dans ces circonstances, la Cour a dû s’interroger sur la question de savoir si la demande d’avis était intervenue au moment approprié. Elle est arrivée à la conclusion que la demande est admissible à ce stade, et ceci pour un double motif.

34. D’une part, il résulte des rapports soumis par la Commission au Conseil, au moment où elle recherchait la définition d’un mandat de négociation, que l’objet de l’accord envisagé était connu déjà à cette époque, c’est-à-dire, avant que la négociation fut engagée. De toute manière, même s’il subsiste à ce stade un certain nombre d’alternatives encore ouvertes et de divergences sur la rédaction de clauses déterminées, les documents soumis à la Cour et les informations fournies à l’occasion de l’audition des parties permettent de former un jugement suffisamment sur au sujet de la question soulevée par la Commission.

35. D’autre part, on ne saurait méconnaître l’intérêt que la Commission avait d’introduire sa demande aussitôt après que sa divergence avec le Conseil fut devenue apparente en ce qui concerne la question de la compétence pour négocier et conclure l’accord envisagé, d’autant plus que des incertitudes similaires s’étaient manifestées à propos de plusieurs accords antérieurs appartenant à la même catégorie. En effet, lorsqu’il s’agit de trancher une question de compétence, il est de l’intérêt évident de tous les états intéressés y compris les états tiers, que cette question soit tirée au clair dès l’ouverture d’une négociation donnée”.

con el de “tema sobre el que trata” o “ámbito o contenido”²⁸⁷ y estima que éste, sin lugar a dudas, es conocido por todos los Estados. No en vano, ha sido objeto de diferentes estudios y propuestas²⁸⁸ (en referencia a los múltiples documentos elaborados por el resto de instituciones en los que se aboga por la adhesión al CEDH, y que son listados de modo bastante exhaustivo en la solicitud de dictamen) y figuraba en el orden del día del Consejo en el momento en que éste sometió la solicitud de dictamen a la atención del TJCE (26 de Octubre de 1994). Por tanto, concluye, se baraja la posibilidad de adherirse al CEDH, y por ello los Estados miembros de las CCEE y los demás Estados parte en el CEDH tienen interés en saber a qué atenerse antes de la apertura de las negociaciones²⁸⁹. En estas circunstancias: “el alcance de la solicitud, en la medida en que se refiere a la cuestión de la competencia de la Comisión es suficientemente claro...”²⁹⁰ y por ello “...resulta que procede declarar la admisibilidad de la solicitud de dictamen en la medida en que se refiere a la competencia de la CE para concluir un acuerdo de la naturaleza que aquí se contempla”²⁹¹.

3.1.2. Compatibilidad del acuerdo previsto con las disposiciones del TCE

En cambio, el TJCE dedica mucho menos tiempo y atención a la pregunta de la compatibilidad del acuerdo previsto con el TCE²⁹² a pesar de haber constituido sin duda la cuestión más largamente tratada por los Estados miembros en sus observaciones y a pesar, además, de tratarse de la cuestión de la que se hubieran desprendido más y más complicadas

²⁸⁷ “En efecto, con independencia de las modalidades de la adhesión de la Comunidad al Convenio, *el objeto general* de dicho Convenio, *la materia que regula*, y el *alcance institucional* de dicha adhesión para la Comunidad son perfectamente conocidos” (punto 12 del dictamen 2/94. La cursiva es nuestra).

²⁸⁸ Rec.1996, p.1785.

²⁸⁹ Rec.1996, p.1786.

²⁹⁰ Rec.1996, p.1785.

²⁹¹ Rec.1996, p.1786.

²⁹² Rec.1996, p.1786.

consecuencias jurídicas para el Derecho Comunitario, caso de haber sido objeto de estudio por parte del TJCE.

El parecer del TJCE se puede resumir del siguiente modo: así como simplemente conociendo el objeto del acuerdo se puede ya afirmar la competencia del CE para celebrar el acuerdo, sin embargo no ocurre lo mismo con respecto a su pronunciamiento sobre la compatibilidad TCE-acuerdo previsto. Para poder pronunciarse sobre este punto, necesitaría tener más datos sobre el modo en que la CE proyecta someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos por el CEDH²⁹³. En otras palabras, para resolver esta segunda cuestión sí hubiera necesitado contar con un proyecto ya negociado de acuerdo de adhesión de la CE al CEDH, para así conocer realmente cómo pretendía la CE someterse a un órgano jurisdiccional internacional²⁹⁴.

La doctrina ha criticado con especial dureza la solución del TJCE a este punto del dictamen, que dejó sin resolver la principal duda de los Estados miembros y de las instituciones desde que se consideró por primera vez la posibilidad de adhesión al CEDH: ¿es compatible el sistema del CEDH con el orden jurídico comunitario?

Muchos Estados miembros ya habían respondido afirmativamente a esta cuestión en sus observaciones a la solicitud de dictamen (p.ej. Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Italia, Austria, Finlandia y Suecia²⁹⁵). Estos Estados (así como la Comisión y el Parlamento Europeo), aplicando la doctrina de los dictámenes 1/91 y 1/92 habían creído poder concluir que el acuerdo previsto de adhesión al CEDH era compatible con el TCE y especialmente con sus disposiciones en materia judicial -que era lo que interesaba preservar de modo especial al TJCE. Los citados dictámenes (1/91 y 1/92), emitidos también sobre la base del art.228.6 TCE, habían abordado la creación del Espacio Económico Europeo (EEE) y la

²⁹³ Rec.1996, p.1786.

²⁹⁴ Rec.1996, p.1786.

²⁹⁵ Rec.1996, pp.1776-1780.

compatibilidad del sistema judicial que el acuerdo previsto pretendía crear con el sistema judicial comunitario.

En el primero de los dictámenes²⁹⁶ se solicitó al TJCE que se pronunciara sobre la instauración de un sistema judicial propio al EEE, paralelo y mimético al comunitario, pero aplicable en una nueva y gran zona de libre cambio, mitad comunitaria (porque en ella participaría la CE), mitad no comunitaria (porque en ella participarían los Estados del AELC).

El acuerdo previsto pretendía crear un Tribunal EEE y un Tribunal de Primera Instancia EEE. En ellos, junto a jueces provenientes de Estados no comunitarios, se sentarían algunos de los jueces del TJCE y del TPI, respectivamente²⁹⁷. Estos dos tribunales interpretarían las cláusulas del acuerdo (por el que no se transferirían competencias soberanas) pero respetando la jurisprudencia previa del TJCE, asegurando la uniformidad de la jurisprudencia entre TJCE y Tribunal de Justicia del EEE y asegurando también la interpretación homogénea de las normas jurídicas en el EEE. Para conseguir este último objetivo, el acuerdo previsto establecía que la redacción del acuerdo en relación a aquellas disposiciones del Derecho Comunitario que también se aplicarían al EEE (p.ej. libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios y normas sobre Derecho de la Competencia) sería mimética a la que tienen en el TCE²⁹⁸. De esta guisa, los nuevos tribunales acabarían interpretando disposiciones (que serían idénticas a las del TCE) pero aplicables a un ámbito más amplio que el comunitario y siempre ignorando los objetivos de integración inherentes a la CE.

El TJCE, en su opinión consultiva, ofreció ya en su día una solución salomónica: en principio, no es contrario al Derecho Comunitario, sino compatible con él, la creación de un

²⁹⁶ Dictamen 1/91 del TJCE de 14 de Diciembre de 1991, Proyecto de Asociación entre la CE, por una parte, y los países de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio) sobre la Creación del Espacio Económico Europeo, Rec.1991, pp.I-6079ss.

²⁹⁷ Dictamen 1/91, Rec.1991, p.6101.

²⁹⁸ Dictamen 1/91, Rec.1991, pp.6099-6100.

acuerdo internacional que someta la CE, incluido su TJCE, a las decisiones obligatorias de otro tribunal creado por un acuerdo europeo. Pero ello sólo será posible si ese eventual tribunal sólo aplica e interpreta el citado acuerdo, nunca el Derecho Comunitario. De otro modo, se estaría poniendo en peligro la autonomía del ordenamiento comunitario. En este sentido, la redacción idéntica en el acuerdo de los artículos del TCE referentes a materias objeto del acuerdo, no garantizaría suficientemente la autonomía del ordenamiento comunitario porque no aseguraría que el nuevo tribunal vaya a interpretarlos de modo idéntico a como lo hace el TJCE²⁹⁹. En efecto, lo significativo al respecto serían los distintos fines y objetivos que busca el acuerdo previsto (crear un EEE) y el Derecho Comunitario (la integración de los Estados en las áreas de su competencia), por lo que el nuevo acuerdo siempre interpretaría esas normas de redacción idéntica de acuerdo con los propios fines del acuerdo, menos ambiciosos que los de los tratados constitutivos. En consecuencia, la interpretación del acuerdo supondría la vulneración del artículo 164³⁰⁰ y, a la postre, la del artículo 219 TCE³⁰¹ (este último porque las normas comunitarias se someterían a un tribunal diferente del TJCE).

En opinión del TJCE, a solucionar este problema no coadyuvaría el establecimiento de vínculos orgánicos entre el Tribunal EEE y el TJCE. Muy al contrario³⁰², ello llevaría a los jueces del TJCE que también lo fueran del Tribunal EEE a aplicar e interpretar las mismas normas pero conforme a planteamientos, métodos y conceptos diferentes con el fin

²⁹⁹ Dictamen 1/91, Rec.1991, pp.6101-6103.

³⁰⁰ “El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”.

Dictamen 1/91, Rec.1991, p.6107: “Por consiguiente, el objetivo del Acuerdo de garantizar la homogeneidad del Derecho en el conjunto del Espacio Económico Europeo no sólo rige la interpretación de las disposiciones propias del Acuerdo, sino también la de las normas correspondientes del Derecho Comunitario. De ello resulta que, al condicionar la interpretación futura de las normas comunitarias en materia de libre circulación y competencia, el mecanismo jurisdiccional previsto en el acuerdo infringe el artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea y, de modo más general, vulnera los propios fundamentos de la Comunidad”.

³⁰¹ “Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de este Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado”.

³⁰² Dictamen 1/91, Rec.1991, p.6107.

de tener en cuenta la naturaleza y los objetivos de cada tratado³⁰³, lo cual repercutiría en su independencia³⁰⁴.

En la segunda solicitud de dictamen se le sometió al TJCE un nuevo Acuerdo sobre el EEE redactado sobre la base del que le había sido anteriormente sometido en el dictamen 1/91 pero ya puesto al día, renegociado y adaptado a las enseñanzas y críticas que realizaba el dictamen 1/91. Finalmente, en el dictamen que siguió a esta segunda solicitud, el TJCE pudo afirmar la compatibilidad del acuerdo sometido con el sistema judicial del TCE³⁰⁵. De nuevo, el dictamen se centró en el examen del sistema judicial previsto por el acuerdo y concluyó que esta vez sí que respetaba la autonomía del ordenamiento comunitario por los siguientes hechos, que no confluían en la solicitud de dictamen 1/91: 1) El tribunal del EEE no incluía jueces del TJCE ni tampoco el TPI del EEE incluía jueces del TPI, con lo que se garantizaba la independencia orgánica y funcional del TJCE y del TPI³⁰⁶. 2) El Tribunal de Justicia del EEE se comprometía a aceptar la jurisprudencia futura del TJCE (no solo la anterior)³⁰⁷. 3) El TJCE mantenía el monopolio de la solución de controversias sobre la interpretación y aplicación del TCE (art.219 TCE) gracias a un procedimiento prejudicial por el que el Tribunal de Justicia EEE sometería al TJCE cualquier cuestión de interpretación de una norma comunitaria o de una norma del Acuerdo EEE idéntica en su contenido a otra del TCE³⁰⁸. 4) La homogeneidad de ambas jurisprudencias y el respeto del Tribunal de Justicia EEE por la jurisprudencia del TJCE no se dejaría en manos del

³⁰³ Dictamen 1/91, Rec.1991, p.6108.

³⁰⁴ Dictamen 1/91, Rec.1991, p.6108.

³⁰⁵ Dictamen 1/92 de 10 de Abril de 1992, Proyecto de Acuerdo entre la CE, por un lado, y los Países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otro, sobre la Creación de un Espacio Económico Europeo, Rec.1992, pp.I-2821.

³⁰⁶ Rec.1992, p.2840.

³⁰⁷ Rec.1992, p.2840.

³⁰⁸ Rec.1992, p.2840.

Tribunal EEE, sino que queda asegurada intergubernamentalmente a través de un Comité Mixto³⁰⁹.

En opinión de VALLE, “[l]os Dictámenes [1/91 y 1/92] contienen una de las más importantes declaraciones constitucionales de la Comunidad en su historia. Suponen una autoafirmación de los caracteres básicos y de los objetivos propios del sistema comunitario...”. “Ante la amenaza al mismo corazón del ordenamiento que interpreta y aplica, en concreto a perder sus propias características e identidad, el Tribunal no podía sino declarar la incompatibilidad de Tratado, en el Dictamen 1/91, y a condicionar su interpretación, en el Dictamen 1/92. Con ello obligaba a las partes a decantar el sistema hacia el respeto del ordenamiento comunitario antes que hacia el respeto de la independencia de los Estados AELC”³¹⁰.

En definitiva, con respecto a la aplicación práctica de estos dos dictámenes al caso de la adhesión al CEDH, hubo Estados que interpretaban en sus observaciones que el sometimiento del TJCE al sistema judicial de Estrasburgo no afectaría a la autonomía del Derecho Comunitario. En cambio, otros interpretaban lo contrario. Para los primeros, los dictámenes 1/91 y 1/92 dejaban claro que era posible el sometimiento del Derecho Comunitario y del TJCE a las decisiones de un tribunal externo creado por un acuerdo internacional a condición de que ese tribunal no interpretara el Derecho Comunitario sino sólo los términos de ese acuerdo. En este sentido y por comparación, el sometimiento de la Comunidad a un órgano internacional judicial competente en materia de derechos humanos resultaba coherente con la evolución del sistema, en opinión de ciertos Estados³¹¹ y no afectaría a la autonomía del Derecho Comunitario más de lo que había afectado la adhesión

³⁰⁹ Rec.1992, p.2839.

³¹⁰ VALLE GÁLVEZ, Alejandro: “la Especificidad del Ordenamiento Jurídico Comunitario. Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo”, en *Revista de Instituciones Europeas* 1993, vol.20, n°1, pp.155-193, p.189. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE también realiza un estudio de ambos dictámenes en DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: “L’Espace Ecomique Européen sous le Regard des Juges de la Cour de Justice des CCEE”, en *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne* 1992, n°360, pp.603-621.

al CEDH a la autonomía de los Estados parte en él. El otro grupo de Estados (España, Francia, Irlanda, Portugal y Reino Unido) apoyándose también en los dictámenes 1/91 y 1/92, defendían que la adhesión al CEDH pondría en peligro la autonomía del ordenamiento comunitario y de su sistema judicial³¹². Para ello, algunos evocaban (p.ej. España y Portugal) el art.62 CEDH, que obliga -como el art.219 TCE en sede comunitaria- al sometimiento de cualquier controversia sobre la interpretación del TCE a los órganos competentes de Luxemburgo. También se referían a los efectos jurídicos de las sentencias del TEDH cuando las CCEE fueran demandadas. En estas sentencias, siempre en opinión de estos Estados, el TEDH no se limitaría a interpretar el CEDH, sino que acabaría interpretando el Derecho Comunitario de modo mediatizado y de acuerdo con los objetivos del CEDH. Así, las sentencias del TEDH acabarían minando la autoridad del TJCE y, sobre todo, la autonomía del ordenamiento comunitario.

Tan animado como enfrentado debate viene de antiguo. Esta hubiera constituido una ocasión única para que el TJCE terciara en la polémica que enfrentaba a Estados y, ahora también, a instituciones comunitarias. Sin embargo el TJCE consideró que no contaba con suficiente información sobre el modo en que la CE pretendía adherirse al CEDH. Por tanto, desconocía si ese eventual modo de adherirse podía violar el TCE en general y sus disposiciones sobre competencias judiciales en particular.

La doctrina ha recriminado al TJCE por su apocamiento³¹³. ESCOBAR afirma con acierto que, de alguna manera, el TJCE contaba con elementos suficientes para pronunciarse, provenientes si no de la solicitud del dictamen, sí al menos de toda una serie

³¹¹ Rec.1996, pp.1776-1780.

³¹² Rec.1996, pp.1780-1782.

³¹³ WACHSMANN lanza la idea de que el TJCE “esquivó” el debate (WACHSMANN, Patrick: “L’Avis 2/94 de la Cour de Justice Relatif à l’Adhésion de la Communauté Européenne à la Convention de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1996, vol.32, n°3, pp.467-491, p.484). Antonio BULTRONI habla de “perplejidad” por la negativa del TJCE a pronunciarse (BULTRONI, Antonio: “la Questione dell’Adesione della Comunità Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo di Fronte alla Corte di Giustizia”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1997, n°1, pp.97-114, p.97).

de textos en los que las instituciones comunitarias (y especialmente su Comisión y Parlamento Europeo) se han referido a la adhesión al CEDH y a la posible modalidad de adhesión. Todos estos textos eran de sobra conocidos por el TJCE en el momento en que emitió el dictamen y, con un poco de flexibilidad por su parte, los podría haber tenido en cuenta para reflexionar sobre los problemas relativos a la compatibilidad TCE-CEDH y las obligaciones que la CE debería asumir si se adhiriese al CEDH³¹⁴.

3.2. Competencia de la Comunidad Europea para adherirse al CEDH

Tras concluir que no cuenta con suficiente información para definirse sobre si el acuerdo previsto de adhesión al CEDH es o no compatible con el CEDH, el TJCE pasa a analizar si al menos existe base jurídica en el TCE para que la adhesión se pudiera producir. Al respecto, su argumentación es tan lineal como sorprendente:

La CE se rige por el principio de atribución de competencias, tanto en su acción interna como en su acción internacional³¹⁵. Sin embargo, tales competencias no son sólo las expresamente mencionadas en el TCE sino también las que se desprenden de su espíritu y se deducen implícitamente de dichas disposiciones³¹⁶. Si el Derecho Comunitario hubiera atribuido a las instituciones competencias en el plano interno con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la CE estaría también facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias para conseguir ese objetivo en virtud de la teoría de las competencias implícitas³¹⁷. Sin embargo, este no es el caso en materia de derechos fundamentales, dado que no existe en los tratados ninguna disposición que confiera a las

³¹⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El Fin de una Vieja Polémica?", en *Revista de instituciones Europeas* 1996, vol.26, n°3, pp.817-838, p.826.

³¹⁵ Rec.1996, p.1787.

³¹⁶ Rec.1996, p.1787.

³¹⁷ Rec.1996, p.1787.

instituciones poderes en el ámbito interno para adoptar normas en esta materia ni para celebrar convenios internacionales sobre ella³¹⁸. Al no existir competencia explícita ni implícita en la materia, la única vía que queda por examinar es el art.235 TCE³¹⁹, para ver si la adhesión al CEDH podría efectuarse a su través³²⁰. El art.235 tiene un objetivo claro: suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por las disposiciones del TCE, siempre que dichos poderes resulten necesarios para la que CE pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos del TCE³²¹. Pero ese artículo no debe servir como medio para ampliar el campo competencial de la CE (ya que sus competencias son de atribución) ni para modificar el TCE obviando el procedimiento de modificación establecido por el TCE³²². Las menciones a la importancia del respeto de los derechos fundamentales en la CE se repiten en los tratados (Preámbulo del AUE, arts.F.2, J.1 y K.2 TUE, art.130U.2 TCE). Además, según reiterada jurisprudencia forman parte de los principios generales cuyo respeto garantiza el TJCE, para lo cual se inspira en las tradiciones constitucionales comunes y en las indicaciones que le proporcionan los instrumentos internacionales en la materia, especialmente el CEDH. Pero ello sólo demuestra que el respeto de los derechos fundamentales constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios. Ello no implica la competencia de la CE para adherirse a un tratado sobre derechos humanos como es el CEDH ya que la adhesión supondría un cambio demasiado sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos fundamentales. No en vano, implicaría la inserción de la CE en un sistema institucional internacional diferente así como la integración

³¹⁸ Rec.1996, p.1787.

³¹⁹ “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

³²⁰ Rec.1996, p.1788.

³²¹ Rec.1996, p.1788.

³²² Rec.1996, p.1788.

de la totalidad de las disposiciones del CEDH en el ordenamiento jurídico comunitario³²³. La envergadura constitucional de tal paso sobrepasaría por su naturaleza los límites del art.235 TCE. Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos fundamentales en la CE tendría implicaciones institucionales fundamentales tanto para la CE como para sus Estados miembros³²⁴. Una decisión así sólo puede tomarse a través de una modificación del TCE mediante el procedimiento del art.N TUE. Por consiguiente, en el estado actual del Derecho Comunitario la CE no tiene competencia para adherirse al CEDH³²⁵.

Con ser simple el argumento del TJCE, no por ello es claro su contenido en relación a esta última pregunta del dictamen. Hasta donde nosotros entendemos, el TJCE plantea la cuestión en los términos siguientes: la CE sólo disfruta de competencias de atribución, como ocurre con toda organización internacional. Sin embargo, estas competencias pueden ser explícitas o implícitas. Pero en materia de derechos fundamentales la CE no goza de competencias expresas, mucho menos competencias implícitas. Ante tal vacío, la única vía que puede constituir la base jurídica para la adhesión es el art.235 TCE. A pesar de que el respeto de los derechos fundamentales es un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, sin embargo la adhesión al CEDH supondría un cambio tan sustancial del actual régimen comunitario que este artículo no puede servir como base jurídica de una eventual adhesión, porque ello supondría un uso desviado de la disposición reseñada. Por tanto, es necesario la revisión del TCE para que la adhesión sea posible.

La primera crítica que se ha hecho al razonamiento del TJCE consiste en censurar la mojigatería con la que a estas alturas se apega al principio de atribución de competencias enunciado, junto al principio de subsidiariedad, en el art.3B TCE.

³²³ Rec.1996, p.1789.

³²⁴ Rec.1996, p.1789.

³²⁵ Rec.1996, p.1789.

Recordando la procedencia de la aplicación del principio de atribución de competencias, el TJCE propone una lectura de la distribución de competencias CE-Estados miembros, que, con ser clásica en la teoría de las organizaciones internacionales, resulta innovadora en relación a la CE. De hecho, en las formulaciones de la jurisprudencia del TJCE previas a este momento, el TJCE siempre había evitado hacer referencia a esta limitación con la que ha de actuar la CE³²⁶ y, por ello, el principio de atribución de competencias ya se consideraba desfasado desde hacía tiempo en el seno de la CE³²⁷. Quizá los amargos debates de la Conferencia Intergubernamental de 1991 en torno al principio de subsidiariedad y la necesidad sentida por ciertos Estados de limitar los poderes cuasi-omnímodos de la CE ha hecho reflexionar al TJCE y ello se ha materializado en este dictamen³²⁸.

En segundo lugar, y quizá ésta sea una crítica más profunda a la ratio del dictamen, a falta de competencias implícitas de la CE en materia de derechos fundamentales, habría que analizar la viabilidad de la aplicación del art.235 TCE como base jurídica habilitante de la adhesión³²⁹. Sin embargo el problema del dictamen es que no entra a analizar si se

³²⁶ SIMON, Denys: "L'Avis 2/94 du 28 Mars 1996 sur l'Adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Europe* 1998, Junio, pp.1-4, p.3.

³²⁷ DE AREILZA CARVAJAL, José M^a: "El Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia o como no abordar el Espinoso Tema de las Competencias Comunitarias", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, vol.47, pp.333-345, p.342.

³²⁸ Algún autor aplaude la lectura tan restringida que el TJCE realiza del art.235 en este dictamen. En su opinión, ya era hora de que el TJCE pusiera coto al uso "disinvolto" del art.235 (SCUDIERO, Luigi: "Comunità Europea e Diritti Fondamentali: Un Rapporto Ancora da Definire?", en *Rivista di Diritto Europeo*, 1996, vol.2, pp.263-294, p.285).

³²⁹ La teoría del TJCE sobre las competencias implícitas la desarrolló el TJCE en su sentencia C-22/70 y en ella estableció que la CE goza de capacidad para establecer lazos contractuales con terceros Estados en todo el ámbito de aplicación de los objetivos definidos por el TCE. Esta competencia resulta no sólo de una atribución explícita hecha por el TCE sino que también puede desprenderse de otras disposiciones del TCE y de actos tomados en el marco de estas disposiciones por las instituciones de la CE. Por ello, no habría que distinguir, para poner en práctica las disposiciones del TCE, el régimen de las medidas internas de la CE del de sus relaciones exteriores. En este sentido, si el TCE no hablase expresamente de una competencia de la CE para concluir acuerdos internacionales, pero tal competencia fuera necesaria para que la CE pudiera firmar un acuerdo con terceros Estados en una materia regida por el TCE, esta atribución de competencia implícita le sería reconocida a la CE (sentencia del TJCE de 31 de Marzo de 1971, COMISIÓN/CONSEJO (caso AERT), C-22/70, Rec.1971, pp.263ss, pp.274 y 276).

cumplen o no las condiciones que exige el art.235 TCE para así ver si el contenido de esta disposición puede constituir la base habilitante de la adhesión. En su lugar, el razonamiento es de lo más escueto³³⁰.

El TJCE parece rehuir el debate en cuanto al fondo, puesto que no se detiene a analizar si: a) la protección de los derechos fundamentales es un objetivo de la CE y b) si la adhesión al CEDH es una medida necesaria.

El debate del TJCE se debería haber centrado en estos dos puntos, como hicieron la mayoría de Estados en sus observaciones (aunque lógicamente, manifestando cada uno de ellos su opinión a favor o en contra de la aplicación del art.235, dependiendo del Estado)³³¹. En su lugar, el TJCE realiza un salto sin continuidad en su argumento porque, a pesar de lo que hacían presagiar los puntos 29 y 30 del dictamen [en los que el TJCE alude a los requisitos necesarios para la aplicación del art.235 (que su aplicación sea necesaria para lograr un objetivo del TCE)], el TJCE realiza una argumentación basada únicamente en las consecuencias que se derivarían para la CE de la eventual adhesión al CEDH, unas consecuencias que le preocupan e incomodan, pero que tampoco razona jurídicamente (a saber, que la adhesión supondría un cambio sustancial del actual régimen de protección de los derechos fundamentales).

Resulta paradójico que el TJCE ahora cuente con suficientes datos para decir que la adhesión supondría un cambio sustancial con implicaciones institucionales fundamentales para la CE, cuando antes se había negado a pronunciarse sobre la compatibilidad de la adhesión con el CEDH alegando precisamente falta de datos. Ello significa que la información con la que cuenta el TJCE de modo extrajudicial (por documentos de las instituciones sobre derechos fundamentales y por su propia intuición sobre los cambios que

³³⁰ PÍ LLORENS, Montserrat: "La Adhesión de las Comunidades Europeas para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario a la Solicitud de Dictamen presentada por el Consejo al Tribunal de Justicia en virtud del Apartado 6 del Artículo 228 del Tratado de la Comunidad Europea", en *Andorra en el Ámbito Jurídico Europeo*, 1996, Marcial Pons, Madrid, pp.401-414, p.414.

³³¹ Rec.1996, pp.1769 a 1772.

se producirían con el sometimiento de la CE a la jurisdicción de los órganos de Estrasburgo) son usados por él de modo un tanto arbitrario. En efecto, esta información le permitiría pronunciarse sobre el fondo cuando quiere hacerlo y no cuando prefiere eludir el tema³³².

Retomando la argumentación del TJCE (o más bien el análisis de los silencios del dictamen del TJCE) hay que señalar que el TJCE no se toma la molestia de estudiar si la adhesión sería necesaria para conseguir uno de los objetivos de la CE en el marco del funcionamiento del mercado común, punto que quizá sea el que más curiosidad y expectación había provocado en quienes esperaban el pronunciamiento. ¿Constituye hoy por hoy la protección de los derechos fundamentales un objetivo de la CE pese a su no mención expresa en los artículos 2 y 3 del TCE? ¿Su mención en otros textos (Preámbulo del AUE, artículos F.2, K.2 y J.1 del TUE o 130U TCE, en la Declaración de derechos del Parlamento Europeo de 1989, etc.) ha convertido ya el respeto de los derechos fundamentales en objetivo de la CE?

Las posiciones de los Estados a este respecto estaban enfrentadas³³³. Entre aquellos Estados que de buena fe creían que actualmente la protección de los derechos fundamentales es un objetivo comunitario hubo algunos que fueron un poco más lejos e intentaron matizar técnicamente para lograr más partidarios de su postura. En este sentido, distinguían entre lo

³³² Vide p.ej. FERNÁNDEZ SOLA, Natividad: "La Adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Noticias de la Unión Europea*, 1997, nº144, pp.41-55, p.53 y GAJA 1996 *cit.* p.988.

ESCOBAR alberga dudas sobre la congruencia del dictamen debido a este motivo, lo cual le lleva a concluir declarando la artificialidad que supone el que el TJCE distinga de modo tan radical entre compatibilidad y competencia (ESCOBAR *cit.* p.834).

³³³ Para Estados como España, Francia, Portugal, Reino Unido e Irlanda, la CE no tenía competencias específicas en materia de protección de derechos fundamentales. Según sus comentarios, una cosa sería que el TJCE tenga que respetarlos como principios generales del Derecho Comunitario (es decir, una cosa es que formen parte de la legalidad comunitaria o que supongan un límite a las competencias de las CCEE) y otra diferente que se conviertan por ello en objetivo comunitario. En su opinión, el artículo F.2 TUE otorgaría rango constitucional al acervo jurisprudencial en materia de protección de derechos fundamentales, pero éstos constituirían solo principios generales del Derecho Comunitario, no un objetivo del TCE.

que sería un objetivo vertical de la CE y otro horizontal o transversal³³⁴. A su juicio, la protección de los derechos fundamentales no podía considerarse como un objetivo comunitario en el mismo sentido en que hablamos de sus objetivos en materia de política comercial común, transportes, PAC o creación del mercado interior. No se trataría de un ámbito de acción material, sectorial o específico de la CE, sino un objetivo transversal, que se sobrepondría o cruzaría los objetivos verticales de la CE, proyectándose y afectando a toda la actividad comunitaria. Como consecuencia, debería ser cumplido tanto en materia de política comercial común, como en materia de transporte, PAC o mercado interior. Según el parecer de estos Estados, nada hubiera impedido a la CE aceptar definir la protección de los derechos fundamentales como objetivo de este tipo, lo cual hubiera permitido la aplicación del art.235 TCE. Lo que ocurre es que la aplicación del art.235 TCE hubiera supuesto un ejercicio de autocrítica y una cura de humildad inaceptables para el TJCE, habida cuenta de que habría tenido que señalar que concurrían los requisitos que exige el artículo para su aplicación, siendo el primero de ellos que la acción sea “necesaria”, lo cual hubiera equivalido a reconocer el carácter hoy por hoy insuficiente y limitado del método de protección de derechos pretoriano.

Parece, además, que la propia naturaleza de los derechos fundamentales responde bastante bien a este concepto de objetivo transversal: el respeto de los derechos fundamentales constituye no tanto un simple sector del Derecho sino una “estructura fundamental” sobrepuesta a todos los sectores del Derecho Comunitario³³⁵. Sin embargo el

En sentido opuesto, Italia, Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Finlandia y Suecia estimaban que los derechos fundamentales eran ya un objetivo de la CE y el art.235 TCE una buena base habilitante para la adhesión al CEDH (puntos V.2 y V.3 de la exposición de la solicitud de dictamen).

³³⁴ Para realizar esta distinción, se inspiraban en la Comunicación de la Comisión de 1990 (*cit.* Anexo II, punto 7). Esta distinción también era compartida y defendida por el Parlamento Europeo en las Observaciones que presentó al TJCE el 12 de Octubre de 1994 en respuesta a la solicitud de dictamen 2/94, Observaciones que tuvieron como ponentes a Gregorio GARZÓN CLARIANA y Ezio PERILLO.

³³⁵ BULTRONI *cit.* p.107; GAJA 1996 *cit.* p.984; SIMON *cit.* p.3; RUÍZ MIGUEL, antes de la emisión del dictamen, se adhería al punto de vista de estos Estados, de la Comisión y del Parlamento defendiendo que “los derechos fundamentales no son una “competencia” cuyo ejercicio pueda ser transferido a las instituciones europeas, sino que son precisamente eso, derechos fundamentales” (RUÍZ MIGUEL, Carlos: “Los Derechos

TJCE sin lugar a dudas rehusó entrar en el debate sobre el papel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. Ni siquiera osó explicar si -por una visión formalista de lo que son los objetivos comunitarios- excluía la protección de los derechos fundamentales de los objetivos comunitarios al no estar ello expresamente mencionado en los artículos 2 o 3 del TCE.

3.3. Consideraciones Finales al Dictamen 2/94

TOTH ha declarado que la solución aportada por el TJCE en su dictamen a la ya vieja polémica sobre la adhesión al CEDH permite al TJCE “to enjoy the best of both worlds”. En otras palabras, el TJCE sigue apoyándose en el CEDH como una de sus fuentes de inspiración o guías para proteger los derechos fundamentales como principios generales del Derecho Comunitario pero sin vincularse jurídicamente por este texto internacional. De este modo, mantiene el monopolio en la interpretación de los derechos fundamentales que él mismo decide que deben ser objeto de protección en el ámbito comunitario³³⁶.

Fundamentales en la Relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento Nacional” en *Noticias de la Unión Europea* 1994, nº120, pp.37-59, p.59).

³³⁶ En palabras de este autor: “[t]his is a very flexible solution for the Court of Justice, enabling the Court to enjoy the best of both worlds. It can rely on a set of rules without formally being bound by them” (TOTH, A.G.: “The European Union and Human Rights: The Way Forward”, en *Common Market Law Review*, 1997, vol.34, pp.491-529, p.492). Sin embargo, un poco más adelante en el mismo artículo, este autor deplora la solución del dictamen dado que el ciudadano tiene derecho a esperar a fines del s.XX algo más de una comunidad de derecho. Entre otras cosas, que se apoye en el CEDH como algo más que una mera y vaga “fuente de inspiración” o “guía” (p.494). Por esto considera que la protección de los derechos fundamentales basada en principios generales, aun cuando tuvo su sentido en su momento, no es una solución para el largo plazo (p.500).

La doctrina coincide en señalar que el dictamen no ha estado a la altura de las circunstancias, no sólo a nivel de la solución política que se esperaba, sino incluso a nivel de los razonamientos jurídicos utilizados³³⁷.

En el plano político y tras el cierre de filas de dos instituciones comunitarias como son la Comisión y el Parlamento Europeo en favor de la adhesión, parecía que, a pesar de que el Consejo estuviera dividido, era previsible un decantamiento del TJCE por la solución de la adhesión, que hubiera puesto fin en la CE a una situación deficiente por la que los derechos fundamentales se protegen sólo como contenido de principios generales del Derecho Comunitario. Sin embargo, y siguiendo en el plano de lo político, cabría reconocer que la situación no hubiera estado mejor de cara a la adhesión si el TJCE se hubiera pronunciado afirmativamente hacia ésta. En efecto, la misma unanimidad que se exigiría de

³³⁷ La decepción se manifiesta prácticamente en todos los autores consultados. Así, ESCOBAR habla de pérdida de una buena oportunidad para que el TJCE dilucidara sobre cuestiones siempre pendientes sobre la relación entre el sistema jurídico comunitario y el mecanismo de control establecido por el CEDH, de cierre en falso que no resuelve el problema de forma definitiva sino que arrastra consigo nuevos frentes de debate, de línea de argumentación reduccionista y de fisuras en la congruencia global de la argumentación (ESCOBAR *cit.* p.820). SCUDIERO incide también en que este pronunciamiento no sólo no soluciona el debate sobre la oportunidad de adherirse al CEDH, sino que además introduce objeciones insuperables en éste (SCUDIERO *cit.* pp.285 y 286). A BULTRINI, las conclusiones del dictamen le causan perplejidad (BULTRINI *cit.* pp. 104 y 105) y concluye que da la impresión de que el debate “se le ha quedado grande” al TJCE ya que no ha querido asumir las consecuencias que la adhesión hubiera conllevado para su propia existencia (p.109). También BURROWS, aunque más comprensivo con las conclusiones del dictamen, como buen británico, y aún calificándolo como técnicamente correcto, considera que la decisión adoptada es insatisfactoria (BURROWS, Noreen: “Question of Community Accession to the European Convention Determined”, en *European Law Review* 1997, vol.22, pp.58-63, p.61). DE SCHUTTER y LEJEUNE, menos críticos, hablan de una contribución “modesta” a la mejora de los derechos fundamentales en el orden comunitario (DE SCHUTTER, Olivier y LEJEUNE, Yves: “L’Adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l’Homme. À Propos de l’Avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, en *Cahiers de Droit Européen*, 1996, n°5-6, pp.555-606, p.606). GAJA afirma que cerrando la puerta a la adhesión, el TJCE ha lamentablemente obstaculizado el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales (GAJA 1996 *cit.* p.989) y que el TJCE ha sido evasivo (p.984). WACHSMANN, de manera taxativa, afirma que el TJCE apartó de la discusión aquellos elementos que le eran fastidiosos, p.ej. el debate sobre los artículos 164 y 219, considerando además ampliamente criticable su desarrollo de la teoría de las competencias implícitas así como su hostilidad patente hacia todo atentado contra su soberanía (WACHSMANN *cit.* (pp.472, 482, 484 y 490). FERNÁNDEZ SOLA lamenta que el TJCE no entre a resolver los espinosos problemas técnicos y jurídicos que entraña la adhesión, habiéndose desaprovechado de este modo una ocasión única para aclarar estos aspectos tan debatidos doctrinalmente (FERNÁNDEZ SOLA *cit.* p.53). WAELBROEK, muy diplomáticamente, expresa su deseo de que en un futuro el TJCE recapacite y adopte una postura más flexible sobre las posibilidades de que las CCEE participen en tratados internacionales sobre derechos humanos

los Estados si algún día reforman los tratados según el artículo N TUE para dar cabida a la adhesión al CEDH, se hubiera exigido de los Estados para aplicar el art.235 TCE. Esta disposición, como es sabido, articula un acto complejo de Consejo, Comisión y Parlamento Europeo que exige la unanimidad en el Consejo para su adopción. El Reino Unido se había encargado ya de anunciar su veto si el TJCE optaba por la aplicación del art.235 TCE³³⁸. Por ello es posible aventurar que quizá el TJCE, conociendo la oposición británica -que hubiera supuesto en cualquier caso la no adhesión al CEDH por su bloqueo en el Consejo- se habría adelantado a los acontecimientos y previendo que la aplicación del art.235 no disfrutaba de suficiente quórum, prefirió remitir tan espinoso asunto a la vía intergubernamental. De este modo, el TJCE, aun siendo discutibles los argumentos que utiliza, habría llegado a la solución más realista: transferir el asunto a la agenda intergubernamental de los Estados para que ellos tomen una decisión política.

Pero si desde un punto de vista político resulta medianamente comprensible y excusable el resultado del dictamen, en cambio lo que no resulta justificable en ningún caso es la técnica jurídica utilizada para llegar a ese resultado. En el plano de los razonamientos jurídicos utilizados, el dictamen se presenta en ocasiones como decepcionante. En este sentido, cabe mencionar puntos como los que siguen:

1) El TJCE elude entrar en el fondo del asunto (compatibilidad TCE-CEDH) y sin embargo acaba pronunciándose sobre el fondo -sin quizá ser consciente de ello- cuando niega la posibilidad de adherirse al CEDH por la envergadura constitucional del cambio.

2) Descarta el uso de las competencias implícitas en este asunto, haciendo con esta actitud caso omiso de su propia jurisprudencia anterior, en la que había sido mucho más generoso en el uso de estos poderes. A ello se puede añadir que descarta el uso de las

(WAELBROEK, M.: "La Cour de Justice et la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Cahiers de Droit Européen*, 1996, n°5-6, pp.491-553, p.553).

³³⁸ Esto se desprende de la lectura del Punto IV.1 del Informe para la Vista presentado por el juez ponente SCHOCKWEILER en el dictamen 2/94 (este informe se puede consultar en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1996, pp.106-112).

competencias implícitas en materia de derechos fundamentales alegando que en el TCE no existe competencia en la materia. Decir esto nos parece un poco arriesgado³³⁹. Todo depende del enfoque que adoptemos, porque bien se podría argumentar también que los principios generales del Derecho Comunitario (en los que el TJCE se fundamenta para proteger los derechos) son una fuente expresa del Derecho Comunitario, al igual que el derecho originario o el derecho derivado, tal y como el mismo TJCE ha afirmado. A mayor abundamiento, también es discutible su argumento en el sentido de que de haber tenido competencias internas en materia de derechos fundamentales, se le hubiera reconocido a la CE las correspondientes competencias externas para participar en tratados sobre derechos humanos. Nos parece este argumento (desarrollado en los puntos 26 y 27 del dictamen) igualmente aventurado. Al fin y al cabo, tanto la Comisión como el Parlamento habían abrazado sin rubor la tesis contraria, a saber: la CE cuenta en el plano interno con competencias en la materia, como se demuestra de la multiplicidad de actos y documentos aprobados e informes redactados en los que las demás instituciones se han pronunciado sobre los derechos fundamentales.

3) Rechaza la aplicación del artículo 235 al caso (cuando otras veces había hecho una interpretación extraordinariamente dinámica de éste). Además, lo hace sin explicar siquiera sea someramente si se cumplen o no los requisitos de aplicación del art.235 establecidos en el propio artículo³⁴⁰. Ello hubiera exigido realizar un ejercicio de severa autocrítica para comprobar si el método de protección judicial ideado por el TJCE basta actualmente como método de protección único y dado el grado de desarrollo del ordenamiento comunitario.

³³⁹ De hecho, buena parte de la doctrina consideraba antes de la emisión del dictamen que las CCEE sí tenían competencias en materia de derechos fundamentales. Así, RACHET calificaba estas competencias en materia de promoción y protección de derechos fundamentales como naturales, institucionales y constitucionales (RACHET, Jean-Michel: "De la Compétence de l'Union Européenne en Matière de Défense et de Promotion des Droits de l'Homme", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1995, n°387, pp.256-260, pp.256).

³⁴⁰ Paradójicamente, poco antes, en el dictamen 1/94 el TJCE no había manifestado ninguna pusilanimidad a referirse a las condiciones de aplicación del art.235 TCE en relación a la OMC, argumento que ahora no retoma (Dictamen 1/94 de 15 de Noviembre de 1994, Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio).

Tampoco analiza el TJCE el segundo requisito del art.235: si los derechos fundamentales son hoy día un objetivo comunitario. Al dejar sin analizar estos dos temas tan próximos al ciudadano, las expectativas puestas en el dictamen se desvanecieron. En realidad, no sólo la técnica jurídica es reprobable, sino también la falta de acercamiento del TJCE a las cuestiones a las que es sensible el ciudadano.

GARZÓN CLARIANA y PERILLO, en su Comunicación a la Sub-Comisión de Derechos Humanos de la Comisión de Asuntos Exteriores, Seguridad y Defensa del Parlamento Europeo sobre la Adhesión al CEDH³⁴¹ identifican una peligrosa consecuencia, muy radical, que se podría extraer de la lectura del dictamen, según la cual la CE carecería de competencia para adoptar actos jurídicos cuyo objetivo fuera proteger los derechos fundamentales³⁴². Esta sería una interpretación que se podría defender en base a una lectura aislada del punto 27 del dictamen³⁴³. Aplicando esta hipótesis, ocurriría que incluso sería cuestionable el comportamiento anterior de las instituciones comunitarias. ¿En base a qué el Parlamento Europeo habría adoptado su Declaración de Derechos Fundamentales de 1989 o la Comisión habría abogado por la adhesión al CEDH en diferentes memorándums y

³⁴¹ Nota de Análisis del Dictamen 2/94 del TJCE sobre la Adhesión al CEDH de 28 de Marzo de 1996, de 12 de Junio de 1996, PE 217.926 (GGC/EP/dvdn/ag).

³⁴² Esta es también la conclusión que extrae TOTH de la interpretación del ambiguo dictamen. En su opinión, el TJCE con este dictamen habría cortado la hierba que crecía debajo de sus propios pies porque, ¿cómo podría el TJCE hacer a través de los principios generales lo que impide hacer a las instituciones comunitarias por la vía de la legislación (incorporar normas sobre derechos fundamentales en el acervo comunitario)? Siguiendo en su argumentación, el TJCE habría quedado deslegitimado después de este crudo dictamen para desarrollar y aplicar principios generales sobre derechos fundamentales en un área (los derechos fundamentales) que el TJCE ha dejado fuera no sólo del ámbito de las disposiciones del TCE, sino también fuera de los objetivos comunitarios (TOTH *cit.* p.493).

En el mismo sentido, SIMON se plantea cómo podría ahora la CE adoptar un catálogo de derechos fundamentales (sin previa revisión de los tratados constitutivos) dado que a raíz del dictamen la base jurídica para adoptar un acto ha sido negada (SIMON *cit.* p.3) o como SIMON mantiene, ha sido "marginalizada" (WACHSMANN *cit.* p.476). BURROWS lleva el argumento un poco más lejos, haciendo caer al TJCE en la red que él mismo tejó: el TJCE aprueba su propia política consistente en garantizar los derechos fundamentales como principios generales pero no la de legislar esa materia (Rec.1996, p.1787). Cabría preguntar al propio TJCE si considera realmente que mediante su jurisprudencia no está desarrollando normas (BURROWS, *cit.* p.62).

³⁴³ Punto 14 de la Nota de Análisis.

comunicaciones si ahora el TJCE declara que las instituciones no gozan de la facultad de adoptar normas en materia de derechos fundamentales?

Sin embargo, el mismo GARZÓN CLARIANA y PERILLO creen que esta postura drástica tal vez debiera ceder lugar a una más moderada e intermedia según la cual, en un futuro, el art.235 TCE sí podría constituir la base jurídica para fundamentar actos cuyo objetivo sea la protección de los derechos fundamentales, pero siempre que esos actos no sobrepasen “por su envergadura constitucional” los límites del art.235 TCE³⁴⁴. En definitiva, el dictamen no estaría cuestionando todo pronunciamiento futuro de las instituciones comunitarias en materia de protección de derechos fundamentales, sino sólo aquéllos que pudieran suponer cambios sustanciales en la estructura comunitaria o en los poderes del TJCE³⁴⁵.

La doctrina no ha dudado sobre las razones profundas que han llevado al TJCE a tan esquivo y restrictivo dictamen, que rechaza considerar los puntos que realmente interesaba solucionar al resto de instituciones comunitarias, a los Estados miembros e incluso a la propia academia. Bajo el discurso que aflora en la superficie (falta de información suficiente para pronunciarse sobre la compatibilidad TCE-TEDH y falta de base jurídica para la adhesión a menos que medie una revisión del TCE) las preocupaciones subyacentes del TJCE eran otras muy distintas que afectan a su propia identidad como tribunal único de las CCEE no sometido a ningún tribunal externo ni a su jurisprudencia.

En efecto, como recuerda muy bien WACHSMANN, sentencias del TJCE como VAN GEND & LOOS, COSTA/ENEL, AERT o SIMMENTHAL nos demuestran que el TJCE podría haber estudiado el asunto del dictamen sobre la adhesión al CEDH de un modo más receptivo. Si ha adoptado un enfoque tan conservador (recordándonos incluso que está limitado en su actuación por el principio de atribución) es simplemente porque no ha querido. El TJCE ha sentido temor a ver mermadas sus competencias en favor de los

³⁴⁴ Punto 14 de la Nota de Análisis.

³⁴⁵ WACHSMANN comparte esta opinión (WACHSMANN *cit.* p.482).

órganos comunitarios. Realmente ha creído la argumentación de países como España, quien estimaba que si se producía la adhesión y alguien demandaba a las CCEE por una presunta violación de un derecho fundamental protegido por el CEDH, el TEDH podría acabar revisando todo el Derecho Comunitario desde la perspectiva de los propios objetivos del CEDH, minando de este modo principios del ordenamiento comunitario como la primacía del ordenamiento comunitario o su autonomía.

Con su dictamen, el TJCE habría demostrado sentir un temor irrazonado a someterse al TEDH, un temor que, curiosamente sus Estados miembros nunca han demostrado sentir. Para éstos, el sometimiento a un mecanismo internacional de protección de los derechos fundamentales no ha supuesto ningún tipo de problema ni han considerado que ello afectara a la autonomía de sus ordenamientos internos. Por el contrario, es en el ejercicio de su autonomía que han decidido voluntariamente obligarse por este sistema de protección. En cambio, bien se podría decir que lo que parece bueno para los Estados no lo es para la CE dado que el TJCE ha sido extremadamente celoso de su jurisdicción y autonomía. Con este dictamen persiste el riesgo de una jurisprudencia divergente entre Luxemburgo y Estrasburgo, un riesgo cuya virtualidad lamenta la propia Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa:

“Il ne saurait y avoir de mécanismes concurrentes en matière de protection des droits de l’homme en Europe, à cause du risque de divergence de jurisprudence”³⁴⁶.

Sin embargo el TJCE ha preferido tener en cuenta otro tipo de consideraciones, p.ej. la reafirmación de su propia legitimidad y su monopolio absoluto de la interpretación del Derecho Comunitario. Resulta paradójico (y hasta cierto punto arrogante) que el TJCE luche de tan enconada manera por seguir siendo el intérprete único del Derecho Comunitario cuando él no siente el menor reparo en interpretar según sus propios criterios el CEDH, que es un instrumento internacional propio de otra organización internacional.

³⁴⁶ Resolución 1108 (1997) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 28 de Enero de 1997, punto 10.

Parece que su exceso de celo en proteger sus propias prerrogativas no tiene un reflejo en el modo, más bien atrevido, en que ha decidido interpretar un texto internacional ajeno. En definitiva, el dictamen no soluciona el problema de la insuficiencia del método de protección pretoriano en las CCEE, sino que lo mantiene.

4. El Tratado de Amsterdam de Junio de 1997

4.1. Introducción. Los Trabajos del Grupo de Reflexión en Materia de Derechos Fundamentales

Las delegaciones de los Estados miembros que participaron en la Conferencia Intergubernamental de 1991 que llevó a la adopción del TUE fueron siempre conscientes del carácter contingente y abierto de la reforma que estaban acometiendo. A sabiendas de que el TUE sólo supondría una etapa más en el proceso de construcción europea pero no su culminación, introdujeron expresamente en el TUE una cláusula que preveía la convocatoria de una nueva Conferencia de revisión para 1996 en el marco de la Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados (art.N.2 TUE).

La propia previsión de adhesión de nuevos Estados a la UE aconsejaba la redacción de un nuevo tratado que preparara las estructuras de la UE para una ampliación importante y generosa. Además, algunos temas que dada la complejidad de las negociaciones del TUE no habían logrado suficiente consenso para ser incorporados al TUE habían quedado aplazados para la futura revisión (p.ej. art.B.5 TUE, 189 B.8 TCE, J.4.6 TUE, J.10 TUE y las Declaraciones nº1 y nº16). Pero la agenda de la futura revisión era una cuestión abierta a la que podrían añadirse nuevos temas en función de los intereses e inquietudes que se fueran manifestando entre los Estados miembros. Ya desde comienzos de la entrada en vigor del TUE (1993), lo cual coincidió con una grave crisis económica y un momento de europesimismo, los estadistas de los Estados miembros se percataron de que un asunto a tratar en la conferencia intergubernamental prevista debía ser sin duda la necesidad de

acercar el proyecto europeo al ciudadano, haciéndole creer en él, implicándolo en él. Ello se conseguiría corrigiendo una serie de disfunciones derivadas de la discutible legitimidad democrática de la UE, la falta de transparencia del funcionamiento de las instituciones, la indiferencia creciente hacia la figura de la ciudadanía europea, la falta de definición clara de los derechos fundamentales protegidos, etc.

Durante el Consejo Europeo de Corfú de Junio de 1994, los Jefes de Estado y de Gobierno participantes llegaron ya a un doble compromiso en relación, primero con el contenido de la Conferencia Intergubernamental (CIG96) y, en segundo lugar, con el inicio de las negociaciones de adhesión de nuevos Estados. La cumbre de Corfú clarificó hasta tal punto los trabajos preparatorios de la CIG que se decidió crear, antes de la convocatoria de la CIG prevista para 1996, un Grupo de Reflexión encargado de la preparación de la CIG y compuesto por representantes de los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros, el presidente de la Comisión y dos representantes del Parlamento Europeo y presidido por una persona designada por el próximo Estado que ostentara la Presidencia del Consejo (España).

El Consejo Europeo, además, invitó a las instituciones comunitarias a presentar, antes del inicio de los trabajos del Grupo de Reflexión, informes sobre el funcionamiento del TUE para que, sobre la base de esta evaluación, el grupo pudiera presentar propuestas de reforma de los tratados a la CIG.

Las instituciones comunitarias fueron rindiendo sus informes durante el primer semestre de 1995, aportando en ellos su diagnóstico y reflexiones surgidas de la experiencia práctica de la aplicación del tratado. Algunos de estos informes realizan un estudio profundo de todo el funcionamiento del TUE en general, sus éxitos, sus lagunas, y realizan al mismo tiempo propuestas de cambios (p.ej. informes de Parlamento y Comisión). Otros se ciñen al estudio de la propia institución consultada y emiten propuestas de reforma casi exclusivamente respecto de la misma (Comité de las Regiones, Tribunal de Primera Instancia, TJCE, Consejo Económico y Social). Otros se limitaron a exponer de modo

aséptico y objetivo la aplicación del TUE pero sin entrar en ningún momento a valorar ni el contenido del TUE ni su eficacia, ni el eventual modo de mejorar su funcionamiento (caso del informe del Consejo).

Por su parte, los Estados miembros quisieron aportar su propia opinión sobre cómo debería articularse la revisión de los tratados y cuál debería ser el contenido del orden del día. Ello se fue concretando en diferentes documentos oficiales que fueron emitiendo los diferentes Estados miembros, incluso durante el desarrollo de la CIG, y en distintas declaraciones públicas de sus líderes políticos.

Entre tanto, el grupo de Reflexión comenzó sus trabajos (su reunión constitutiva fue en Taormina el 3 de Junio de 1995). El grupo intentó agrupar los temas que serían objeto de reflexión de cara a la revisión en torno a tres grandes bloques que podían englobar los intereses e inquietudes manifestados por los Estados: 1) convertir a Europa en una empresa del ciudadano, 2) mejorar el funcionamiento de la UE y prepararla para la ampliación y 3) dotar a la UE de una mayor capacidad de acción exterior³⁴⁷.

El Grupo de Reflexión terminó sus trabajos el 5 de Diciembre de 1995 con la emisión de su informe final³⁴⁸, el cual fue presentado al Consejo Europeo de Madrid de 15 y 16 de Diciembre de 1995 en el que se fijó la apertura de la CIG para el 29 de Marzo de 1996 en Turín bajo presidencia Italiana. En el informe del Grupo se reflejaban puntos de vista divergentes, puntos abiertos al debate y propuestas alternativas en lugar de soluciones únicas a los diferentes asuntos que habían suscitado la atención de sus miembros. Todo ello dificultaría sin duda el cometido de la CIG pero fue el precio a pagar por la aprobación del informe por unanimidad.

³⁴⁷ Temas que fueron confirmados como los ejes centrales de la CIG en el Consejo Europeo de Cannes de 26 y 27 de Junio de 1995.

³⁴⁸ Informe del Grupo de Reflexión sobre la Reforma de la Unión Europea de 5 de Diciembre de 1995 (SN/520/95(REFLEX21)).

En relación a las materias que en este estudio nos interesan, el Grupo de Reflexión manifestaba las siguientes reflexiones y propuestas:

En torno a la amplia cuestión del Ciudadano y la Unión³⁴⁹, el Grupo de Reflexión se planteaba varios focos de interés. Entre ellos, el fomento de los valores europeos, la consecución de la libertad y seguridad interiores y la mayor transparencia de la UE. Dentro del primer foco de interés, el Grupo de Reflexión se planteaba el tema de los derechos fundamentales con el objeto de asegurar el pleno respeto de éstos tanto en las relaciones UE-Estados miembros como en la relación Estados miembros-individuos. Para conseguir este objetivo, el Grupo de Reflexión planteaba toda una panoplia de opciones a la CIG (no todas ellas unánimemente compartidas o defendidas): introducir un procedimiento sancionador contra cualquier Estado miembro que incurriera en violaciones graves y reiteradas de los derechos fundamentales³⁵⁰, planteándose incluso la posibilidad de expulsión³⁵¹; crear un estatuto especial con determinados derechos para ciudadanos de terceros Estados residentes en la UE³⁵²; adhesión al CEDH³⁵³; inclusión de un catálogo de derechos fundamentales en el tratado³⁵⁴; aglutinamiento en un capítulo del tratado de todos los derechos y obligaciones del ciudadano ahora dispersos por el tratado³⁵⁵; inclusión del Acuerdo Social en el Título VIII del TUE³⁵⁶; incorporación al tratado de la Carta Social Europea³⁵⁷. Sin embargo, el informe no echaba las campanas al vuelo ya que constataba que “uno de nosotros” (el Reino Unido) considera que la definición, tratamiento y protección de los derechos fundamentales es competencia exclusiva de cada uno de los Estados.

³⁴⁹ Punto I del informe.

³⁵⁰ Punto 32 del informe.

³⁵¹ Punto 35 del informe.

³⁵² Punto 38 del informe.

³⁵³ Punto 34 del informe.

³⁵⁴ Punto 35 del informe.

³⁵⁵ Punto 35 del informe.

³⁵⁶ Punto 36 del informe.

Bajo el epígrafe “Fomento de los Valores Europeos”, el Grupo de Reflexión también se refería a la no discriminación, proponiendo a la CIG la toma en consideración de las siguientes alternativas: incluir en el tratado una cláusula general de no discriminación, extender el principio de igualdad entre hombre y mujer, condena del racismo y la xenofobia y atención especial a las personas con minusvalías³⁵⁸.

El último tema tratado bajo este epígrafe era el de la ciudadanía, en el que los miembros del Grupo eran conscientes de la división de opiniones que suscitaba entre los Estados miembros (recordemos la posición de Dinamarca³⁵⁹), así como la falta de implicación del ciudadano y de identificación con esta categoría creada en favor suyo. El objetivo del Grupo no era otro que conseguir la identificación del ciudadano de los Estados miembros como ciudadanos europeos. Desde este estadio temprano de la negociación, parecía ya claro que el futuro tratado debería contener una cláusula que recordara que la ciudadanía de la Unión no amenazaba a la identidad nacional por cuanto no sustituía a la ciudadanía nacional³⁶⁰. Se planteaba también la posibilidad de suprimir el uso del pasaporte en el cruce de fronteras interiores³⁶¹, la creación de un voluntariado europeo para acciones humanitarias³⁶² y la consolidación del concepto de servicios públicos de interés general³⁶³.

En relación al segundo foco de interés mencionado (libertad y seguridad interiores) el objetivo barajado por los miembros del Grupo era consolidar la seguridad interior en una Europa sin fronteras interiores³⁶⁴. Para ello proponía, entre otras posibilidades, el

³⁵⁷ Punto 37 del informe.

³⁵⁸ Punto 39 del informe.

³⁵⁹ “Así, unos estamos a favor de profundizar y hacer efectivos los derechos de ciudadanía e incluso aumentarlos. Otros, en contra de desarrollar y ampliar el concepto” (punto 41 del informe).

³⁶⁰ Punto 41 del informe.

³⁶¹ Punto 42 del informe.

³⁶² Punto 43 del informe.

³⁶³ Punto 44 del informe.

³⁶⁴ Punto 45 del informe.

establecimiento de un estatuto común para los residentes legales de la UE de terceros Estados³⁶⁵ (en ningún caso la adquisición de la ciudadanía europea tras 5 años de residencia legal, como proponía alguna ONG consultada). También proponía la integración del tercer pilar en el primero (al menos todo lo relacionado con las fronteras exteriores, asilo, régimen de extranjería, política de inmigración, etc.)³⁶⁶. Empero, algún Estado opinaba que la separación de pilares era esencial para gestionar asuntos tan vinculados a la soberanía nacional³⁶⁷.

En relación a la transparencia, los Estados miembros, unánimemente, participaban de la idea de que había que acercar Europa al ciudadano haciendo los asuntos europeos menos herméticos e incomprensibles³⁶⁸. Sin embargo los Estados defendían diferentes criterios sobre la forma de llevar esta transparencia a cabo, desde propuestas que ligaban la transparencia a la mejora de los derechos fundamentales (haciendo referencia al principio general sobre acceso a documentos de la UE que facilitase a los particulares el ejercicio de su derecho a estar informados³⁶⁹), hasta otras que nos interesan menos de cara a los propósitos de esta tesis porque son propuestas sin relación con la protección de los derechos fundamentales (p.ej. propuestas de hacer más legibles los tratados, simplificarlos³⁷⁰ o convertir en públicas las sesiones del Consejo en las que se trataran temas legislativos, no ejecutivos³⁷¹).

El Grupo de Reflexión también trató ampliamente el tema de mejorar y hacer más eficaz y democrático el funcionamiento de la Unión para prepararla para la adhesión. Para ello proponía multitud de reformas del funcionamiento de las instituciones. En lo que a

³⁶⁵ Punto 55 del informe.

³⁶⁶ Punto 49 del informe.

³⁶⁷ Punto 50 del informe.

³⁶⁸ Punto 67 del informe.

³⁶⁹ Punto 67 del informe.

³⁷⁰ Punto 68 del informe.

³⁷¹ Punto 107 del informe.

nosotros nos interesa, el funcionamiento del TJCE, el Grupo proponía fortalecer su papel para asegurar el respeto del derecho, la unidad interpretativa y la protección de los ciudadanos individuales³⁷². Sin embargo echamos en falta entre las propuestas de reforma la ampliación o facilitación del acceso del individuo al juez comunitario, propuesta que sí había sido lanzada por el TJCE, así como la creación de un recurso de amparo, temas ambos que sí fueron tenidos en cuenta por la CIG posteriormente. En cambio, sí se barajaba la posibilidad de someter al control judicial del TJCE el tercer pilar, para así garantizar la protección de los derechos de la persona afectada por asuntos competencia de la CJAI.

La aplicación del art.N para la convocatoria de la CIG hacía necesario el cumplimiento de dos requisitos: la consulta y dictamen favorable del Parlamento Europeo y de la Comisión. Ambas instituciones emitieron sus dictámenes el 13 de Marzo de 1996 y el 28 de Febrero de 1996 respectivamente³⁷³. Ambos aprovecharon la nueva ocasión que se les brindaba para incidir en aquellos temas que les suscitaban especial interés y a los que querían que la Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados pusieran solución. Para ello daban una serie de orientaciones a la Conferencia de Representantes. En materia de derechos fundamentales, muchas de las propuestas de las dos instituciones coinciden (adhesión al CEDH, inserción en el tratado de un listado de derechos fundamentales, comunitarización del tercer pilar, inclusión de una cláusula de no discriminación, transparencia, condena del racismo y la xenofobia). Sin embargo, las propuestas del Parlamento eran mucho más numerosas, variopintas y específicas: dar un contenido jurídico más preciso a la ciudadanía que recogiese todos los derechos dispersos por el tratado³⁷⁴, incluir una obligación expresa para los Estados de respeto de los derechos

³⁷² Punto 120 del informe.

³⁷³ Resolución que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Convocatoria de la Conferencia Intergubernamental: Prioridades con vistas a la Conferencia Intergubernamental (Turín, 1996) para la revisión del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea y Dictamen de la Comisión "Reforzar la unión Política y Preparar la Ampliación", respectivamente. Ambos documentos están localizables en la siguiente dirección de Internet: www.europa.eu.int/en/agenda/igc-jhome/index.html

³⁷⁴ Punto 4.1 de la resolución.

fundamentales³⁷⁵, referencia expresa a la supresión de la pena de muerte³⁷⁶, reconocimiento de la igualdad de sexos como derecho fundamental y favorecimiento de la acción positiva³⁷⁷, definición de los derechos económicos y sociales de alcance transnacional, especialmente los de los trabajadores³⁷⁸, adopción de un sistema electoral uniforme³⁷⁹, integración del Acuerdo Social y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales en el tratado, o al menos los derechos de asociación, negociación colectiva y acción sindical³⁸⁰, desarrollo de una política destinada a luchar contra la exclusión social, la discriminación, la pobreza y la injusticia social³⁸¹.

Tras el requisito formal de la obtención de estos dos dictámenes positivos, el Consejo Europeo de Turín inauguró la CIG fijando como prioridades de ésta los tres grupos de cuestiones que ya habían sido identificados por el Grupo de Reflexión (hacer la Unión Europea más próxima al ciudadano, reformar las instituciones con el objetivo de hacerlas más democráticas y eficaces y fortalecer la capacidad de acción exterior de la Unión).

En relación al primer objetivo, el Consejo Europeo de Turín incidió en la importancia de reforzar los derechos fundamentales de la persona conciliando las divergencias que existían entre el primer y tercer pilar en cuanto a su control jurisdiccional. Con esta base, la CIG comenzó sus trabajos. En ellos se utilizó como base el informe del Grupo de Reflexión (o Informe Westendorp, en alusión a su presidente) pero también la inmensidad de documentos producidos por los Estados miembros fijando sus posturas, documentos de las instituciones, reflexiones de los parlamentos nacionales, sugerencias provenientes de la sociedad civil (ONGs, etc..).

³⁷⁵ Punto 4.3 de la resolución.

³⁷⁶ Punto 4.6 de la resolución.

³⁷⁷ Punto 4.7 de la resolución.

³⁷⁸ Punto 4.8 de la resolución.

³⁷⁹ Punto 4.9 de la resolución.

³⁸⁰ Punto 7.2 de la resolución.

³⁸¹ Punto 7.4 de la resolución.

A lo largo de la CIG surgieron diferentes propuestas y sugerencias en torno a los derechos fundamentales tanto durante la presidencia italiana, como durante la irlandesa y la neerlandesa. De todas ellas lo que en última instancia prosperó es lo que figura en el Tratado de Amsterdam de Junio de 1997.

Nuestro método de trabajo en esta parte de la tesis será como sigue, en aras de la claridad expositiva y del mejor entendimiento de su contenido: expondremos una a una y sucesivamente las novedades del Tratado de Amsterdam en materia de derechos fundamentales. Tras la exposición de cada una de ellas, añadiremos un estudio sobre las diferentes propuestas que surgieron y se debatieron en torno a la disposición analizada como alternativas a la propuesta que finalmente salió adelante. En último lugar realizaremos un comentario personal sobre el significado de esa nueva disposición del tratado, examinando si supone o no un avance y cuáles son sus consecuencias jurídicas.

4.2. Análisis de las nuevas disposiciones

4.2.1. La Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores: Preámbulo del TUE y art.117 del TCE

Se añade un nuevo 4º párrafo al Preámbulo del TUE:

“Confirmando su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de Octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989”

Se sustituye el artículo 117 por el siguiente texto:

“La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los

trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

4.2.1.1. Antecedentes de estas disposiciones y otras propuestas debatidas

Numerosos Estados miembros consideraban que dado el carácter eminentemente económico de las CCEE, se hacía necesario reconocer la función fundamental que cumplen los derechos sociales y económicos en su seno mediante el reconocimiento y consiguiente inclusión de nuevos derechos sociales en el tratado (propuesta apoyada por la Comisión, Parlamento, Bélgica, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal³⁸²) e incluso reforzando el papel de los de tipo económico (apoyada por la

³⁸² Para conocer de modo esquemático a través de cuadros-resumen la posición de las instituciones y de los Estados miembros hacia cualquiera de los puntos que estuvieron en el orden del día de la CIG, véase el documento interno del Parlamento Europeo: TASK FORCE CIG/1996: Positions Resumées des États membres et du Parlement Européen sur la Conférence Intergouvernementale de 1996, Luxemburgo, 13 de Junio de 1996 (JF/bo/234/96). Para conocer de modo más extenso las posiciones de los Estados, consúltese el Libro Blanco redactado en el seno del Parlamento Europeo: TASK FORCE CIG/1996: Libro Blanco sobre la Conferencia Intergubernamental, vol.II (obtenido en la siguiente dirección de Internet: [www.europarl.eu.int/dg7/igc\(es/post-intr.htm#pref\)](http://www.europarl.eu.int/dg7/igc(es/post-intr.htm#pref))). En él, la Task Force creada por el Secretario General del Parlamento Europeo reúne todos los documentos emitidos por los Estados miembros. Realiza la misma labor

Comisión, el Parlamento, España y Portugal). Algunos Estados no se manifestaron al respecto y uno se mostró en contra de ambas posibilidades (Reino Unido) por entender que ya quedaban suficientemente protegidos a nivel nacional³⁸³.

Austria consideraba que el contenido de la Carta Social Europea auspiciada por el Consejo de Europa debía ser incorporada en el tratado³⁸⁴. Italia proponía la inclusión de más amplios derechos sociales pero no en cualquier parte del tratado, sino en las disposiciones sobre ciudadanía, como nuevos derechos de ésta³⁸⁵. España elaboraba más en su propuesta y, junto a la inclusión del Protocolo Social en la parte dispositiva del tratado, también pedía la inclusión de los derechos socioeconómicos en el tratado y la incorporación de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales como declaración aneja al tratado³⁸⁶. Finlandia también consideraba que la conferencia debería estudiar la manera de desarrollar los derechos sociales del ciudadano europeo³⁸⁷. Bélgica también había subrayado la necesidad de evocar en el nuevo tratado, junto al CEDH, otras convenciones que definen derechos y libertades fundamentales, citando expresamente la Carta Social Europea³⁸⁸.

pero no está tan actualizado y además está muy resumido el siguiente documento: TASK FORCE CIG/96: Relación de Posiciones de los Estados miembros de la Unión Europea ante la Conferencia Intergubernamental de 1996, 8 de Diciembre de 1995, 3ª actualización (JF/bo/178/95). También se resumen las posiciones de algunos Estados miembros en: PARONAT CATALÀ PRO EUROPA: *La Reforma Institucional de la Unión Europea: XII Jornadas Europeas de Pasqua*, 5 de Junio de 1995, Calella de Palagrufell.

³⁸³ Especialmente beligerante en favor de la mejora de la posición de los derechos fundamentales en las CCEE fue el Parlamento Europeo quien en un documento transmitido a la CIG aconsejaba la inclusión de los derechos sociales fundamentales en el futuro tratado como condición previa esencial para conferir mayor credibilidad al proceso integrador. A tal efecto, proponía que el art.F hiciera referencia, junto al CEDH, también a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (CONF/3883/97 de 21 de Abril de 1997).

³⁸⁴ Documento del Gobierno Austríaco "Posiciones de Principio de Austria sobre la Conferencia Intergubernamental", de 26 de Marzo de 1996.

³⁸⁵ Posición del Gobierno Italiano sobre la Conferencia intergubernamental para la revisión de los tratados, 18 de Marzo de 1996.

³⁸⁶ Documento "Elementos para una Posición Española en la Conferencia Intergubernamental de 1996", de 26 de Marzo de 1996.

³⁸⁷ Memorándum del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre los Puntos de Vista de Gobierno Finlandés en Relación con la Conferencia Intergubernamental, 18 de Septiembre de 1995.

³⁸⁸ Nota Política del Gobierno al Parlamento Belga sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996, de 28 de Julio de 1995.

Bélgica profundizó en esta idea y en su Nota de Transmisión a la Conferencia de Representantes de 26 de Noviembre de 1996 proponía la redacción de un artículo en la parte dispositiva del tratado que mencionara que la CE y sus Estados miembros harían todo lo necesario para preservar los derechos sociales definidos en dos tratados internacionales: el Convenio de la OIT nº102 sobre Normas Mínimas de Seguridad Social y la Carta Social Europea del Consejo de Europa³⁸⁹. Luxemburgo había abogado por guardar la inclusión de los derechos fundamentales (todos ellos, no sólo los socioeconómicos) para el Preámbulo del tratado, no para su parte dispositiva³⁹⁰. Grecia se mostraba partidaria de la introducción en el tratado de la Carta Social de 1989, pero no manifestaba ninguna preferencia sobre su debería ser en su parte dispositiva o en la preambular³⁹¹.

El documento Dublín II, que constituye un borrador de tratado de reforma redactado bajo la presidencia irlandesa³⁹² aún no incluye referencia a ninguna de estas dos disposiciones, ni la que se añadió al Preámbulo del TUE ni la del art.117 TCE. Sin embargo, la referencia a la Carta Social Europea y a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales vuelve a aparecer en dos documentos de la CIG ya en un momento muy avanzado de los trabajos de ésta³⁹³.

La mención aparecía también, y de modo mucho más significativo y sustantivo, en un documento de 21 de Abril de 1997 enviado por los representantes del Parlamento Europeo en la CIG a ésta última. En este documento, la referencia a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (no a la Carta Social Europea, a la que no se

³⁸⁹ CONF/3991/96, de 26 de Noviembre de 1996.

³⁹⁰ Prontuario/Memorándum del Gobierno Luxemburgués sobre la CIG de 1996, de 30 de Junio de 1995.

³⁹¹ Memorándum del Gobierno Griego sobre la CIG: Posiciones y Reflexiones de Grecia, de 24 de Enero de 1996.

³⁹² CONF/2500/96, de 5 de Diciembre de 1996, "Presente y Futuro de la Unión Europea. Adaptar la UE en Beneficio de sus Pueblos y Prepararla para el Futuro. Líneas Generales de un Proyecto de Revisión de los Tratados".

³⁹³ SN/550/97 (C51), de 27 de Mayo de 1997 (texto resultante de la reunión "friends of the president" de 26 y 27 de Mayo) y también en CONF/4001/97, de 19 de Junio de 1997 (versión provisional del tratado de Amsterdam).

nombraba) aparecía en la parte dispositiva del tratado en el art.F.3 como contenido de principios generales del Derecho Comunitario. Resulta interesante recordar que esta mención se hace justo después de la referencia en el art.F.2 al CEDH como convenio según el cual la Unión garantiza los derechos fundamentales. Se trataba de un intento del Parlamento de equiparar ambos tratados internacionales y ambos tipos de derechos (sociales y económicos con los civiles y políticos³⁹⁴).

4.2.1.2. Comentario

El clamor en favor de la mención a la Carta Social Europea en los tratados no es nuevo. Especialmente desde la mención a la Carta Social Europea en el Preámbulo del AUE y la inclusión del CEDH, pero no de la Carta Social, en la parte dispositiva del TUE. Qué duda cabe que a ello había contribuido el lenguaje abstracto del TJCE declarando que protegía los derechos fundamentales basándose en tratados internacionales en cuya redacción los Estados miembros hubieran colaborado o a los que se hubieran adherido.

De los puntos de vista reproducidos en el anterior punto no se puede sino concluir que no existía consenso en la materia. La posición más extremista era la expresada por el Reino Unido, para quien la protección de los derechos fundamentales (incluidos los socioeconómicos) debía tener como único referente el Estado. En este sentido, la solución que se encontró nos parece la intermedia: mencionar la Carta Social Europea del Consejo de Europa, pero junto a ella, mencionar un documento propio aunque de nulo valor vinculante: la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales. Además, la mención de ambas se produce en el Preámbulo, sin otorgársele por tanto más valor que el servir como guía y sin que sea posible su persecución en caso de violación. Sin embargo, este nuevo párrafo del Preámbulo hay que ponerlo en relación con el nuevo art.117, de nueva

³⁹⁴ El texto rezaba así: “La Unión respetará los derechos sociales fundamentales, tal como se definen en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 8 de Diciembre de 1989 en tanto que principios generales del Derecho Comunitario (CONF/3883/97, de 21 de Abril de 1997).

redacción (al igual que los artículos 118-120), todos los cuales suponen la integración del Protocolo Social en el cuerpo del TCE. De este modo, el Protocolo Social desaparece y pasa a estar comunitarizado. Ello fue posible tras las elecciones en el Reino Unido que dieron lugar a un cambio de gobierno y de partido gobernante. Así, los derechos de los trabajadores y las mejoras en política social se amplían y se comienzan a aplicar a todos los socios comunitarios³⁹⁵.

Pero por lo que al art.117 se refiere, como reconoce el Parlamento Europeo en su evaluación del tratado, la referencia a la Carta Social de 1989 y a la Carta Comunitaria en el art.117 TCE se hace de manera ejemplificativa. Con ello se está muy lejos de introducir en el tratado los principios esenciales de ambas cartas, tal y como recomendaba el Parlamento Europeo³⁹⁶.

4.2.2. Transparencia y derecho al acceso a documentos comunitarios: art.A.2 TUE y 191A TCE

El párrafo 2 del art.A TUE se sustituye por el siguiente texto:

“El presente tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”.

En el TCE, se inserta el siguiente artículo:

³⁹⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, José Javier: Nota sobre las Prioridades del Parlamento Europeo en Relación con la Conferencia Intergubernamental y el Nuevo Tratado de Amsterdam: Relación y Primera Evaluación de Resultados, 15 de Julio de 1997 (documento interno de la TASK FORCE del Parlamento Europeo (JF/bo/Amsterdam.TUE)).

³⁹⁶ P.E. Direction Générale de Commissions et Délégations. Commission Institutionnelle: Première Analyse du Traité d'Amsterdam, 25 de Junio de 1997, sec.II. cap.4 (en dirección de Internet: www.europarl.eu.int/dg7/treaty/fr/section2.htm#chap10).

“1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, de la Comisión y del Consejo, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones sobre el acceso a sus documentos”.

4.2.2.1. Antecedentes de estas disposiciones y otras propuestas defendidas

Las instituciones se habían mostrado firmes en su decisión de progresar en la vía democrática y de apertura de las instituciones aun cuando cada una entendía el requisito de la transparencia de una manera diferente. Para la Comisión era sinónimo de accesibilidad e inteligibilidad de las acciones de la UE, así como de garantía del acceso de la persona interesada a toda información útil³⁹⁷. El Consejo Económico y Social hablaba de un modo un tanto vago de promover una comunicación transparente³⁹⁸. El Comité de las Regiones también mencionaba la transparencia, pero realizando una utilización muy sesgada y particular por la que la entendía como refuerzo del principio de subsidiariedad que coadyuvara a la clara repartición de funciones entre los diversos niveles de poderes públicos³⁹⁹. El Parlamento Europeo sitúa la transparencia en un contexto de necesidad de dar una respuesta

³⁹⁷ Dictamen de la Comisión *cit.* punto 19.

³⁹⁸ CES: La Conférence Intergouvernementale 1996. Le Rôle du Comité Économique et Social. Rapport du Bureau du Comité Économique et Social, 26 de Abril de 1995 (CES 273/95fin), punto 3.1.

positiva a la demanda de los ciudadanos de apertura. Por ello propone varias medidas: reducción de los procedimientos de decisión en la UE, introducción en el TUE de un principio de apertura, la garantía del acceso a los documentos de la Unión, la necesidad de hacer públicas las reuniones del Consejo, la garantía de la publicidad de las sesiones del Consejo que tengan carácter legislativo⁴⁰⁰. Todo ello con el fin de lograr una mayor credibilidad ante el ciudadano⁴⁰¹. La transparencia ocupó un lugar muy importante del discurso de la Comisión, invitando ésta a las instituciones a hacer más transparentes sus deliberaciones y a facilitar el acceso a sus trabajos con el fin de mejorar la confianza y participación del ciudadano en el proceso de toma de decisiones⁴⁰². Sin embargo cae en un exceso de optimismo al considerar que el principio de acceso a la información está consagrado ya en la CE⁴⁰³.

Por su parte los Estados participaban con mayor o menor entusiasmo de esta idea⁴⁰⁴. Especialmente entusiastas eran los países escandinavos, cuya administración

³⁹⁹ Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Revisión del TUE y el TCE (ponente. Pujol y Soley), 25 de Abril de 1995 (CDR139/95).

⁴⁰⁰ Punto 20 de la Resolución de 13 de Mayo de 1996 *cit* (se puede consultar en *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1996, pp.82-88).

⁴⁰¹ Punto I de la resolución del Parlamento Europeo de 17 de Mayo de 1995, El Funcionamiento del TUE en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996. Realización y Desarrollo de la Unión.

⁴⁰² Cap.II B del Informe de la Comisión para el Grupo de Reflexión, Mayo 1995.

⁴⁰³ Cap.II.C.3 del Informe de la Comisión para el Grupo de Reflexión.

⁴⁰⁴ Bélgica hablaba de hacer el proceso decisonal más transparente y democrático (Nota Política... *cit.*). Dinamarca hablaba de transparencia y simplificación para evitar el alejamiento de la Unión Europea de los ciudadanos individuales. También proponía promover la transparencia mediante la modificación del reglamento interno del Consejo, en cuyo caso no sería necesario reformar el tratado en ese punto (Bases para la Negociación: España Abierta. La Conferencia Intergubernamental de 1996. Memorandum del Gobierno Danés de 11 de Diciembre de 1995). Alemania también hablaba de simplificar y hacer más transparente el proceso legislativo, pero parece que se refería más a la simplificación de los procesos legislativos existentes que a un derecho de acceso a los documentos (Documento de Reflexión: Más Estado de Derecho a Nivel Europeo, de 13 de Junio de 1995). Lo mismo dice Irlanda (Libro Blanco sobre Política Exterior: Desafíos y Oportunidades en el Exterior, de 26 de Marzo de 1996). Francia no se pronuncia. España se extiende largamente en una serie de reflexiones sobre la necesidad de favorecer la accesibilidad y comprensión de los asuntos de la Unión Europea por el público general, mediante métodos de publicidad, información y consulta, simplificación de los tratados, dando la debida difusión a los acuerdos interinstitucionales e incidiendo en la relación apuntada por el Comité de las Regiones entre subsidiariedad-transparencia (Elementos... *cit.*). Italia se refería a la relación transparencia-acceso documentos y publicidad de actos de la Unión Europea (Posiciones

tradicionalmente ha hecho gala de claridad en sus procedimientos y que por tanto querían exportar este principio a la UE.

La CIG barajó dos posibilidades para materializar el acceso a los documentos en la UE: o bien la que se usó, es decir, una combinación entre los arts. A TUE y 191 TCE (denominada opción A, que fue la que se utilizó y consistente en declarar el derecho de acceso para luego remitirse a posteriores desarrollos normativos de las instituciones para lograr su verdadera efectividad) o bien una opción B que hubiese resultado quizá más transparente: declarar un derecho de acceso y que seguidamente el propio tratado estableciese un *numerus clausus* de excepciones a la regla del acceso a los documentos⁴⁰⁵.

del Gobierno Italiano sobre la Conferencia Intergubernamental para la revisión de los Tratados, 18 de Marzo de 1996). Austria se manifiesta en el mismo sentido que Italia (Posición de Principio de Austria sobre la CIG. Documento del Gobierno austriaco, de 26 de Marzo de 1996). Finlandia se muestra muy firme en relación a la publicación de documentos, calificándolo como una obligación política y legal que ha de ser codificada en los tratados (Puntos de Partida y Objetivos de Finlandia en Relación con la Conferencia Intergubernamental, de 27 de Febrero de 1996). Grecia no dedica ningún punto a esta cuestión. Luxemburgo realiza una referencia general a la transparencia (Prontuario/Memorándum... *cit.*). Países Bajos hace referencia a la conveniencia del acceso público a la información a través del establecimiento de un derecho del ciudadano a la información, así como de los medios adecuados de recurso. La idea básica es que todo documento sea público a menos que razones fundadas justifiquen su carácter confidencial (Cuarto Memorándum del Gobierno Holandés: La reforma Institucional de la Unión Europea, de 12 de Julio de 1995). Reino Unido, haciendo gala de su "prudencia europeísta" da una de cal y otra de arena: primero se muestra partidario de colaborar para avanzar en la apertura y transparencia pero seguidamente recuerda que una apertura completa no será posible porque las verdaderas negociaciones de cualquier acto por definición siempre se llevarán a cabo entre bastidores y la transparencia es lo contrario justamente de lo que se busca en una conversación entre bastidores (Libro Blanco del Reino sobre la CIG: Una Asociación de Naciones, de 12 de Marzo de 1996). Suecia se erige así misma en modelo a nivel nacional de los que propone para la UE en relación al acceso a los documentos: el principio de publicidad. Este principio de publicidad de la acción administrativa es clásico en Suecia y debe ser aplicado a la acción administrativa europea. Incluso propone al TJCE como institución encargada de interpretar las disposiciones sobre publicidad de la acción administrativa y de confidencialidad del sistema comunitario (Nota sobre los Intereses Fundamentales de Suecia en la Perspectiva de la CIG 1996, Junio de 1995). En su documento de 20 de Mayo de 1996 sobre el Acceso a los Documentos de la UE, el gobierno sueco define su postura realizando toda una teoría y estableciendo incluso la lista de razones que justificarían la confidencialidad: razones de seguridad, relaciones de las CCEE con terceros Estados u otras organizaciones internacionales, política financiera y monetaria, seguridad industrial o comercial, prevención o represión de la criminalidad, intereses económicos, protección de la vida privada, preservación de las especies animales o vegetales o protección de los puntos de vista expresados a lo largo de negociaciones no públicas (consúltese la Ficha temática nº18 "La CIG et la Transparence", realizada por la TASK FORCE CIG/96 del Parlamento Europeo, puesta al día el 10/3/97 y localizable en www.europarl.eu.int/dg7/fiches/fr/fiche18.htm).

⁴⁰⁵ CONF/3875/96, 16 de Julio de 1996.

El documento Dublín II ya incluía referencias en sus reformas al TUE y en sus reformas al TCE sobre la necesidad de que las decisiones de la UE se adoptaran de la forma más transparente posible. También incluía disposiciones que establecían el acceso a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión.

4.2.2.2. Comentario

Tanto la mención del art.A.2 TUE como del art.191 TCE responden a los imperativos de transparencia que todos los Estados miembros quieren que rijan en las nuevas relaciones de la UE con su ciudadanía.

La UE era consciente de su déficit democrático, al cual contribuía la falta de claridad de las instituciones, que a menudo semejaban auténticos bloques monolíticos y herméticos. Casos judiciales como THE GUARDIAN (que estudiaremos más tarde y en el cual actuó como co-demandante Holanda en contra del Consejo) atestiguan sobre la cerrazón de las instituciones, que frecuentemente se convertía en negativa a informar al ciudadano sobre sus procesos, sesiones y documentos.

Por ello, y dentro del objetivo general de hacer más democrático y eficaz el funcionamiento de las instituciones, pronto se propuso en la agenda intergubernamental el fomento de la transparencia. Sin embargo, la transparencia ha sido entendida de muy diferentes formas: como legibilidad y simplificación de los tratados, como derogación de las disposiciones obsoletas, como acceso del individuo a la documentación comunitaria, etc.

Un modo de perseguir la transparencia y además promover el respeto del derecho a la información consiste en facultar a la persona para acceder a los documentos de las instituciones. Al menos en ello estaban de acuerdo la Comisión, el Parlamento, Bélgica, Dinamarca, Grecia, España, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Suecia y Finlandia. Sobre el tema concreto del acceso a los documentos del Consejo, se

manifestaron a favor la Comisión, el Parlamento, Bélgica, Dinamarca, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal Suecia, Finlandia y Reino Unido.

Interesa resaltar que la disposición fue redactada en términos amplios, de modo que el derecho no es de disfrute exclusivo de los ciudadanos comunitarios, sino de toda persona residente en la UE o incluso toda persona jurídica con domicilio social en ella. Sin embargo es un derecho que, por su redacción, puede quedar muy limitado en el futuro, puesto que su disfrute queda sometido y aplazado a la aprobación de principios comunes a las tres instituciones afectadas y, posteriormente, a condiciones y principios concretos establecidos por cada una de ellas en su reglamentación interna.

La inclusión de este principio de apertura al exterior de los procedimientos de las instituciones constituye sin duda un hito en la UE. Sin embargo, un elemento negativo es sin duda el que se deje en manos de las instituciones el reglamentar el uso y disfrute de este derecho a la información comunitaria, algo a lo que se había opuesto expresamente el Parlamento Europeo, justificando esta decisión en razones de eficacia del proceso de adopción de decisiones.

Por otro lado, el principio de apertura se limitó a estas tres instituciones, pese a que también hubo voces para que se predicase también de órganos comunitarios y del TJCE y TPI. Sin embargo, no se estimó prudente extender esta disposición a los dos últimos⁴⁰⁶. Tampoco prosperó la iniciativa finlandesa de que el tratado recogiese la idea de que el acceso a los documentos sólo podría restringirse en razón de intereses fundamentales⁴⁰⁷. En definitiva, habrá que esperar a la reglamentación interna del disfrute de este derecho para poder apreciar si realmente ha supuesto el avance que parece.

⁴⁰⁶ CONF/3943/96, de 8 de Octubre de 1996.

4.2.3. Principios de la Unión: Modificación del art.F y del art.O del TUE

El apartado 1 del art.F se sustituye por el siguiente texto:

“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 párrafo 1º del art.O TUE se sustituye por el texto siguiente:

“Cualquier Estado que respete los principios enunciados en el apartado 1 del art.F podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Dirigirá la solicitud al Consejo, que se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, el cual se pronunciará por mayoría absoluta de los miembros que la componen” .

4.2.3.1. Antecedentes de estas disposiciones y otras propuestas debatidas

En el TUE, el art.F era la disposición central en materia de derechos fundamentales. Si bien ahora con el nuevo tratado existen nuevos artículos de especial relevancia para la protección de los derechos fundamentales, aquél continúa teniendo un lugar destacado.

La referencia escueta que se producía en el art.F.1 TUE a los principios democráticos, se amplía a principios de libertad, democracia, respeto de derechos humanos y libertades fundamentales y el Estado de Derecho. Con todo ello se refuerza el papel de los principios fundamentales en la parte dispositiva del tratado⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ CONF/3865/97, de 8 de Abril de 1997.

⁴⁰⁸ TASK FORCE de la Comisión Europea CIG96: Note d'Analyse sur le Traité d'Amsterdam, 7 de Julio de 1997, accesible en la dirección de internet www.europa.eu.int/agenda/igc-home/eu-doc/commissn/tffcig.htm.

La Comisión, en su dictamen sobre la convocatoria de la CIG había defendido que la UE debía proclamar con más fuerza su comunión con los valores de los derechos fundamentales bien directamente o mediante la adhesión al CEDH⁴⁰⁹. También el Parlamento Europeo se había manifestado en esos dos sentidos, a favor del reforzamiento en el tratado de las referencias a los derechos fundamentales y a favor de la adhesión al CEDH⁴¹⁰.

En relación a la definición y enunciación de los derechos fundamentales que debían ser protegidos por el tratado, las alternativas eran múltiples y variopintas. Ciertos Estados e instituciones habían abogado por el aglutinamiento en un capítulo único del tratado de todos los derechos fundamentales de la persona y del nacional comunitario (Comisión, Parlamento, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria y Finlandia) posibilidad a la que se negaban Portugal y el Reino Unido. También se había barajado (para algunos de modo no excluyente con respecto a la alternativa anterior) la adhesión al CEDH (Comisión, Parlamento, Bélgica, Grecia, España, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Finlandia y Suecia) posibilidad a la que se negaban Francia y Reino Unido. Algunos hacían alusión a la introducción de un catálogo propio de derechos fundamentales (Parlamento, Bélgica, Alemania, Grecia, España, Italia, Países Bajos, y Portugal) hipótesis a la que se oponía la Comisión, Luxemburgo y el Reino Unido.

Algunas de estas propuestas se materializaron en documentos producidos por los Estados y estudiados durante los trabajos del Grupo de Reflexión y la CIG. Incluso algunas de ellas se reflejaron durante algún tiempo en los borradores del tratado. Este es el caso de la adhesión al CEDH, que en un documento presentado a la CIG por Austria e Italia poco

A este respecto, hay que destacar el papel que jugó España en la clarificación de cuáles eran los principios democráticos. En efecto, en su documento de 2 de Marzo de 1995 “la CIG de 1996. Bases para una Reflexión”, elaborado por la presidencia española del Grupo de Reflexión, se abordaba la cuestión de la necesidad de desarrollar el concepto de “los principios democráticos” a los que como fundamento de la UE se refiere el art.F apartado 1 para los casos de cambio de régimen o violación de los mismos.

⁴⁰⁹ Punto I.9 del dictamen de la Comisión.

⁴¹⁰ Punto 2.VIII.4 del dictamen del Parlamento.

después de la emisión del dictamen 2/94 del TJCE intercalaba un nuevo párrafo en el art.F en el siguiente sentido:

“la Unión es competente para adherirse al CEDH, incluidos sus protocolos. No se verá afectada la situación de los Estados miembros como partes contratantes”⁴¹¹.

Sin embargo la emisión del dictamen 2/94 tuvo el efecto de desincentivar al resto de los Estados para proseguir por esta vía, por lo que esta propuesta no tuvo una calurosa acogida. En efecto, si bien al principio de las negociaciones, durante los trabajos del Grupo de Reflexión, numerosos Estados e instituciones habían manifestado su entusiasmo hacia la adhesión, el silencio en torno a esta alternativa fue la tónica general a partir de la emisión del dictamen el 28 de Marzo de 1996. En un principio, el dictamen causó sorpresa en el seno de la CIG. Sin embargo, los Estados se fueron acomodando a la negativa del TJCE y abandonaron su propuesta de adhesión⁴¹². Resulta llamativa la facilidad con la que los Estados abandonaron su firme postura en favor de la adhesión⁴¹³ toda vez que el dictamen no negaba absolutamente la posibilidad de adherirse. Simplemente dejaba la decisión en manos de los Estados a través de la revisión del TUE. Precisamente este era el momento indicado para introducir en el tratado la posibilidad de la adhesión, una vez convocada una conferencia intergubernamental de revisión.

En cuanto a la nueva redacción del art.F.1 TUE, ésta proviene, con una pequeña variación, del proyecto de tratado Dublín II. La diferencia radica en la coletilla final de la disposición. Donde Amsterdam dice “principios que son comunes a los Estados miembros”, Dublín decía “principios que hacen respetar los Estados miembros”, y en cambio Maastricht hablaba de “cuyos sistemas de Gobierno [de los Estados miembros] se basarán

⁴¹¹ CONF/3940/96, de 3 de Octubre de 1996.

⁴¹² PATRONAT CATALÁ PRO EUROPA: *La reforma de la Europa de Maastricht. La Conferencia Intergubernamental y la Revisión del Tratado de la Unión Europea*, 1996, punto III.2.

⁴¹³ Esto queda reflejado en el documento CONF/3827/97 de 26 de Febrero de 1997:

“La Presidencia ha tomado nota de que la mayoría de los Estados miembros no apoya la opción de que la Unión Europea se adhiera la Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”.

en los principios democráticos”. El inciso final del artículo provocó más atención en los miembros de la CIG de lo que hubiera podido imaginar en un principio. Incluso en algún momento se manejó una cuarta versión (“principios a los que se adhieren los Estados miembros”)⁴¹⁴. En otros momentos durante la negociación, desaparece totalmente del tratado⁴¹⁵ (quizá por inspiración en el proyecto de Constitución europea, en el que no se mencionaba) para posteriormente ser readmitida en el texto en su redacción final⁴¹⁶.

La redacción final es significativa (sobre todo teniendo en cuenta la panoplia de alternativas ofertadas hasta ese momento) porque da por supuesto que los Estados miembros protegen esos principios. La UE no obliga, como otras redacciones del tratado daban a entender, a los Estados a cumplir con los principios que respeta la Unión, sino que da por hecho que son principios que los Estados ya cumplen. De este modo, el texto parece alabar el sistema político de los Estados.

Este texto se complementa en nuestra opinión con el que se da al art.O, al que se añade -con respecto a la versión del TUE-, la exigencia del cumplimiento de estos principios a cualquier Estado que desee adherirse a la UE. Esta era una propuesta ampliamente compartida por los Estados y que aparece en todas las versiones provisionales manejadas en las negociaciones⁴¹⁷.

En realidad, la comunión de todo candidato a miembro de la UE con los valores de la democracia y los derechos fundamentales parece obvia y era exigida por la UE a pesar de no haber sido codificada. No en vano, el propio art.F.1 TUE proclamaba la adhesión de los Estados miembros a esos valores, por lo que parece obvio pensar que también lo exigieran a los candidatos. Sin embargo la mención formal en el art.O de este requisito como condición

⁴¹⁴ CONF/3818/97, de 12 de Febrero de 1997.

⁴¹⁵ CONF/3879/96 de 26 de Junio de 1996 y CONF/3945/96 de 8 de Octubre de 1996.

⁴¹⁶ SN/550/97 (C51), de 19 de Junio de 1997.

⁴¹⁷ P.ej. en CONF/3879/96 *cit.*, CONF/3940/96 *cit.*, CONF/4001/97 *cit.*, CONF/3818/97 de 12 de Febrero de 1997 y CONF/3827/97 de 26 de Febrero de 1997.

sine qua non para el ingreso en la UE, coadyuva a reforzar la imagen de la UE como entidad que cumple y hace cumplir los valores democráticos.

La redacción del art.F.2 no ha cambiado pese a las críticas que suscitó en la doctrina su adopción en el TUE. Por consiguiente, se sigue confiando la labor de protección de los derechos fundamentales al TJCE, el cual logrará este empeño basándose en los principios generales del Derecho Comunitario e inspirándose para localizarlos en las tradiciones constitucionales comunes y en el CEDH. Algunos de los cambios que se habían propuesto eran verdaderamente radicales (introducción de un catálogo propio de derechos fundamentales, adopción del CEDH). Otros proponían pequeñas variaciones pero manteniendo la base del texto del art.F.2 que hoy conocemos. Al final no hubo cambio en ningún sentido.

Dinamarca había propuesto que la referencia a los derechos fundamentales se reservase para el Preámbulo del tratado⁴¹⁸ lo cual podría interpretarse como un paso atrás en relación al art.F.2, que figura en la parte dispositiva. En Alemania, en cambio, el grupo parlamentario CDU/CSU del Bundestag proponía la redacción de un documento de carácter cuasi-constitucional que definiera los valores fundamentales de la UE, en especial los derechos fundamentales⁴¹⁹, idea a la que después se adhirieron los gobiernos alemán⁴²⁰ e italiano⁴²¹. España proponía ampliar el art.F.2 con una referencia a las consecuencias que podrían derivarse para un Estado violador de los derechos fundamentales, a saber: que la UE podría actuar en consecuencia y disponer sanciones⁴²². Aunque la idea de juntar en un mismo artículo la enunciación de los derechos fundamentales (por referencia al CEDH y a las tradiciones constitucionales) no prosperó, sin embargo la idea española sí fue respaldada, añadiéndose un nuevo artículo (F1) que estudiaremos posteriormente.

⁴¹⁸ Bases para las Negociaciones *cit.*

⁴¹⁹ Manifiesto del Grupo CDU/CSU del Bundestag de 1 de Septiembre de 1994.

⁴²⁰ Documento de Reflexión "Más Estado de Derecho..." *cit.*

⁴²¹ Comunicación del Gobierno Italiano sobre la revisión del Tratado de Maastricht de 23 de Mayo de 1995.

Durante las negociaciones quedó bastante claro que el mantenimiento del tenor literal del art.F.2 era el compromiso mínimo al que se había llegado en 1991 pero también constituía en 1996 el techo o máximo común sobre el que las delegaciones eran capaces de mantener el consenso. Por ello la base de la negociación fue de nuevo el texto del art.F.2, sobre el que una de las pocas dudas que se manifestó fue la supresión o no del inciso final del artículo, es decir, la garantía de los derechos fundamentales “como principios generales del Derecho Comunitario”. Así p.ej., en el borrador de tratado Dublín II esa mención desaparecía⁴²³. Finalmente se optó por mantener el tenor literal tal cual, prefiriéndose la redacción del TUE (“*como principios generales del Derecho Comunitario*”) por encima de la redacción que se había mantenido hasta casi el final de las negociaciones que hacía referencia a la protección de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes “*en calidad de principios generales del Derecho Comunitario*”⁴²⁴.

Tampoco prosperó la iniciativa de referirse a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales en general (p.ej. en los términos propuestos por Austria como “acuerdos internacionales vinculantes para los Estados miembros”⁴²⁵ o como “instrumentos internacionales que vinculan a los Estados miembros”⁴²⁶) en lugar de al CEDH en exclusiva. Se prefirió la mención expresa y particular del CEDH por la significación particular que reviste este convenio.

⁴²² Elementos para una Posición Española... *cit.*

⁴²³ Lo mismo ocurría en los siguientes documentos: CONF/3945/96 *cit.* y CONF/3818/97 de 12 de Febrero de 1997.

⁴²⁴ CONF/4001/97 *cit.*

⁴²⁵ CONF/3843/97, de 10 de Marzo de 1997.

⁴²⁶ CONF/3940/96 *cit.*

4.2.3.2. Comentario

Resulta positivo tanto la clarificación del nuevo art.F.1 sobre cuáles son los principios democráticos que respeta la UE, como su artículo complementario, el art.O, en el que se inserta un inciso que se convierte en requisito esencial para todo Estado que quiera ingresar en la UE: el respeto de esos mismos principios por parte del candidato.

Ello no significa ni que la UE comience ahora a proteger tales principios ni que empiece ahora y sólo ahora a exigir su cumplimiento a otros Estados que ansíen entrar en la UE. Se trata de disposiciones que aclaran y codifican lo que ya existía. Sus disposiciones son *lex lata*.

Más preocupante nos resulta el inmovilismo del art.F.2, que sigue consagrando el monopolio jurisprudencial del TJCE en materia de protección de derechos fundamentales sin codificar ningún tipo de listado de derechos ni propio, ni ajeno (adhesión al CEDH). Esta disposición ya en su día simplemente recogió por escrito y en el TUE lo que ya existía a nivel jurisprudencial, sin añadir nada a la protección de los derechos fundamentales.

Si al menos se hubiera suprimido la referencia a la protección de los derechos fundamentales en tanto que principios generales del Derecho Comunitario, hubiéramos detectado un avance. Pero la propuesta en este sentido no obtuvo suficiente quórum. En su redacción actual, nos resulta incluso incongruente la mención, especialmente si relacionamos el artículo F.2 con el art.L en su nueva redacción -que estudiaremos a continuación. En efecto, el art.L establece el control jurisdiccional tanto del art.F.2 como de las disposiciones relativas a la cooperación en justicia e interior. Dado que la CJAI es un pilar intergubernamental de la UE, no comunitario, a él no se le aplican los principios generales del Derecho Comunitario, que son privativos del Derecho Comunitario. No en vano, el derecho que se desarrolla en el seno de los dos pilares intergubernamentales, es Derecho de la Unión, pero no Derecho Comunitario. Por tanto, si el TJCE protege los

derechos fundamentales como principios generales del Derecho Comunitario -derechos fundamentales que, está claro, pueden ser violados por las instituciones tanto en el ámbito del pilar intergubernamental como en el del tercer pilar- el TJCE se puede ver en la tesitura de que se le someta un asunto en materia de CJAI en el que tenga que fundamentar su solución en un principio general del Derecho Comunitario. Se podría argumentar que ello supondría aplicar a un ámbito de la UE una fuente comunitaria que le es ajena. Por ello hubiera resultado razonable que, ahora que el TJCE controla judicialmente la CJAI (y por tanto le pueden llegar asuntos sobre supuestas violaciones de derechos fundamentales producidas en el seno de este pilar) hubiera desaparecido esa expresión del texto del art.F.2.

También se ha argumentado en contra de la puntualización del art.F.2 en el sentido de que los derechos fundamentales se protegen como contenido de derechos fundamentales del Derecho Comunitario el hecho de que ello desmerece a los propios derechos fundamentales. Para algunos autores, los principios generales ocupan un lugar intermedio entre el derecho originario y el derecho derivado y por lo tanto, la mención del art.F.2 equivaldría a otorgar a los derechos fundamentales un valor jurídico inferior al del Derecho Comunitario, lo cual supondría la no constitucionalización en el TUE de los derechos fundamentales⁴²⁷. En cambio, nosotros no interpretamos así el art.F.2. En nuestra opinión, como ya indicamos en el análisis del art.F.2 TUE en capítulos previos, el derecho originario escrito y los principios generales gozan de un rango jerárquico similar. Lo que sí es cierto es que el uso de la expresión “como principios generales del Derecho Comunitario” seguirá permitiendo al TJCE realizar una interpretación flexible y autónoma del CEDH y de las tradiciones constitucionales dado que ni el primero ni las segundas vinculan como convenio internacional ni como derecho constitucional de los Estados miembros (respectivamente) sino como “principios”. Con el mantenimiento de este tenor, el TJCE seguirá adaptando sus contenidos a las necesidades y circunstancias comunitarias, como meras fuentes de inspiración o guías de las que podrá apartarse si el interés

⁴²⁷ SIMON, D.: “Commentaire de l’Article F du TUE”, en *Commentaire du Traité de L’Union Européenne Article par Article*, V.Constantinesco, R.Kovar y D.Simon (eds.), 1995, París, p.86.

comunitario lo exige. El margen de maniobra del TJCE seguirá siendo tan amplio como el actual, incluso a la hora de interpretar la jurisprudencia de los órganos del CEDH. Como colofón, las posibilidades de una interpretación desviada por parte del juez comunitario de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo continuará estando tan abierta como siempre.

Tampoco nos parece positivo que se mantenga la referencia al CEDH como único acuerdo internacional de derechos humanos en el que se inspira el TJCE en su búsqueda de principios generales en la materia. Con ser este el tratado más significativo y del cual mayor uso ha hecho el TJCE, no es ni el único de interés ni tampoco el único que ha sido invocado por el TJCE. Nos hubiera parecido más adecuado y conforme con la realidad el citar los acuerdos internacionales sobre derechos humanos que vinculan a los Estados miembros⁴²⁸. Ello hubiera contribuido a una afirmación más fuerte y a una garantía más amplia del compromiso de la UE en la promoción de los derechos fundamentales⁴²⁹. A ello se podía haber añadido una referencia expresa al CEDH (o incluso a la Carta Social Europea). Sin embargo la redacción actual se nos antoja reduccionista.

Compartimos la opinión de la TASK FORCE del Parlamento Europeo cuando mantiene que, desde luego, el art.F.2 no tiene la dimensión simbólica que una carta de derechos podría aportar a la UE. La resolución resulta demasiado lacónica y confusa. Por ello el mantenimiento, con pequeñas variaciones, del art.F.2 no satisface el anhelo de constitucionalización material o formal de los derechos fundamentales⁴³⁰.

⁴²⁸ Descartamos el uso de la expresión usada tantas veces por el TJCE en su jurisprudencia (acuerdos en cuya elaboración hayan participado los Estados miembros o aquéllos a los que se hayan adherido) porque crea confusión y parece afirmar que un tratado puede vincular a quien no es parte en él.

⁴²⁹ EUROPEAN ANTI-POVERTY NETWORK: *Une Révision des Traités à Revoir*, Julio de 1997, punto 2 (en: www.europa.eu.int/en/agenda/igc-home/instdoc/ngo/eapn3fr.htm).

⁴³⁰ TASK FORCE CIG/96, Fiche Thématique n°22 "Les Droits Fondamentaux", de 9 de Octubre de 1996, puntos I.4 y I.5.

4.2.4. Control Jurisdiccional: art.L TUE

El artículo L se sustituye por el texto siguiente:

“Las disposiciones del tratado constitutivo de la CE, del tratado constitutivo de la CECA y el tratado constitutivo de la CEEA relativas a la competencia del TJCE y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del tratado:

a) disposiciones por las que se modifica el tratado constitutivo CEE con el fin de constituir la CE, el tratado constitutivo de la CECA y el tratado constitutivo de la CEEA;

b) disposiciones del Título VI, en las condiciones establecidas en los artículos K.7 y K.12;

c) apartado 2 del art.F con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los tratados constitutivos de las CCEE y al presente tratado”.

Se mantiene el apartado d): “artículos L a S”.

4.2.4.1. Antecedentes de la disposición y otras propuestas debatidas

El artículo L en la redacción que le otorgaba el TUE había sido severamente criticado por el hecho de extraer expresamente del control jurisdiccional del TUE el art.F.2, relativo a la protección de los derechos fundamentales. También se había criticado la sustracción del tercer pilar al control jurisdiccional, dado que la posibilidad de violar derechos fundamentales en él es patente. La Comisión, el Parlamento, Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal se habían manifestado a favor de la protección de los derechos fundamentales por la vía jurisdiccional. Esta era, en opinión de la presidencia neerlandesa, la única manera disponible de controlar el modo en que las

instituciones comunitarias protegen los derechos fundamentales tras el abandono de la idea de adherirse al CEDH⁴³¹. Sin embargo en realidad esta no era la única manera de controlar la acción de las instituciones en materia de derechos fundamentales. Existía otra que tampoco prosperó y que había sido propuesto previamente por la presidencia irlandesa: la conclusión de un acuerdo Consejo de Europa-Comunidad Europea por el que el TJCE pudiera remitir al TEDH para su revisión prejudicial asuntos que afectasen a derechos fundamentales con el objeto de que el TEDH se pronunciase sobre la compatibilidad de los actos comunitarios con el CEDH⁴³².

El éxito de esta propuesta hizo innecesario introducir en el TCE el propuesto art.3C, que aparecía en el borrador Dublín II:

“La Comunidad respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y 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”.

Así pues, este art.3C nunca apareció en el texto final del Tratado de Amsterdam. Pero tampoco prosperó la propuesta de modificar el art.L con el fin de que el conjunto de los asuntos regulados en los tres pilares quedase sometido a la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia en la medida en que se refirieran a derechos fundamentales⁴³³. En

⁴³¹ “La Presidencia ha tomado nota de que la mayoría de los Estados miembros no apoya la opción de que la Unión se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. La Presidencia sugiere, por lo tanto, como alternativa para garantizar el control judicial del respeto de los derechos fundamentales, modificar el artículo L del TUE a fin de que el artículo F quede incluido en la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia” (CONF/3827/97 *cit.*).

⁴³² CONF/3945/96 *cit.*

En la doctrina, esta idea había sido defendida por: GUIGOU, Élisabeth: “Les Enjeux de la Conférence de 1996”, en *Revue des Affaires Européennes* 1995, n°1, pp.35-38, p.38.

⁴³³ Propuesta defendida por el propio TJCE en: Informe del Tribunal de Justicia sobre Determinados Aspectos de la Aplicación del Tratado de la Unión Europea, Luxemburgo, Mayo 1995, punto I.4.

El TJCE era de la opinión de que el hecho de que el tercer pilar escapara a su competencia afectaba peligrosamente a la protección jurisdiccional de los particulares afectados por las actividades de la UE. Así, una violación de derechos fundamentales podía ser interpretada de distinto modo según si el asunto entraba en

efecto, pese a la posición de algunos países en favor de la supresión de todo límite impuesto a la jurisdicción del TJCE en los nuevos ámbitos de cooperación intergubernamental (CJAI y PESC)⁴³⁴, esta postura generalizadora del control judicial no prosperó⁴³⁵. Hubo voces partidarias de la limitación del control judicial a la CJAI. Para ello aludían al hecho de que en la CJAI resulta relativamente fácil violar los derechos fundamentales, cosa que no ocurría, en su opinión, en el ámbito de la PESC, donde los temas discutidos suelen ser de orden político y con escasa repercusión en los individuos.

La propuesta de someter a la competencia del TJCE la CJAI era tributaria de otra respecto de la que era secundaria, a saber, la comunitarización de la CJAI. Efectivamente, los Estados más integracionistas habían propuesto la desaparición del tercer pilar mediante el procedimiento de incluir sus disposiciones en el primero (p.ej. Bélgica). Si tal hubiera sido el caso, su comunitarización hubiese supuesto el consiguiente sometimiento al TJCE. Entonces, la inclusión del apartado L en el Tratado se hubiese manifestado innecesaria⁴³⁶.

Sin embargo, la comunitarización de la CJAI sólo fue parcial (alcanza al control de fronteras, visados, asilo, inmigración⁴³⁷) y esto ya se puede considerar todo un éxito a la

el primer pilar y el TJCE lo interpretaba usando los principios generales del Derecho Comunitario o según que entrara en el ámbito del tercer pilar y escapara a su jurisdicción. El TJCE extendía esta reflexiones a la PESC.

Un lacónico resumen de las posiciones de los Estados y del resto de las instituciones con respecto al papel que debería jugar el TJCE en el futuro tratado, incluidas sus propuestas sobre el control judicial o no de los pilares intergubernamentales se encuentra en la Ficha Temática nº1 del a TASK FORCE del Parlamento Europeo, puesta al día el 3 de Marzo de 1997 titulada “La Cour de Justice” (localizable en la siguiente dirección de internet: www.europarl.eu.int/dg7/fiches/fiche1.htm).

⁴³⁴ Estos eran: Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos Austria, Portugal y Alemania. Alemania e Italia reafirmaron su postura conjuntamente en la Declaración Conjunta de 15 de Julio de 1995 de los Ministros de Asuntos Exteriores de Alemania e Italia en Relación con la Conferencia Intergubernamental de 1996 (punto 5).

⁴³⁵ La presidencia irlandesa propuso sin éxito la enmienda del art.L con vistas a someter todos lo asuntos de la Unión al TJCE (CONF/3945/96)

⁴³⁶ Consultar: TASK FORCE CIG/96: Fiche Thématique nº9 “la Communitarisation du Troisième Pillier (CJAI) su Traité sur l’Union Européenne”, 22 de Agosto de 1996 (localizable en www.europarl.eu.int/dg7/fiches/fr/fiche9.htm).

⁴³⁷ Sobre las variopintas posiciones manifestadas por los Estados y las instituciones en materia de asilo e inmigración, véase la Ficha Temática nº39 elaborada por la TASK FORCE del Parlamento Europeo y puesta

vista de la posición firme del Reino Unido y de Dinamarca exigiendo el mantenimiento de la separación total entre los tres pilares.

Teniendo en cuenta la comunitarización parcial del tercer pilar, tiene sentido la propuesta del art.L para que aquellas materias de la CJAI que no son comunitarizadas también sean sometidas a la competencia del TJCE⁴³⁸. Ello garantizaría la interpretación uniforme por el TJCE de las normas jurídicas del tercer pilar con respecto a las del primero, lo cual resulta particularmente importante en materia de protección de derechos fundamentales⁴³⁹.

4.2.4.2. Comentario

Resulta acertada la ampliación de la competencia judicial efectuada por el Tratado de Amsterdam al artículo F.2 TUE y a la CJAI. Esta era una reforma sentida como necesaria en el seno de la UE. Sin embargo el éxito no es total. Así, queda fuera de control jurisdiccional la PESC alegándose que es poco verosímil que una actuación en el ámbito de este pilar afecte derechos de particulares. Sin embargo, creemos interesante recordar que tampoco los tratados constitutivos de las CCEE contenían referencias a los derechos fundamentales porque se consideró que la actividad eminentemente económica de éstas difícilmente podría afectar los derechos de los particulares. Haciendo un paralelismo fácil

al día el 22 de Agosto de 1996 titulada "l'Asile et l'Immigration" (localizable en la siguiente dirección de internet: www.europarl.eu.int/dg7/fiches/fr/fiche39.htm).

⁴³⁸ El sometimiento de la CJAI al TJCE se ha llevado a cabo a través de: 1) el establecimiento de la posibilidad de que los jueces internos (obligatoriamente los de última instancia) planteen al TJCE una cuestión prejudicial sobre la CJAI; 2) mediante un recurso en anulación en el que sólo son competentes para demandar la Comisión y los Estados miembros y 3) mediante la competencia del TJCE para estatuir sobre todo conflicto entre Estados o entre Estados miembros y Comisión relativo a la interpretación o aplicación de actos tomados en el ámbito de la CJAI.

⁴³⁹ Llama la atención comprobar cómo España, favorable a la comunitarización de un gran número de asuntos de la CJAI, sin embargo en su propuesta de reforma del art.L excluyó del control jurisdiccional los pilares gubernamentales, cuando esta propuesta tenía realmente muchas menos consecuencias estructurales (CONF/3930/96, de 25 de Septiembre de 1996).

con esta situación ya conocida, podríamos argumentar que siempre podrá surgir un caso no previsto en el que se acabe violando derechos fundamentales del individuo en el marco de la PESC.

Los indiscutibles avances en la materia (sometimiento al control del art.F.2 y de la CJAI) no ocultan la existencia de lagunas. Así p.ej. la jurisdicción de las materias que antes eran competencia de la CJAI y que han sido transferidas a la CE no es total ya que el art.H recorta las competencias del TJCE en esta materia con respecto a lo dispuesto en el art.177 TCE, lo que puede fracturar la interpretación uniforme del Derecho Comunitario⁴⁴⁰. Tampoco es total la jurisdicción del TJCE sobre los asuntos que permanecen en el seno del tercer pilar. Además, todo depende de la aceptación de cada uno de los Estados miembros (se ha establecido como jurisdicción voluntaria). Además, se declara que el TJCE no es competente para estatuir sobre medidas por las que los Estados persigan mantener el orden público o salvaguardar la seguridad interior. En consecuencia, el TJCE deja de poder aplicar un control basado en su modo de entender la protección de los derechos fundamentales a actuaciones de los Estados por los que éstos inapliquen el Derecho Comunitario invocando razones de orden público o seguridad interna.

4.2.5. Declaración n^o3 relativa al TUE adoptada por la Conferencia sobre la Abolición de la Pena de Muerte

“En relación con el apartado 2 del artículo F del TUE, la Conferencia recuerda que el Protocolo n^o6 del Convenio sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que ha sido firmado y ratificado por una amplia mayoría de Estados miembros, prevé la abolición de la pena de muerte.

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ *cit.* punto 1.2.2.

En este contexto, la Conferencia observa que, desde la firma de dicho Protocolo el 28 de Abril de 1983, la pena de muerte ha sido abolida en la mayoría de los Estados miembros de la Unión y no ha sido aplicada en ninguno de ellos”⁴⁴¹.

4. 2.5.1. Antecedentes, otras propuestas debatidas y comentario:

La constatación de la no aplicación de la pena capital en los Estados miembros de la Unión se pretende tributaria, a juzgar por el tenor literal de la declaración, de la mención al CEDH que se hace en el art.F.2 TUE.

La iniciativa, que sólo recibió la oposición del Reino Unido, ha sido bienvenida por el Parlamento Europeo⁴⁴², que fue quien inicialmente promovió la inclusión de una referencia expresa a tal tema en el tratado⁴⁴³.

Llama la atención en esta declaración la referencia al CEDH y al Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte como convenios mayoritariamente suscritos (y no unánimemente suscritos) por los Estados miembros de la UE. Sin embargo constatamos que los actuales socios comunitarios han suscrito ambos convenios. Con este texto se pretende reformar con la vista puesta en las futuras ampliaciones, dando cabida en la UE a posibles nuevos socios que aún no hayan suscrito tales convenios.

En nuestra opinión, la declaración no tiene más valor que constatar un hecho (no aplicación pena de muerte entre los Estados comunitarios). Sin embargo, no obliga a nada nuevo a ninguna de ellas. En realidad la declaración parece justificada por el tesón del

⁴⁴¹ Se aprobó en la versión dada por el documento “Amigos de Presidente” en su reunión de 6 de Junio de 1997 (SN/590/97 (C91)).

⁴⁴² P.E. Direction Générale des Commissions et des Délégations. Commission Institutionnelle: Première Analyse... *cit.*

⁴⁴³ Resolución de 13 de Marzo de 1996 *cit.* punto 4.4.6.

Parlamento, cuya idea sería recordar a los Estados su compromiso en seguir en esa línea de no aplicación de la pena capital.

4.2.6. Declaración nº10 relativa al TUE adoptada por la Conferencia sobre el Estatuto de las Iglesias y Organizaciones no Confesionales

“La Unión Europea respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros.

La Unión Europea respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales”.

4.2.6.1. Antecedentes, otras propuestas debatidas y comentario

Ya durante la presidencia italiana quedó reflejado en el documento elaborado por Italia sobre el estado de los trabajos de la CIG el interés en que quedase reflejado en el tratado de algún modo la inquietud de los Estados sobre el reconocimiento del papel de los valores religiosos⁴⁴⁴. Esta propuesta, apadrinada por Alemania, debería haber tenido un lugar más destacado en el nuevo tratado si hubiera prosperado la tesis germana, que patrocinaba la inclusión del respeto a las comunidades religiosas en el art.F⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ CONF/3860/1/96/REV.1, de 17 de Junio de 1996, punto II.2.

Curiosamente este punto se trató dentro del apartado sobre ciudadanía, como propuesta para que se enriqueciera el contenido de ésta con una alusión a los valores religiosos.

⁴⁴⁵ “La Unión respetará el régimen constitucional de las comunidades religiosas de los Estados miembros como una manifestación de su identidad y de sus culturas y como parte de la herencia cultural común” (CONF/3952/96, de 15 de Octubre de 1996).

En cualquier caso, se puede fácilmente comprobar que la propuesta alemana sólo buscaba asegurar la actividad de las comunidades religiosas, no las de otro tipo. Sin embargo, en el tira y afloja de unas negociaciones, tuvo que transigir y permitir que la declaración finalmente aprobada predicara el mismo respeto de las organizaciones no religiosas.

4.2.7. Declaración nº21 adoptada por la Conferencia relativa al TCE sobre las Personas Discapacitadas

“La Conferencia conviene en que las instituciones comunitarias, al elaborar medidas con arreglo al artículo 100 A del tratado constitutivo de la CE, deberán tener en cuenta las necesidades de las personas discapacitadas”.

4.2.7.1. Antecedentes, otras propuestas debatidas y comentario

Aquí tampoco prosperó la tesis promovida por la presidencia⁴⁴⁶ y por Austria⁴⁴⁷ para que esta referencia apareciese en el texto dispositivo del tratado. El art.100 A mencionado en la declaración se refiere al procedimiento legislativo a través del cual las instituciones adoptan medidas relativas a la aproximación de legislaciones de los Estados que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, aunque excluye las que se puedan tomar en materia de libre circulación de las personas y de derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena.

El objetivo de la declaración es por tanto que se tenga en cuenta los intereses de los discapacitados en la aproximación de legislaciones. Sin embargo, el tono resulta programático y desvaído, no parece crear una verdadera obligación para las instituciones,

⁴⁴⁶ CONF/3879/96 *cit.*

como es de esperar en una declaración que no ha conseguido el suficiente grado de consenso como para figurar en la parte dispositiva del tratado.

4.2.8. Sistema de sanciones: art.F1 TUE, 236 TCE, 96 TCECA y 204 TCEEA

Se inserta el artículo siguiente al final del Título I:

“1. En Consejo, reunido en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo F, tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

2. Cuando se haya efectuado dicha constatación, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del presente tratado al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones de los Estados miembros de que se trate derivadas del presente tratado continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

3. En Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 como respuesta a cambios de la situación que motivó su imposición.

⁴⁴⁷ CONF/3843/97 *cit.*, donde esta delegación numeraba al virtual artículo como 100 bis TCE.

4. A los efectos del presente artículo, el Consejo decidirá sin tener en cuenta el voto del representante del gobierno del Estado miembro de que se trate. Las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirán la adopción de las decisiones contempladas en el apartado 1. La mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados de los miembros del Consejo concernidos que la establecida en el apartado 2 del artículo 148 del tratado constitutivo de la CE.

El presente apartado se aplicará asimismo en el supuesto de suspensión de los derechos de voto con arreglo al apartado 2.

5. A los efectos del presente artículo, el Parlamento Europeo decidirá por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que representen la mayoría de los miembros que lo componen”.

En el TCE se inserta el artículo 236:

“1. Cuando, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo F.1 del Tratado de la Unión Europea se haya adoptado la decisión de dejar en suspenso los derechos de voto del representante del gobierno de un Estado miembro, dichos derechos de voto también quedarán en suspenso por lo que respecta al presente Tratado.

2. Además, cuando se haya constatado, conforme al apartado 1 del artículo F.1 del Tratado de la Unión Europea, la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo F de dicho Tratado, el Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado al Estado miembro de que se trate. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate, derivadas del presente Tratado continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

3. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

4. Al adoptar las decisiones contempladas en los apartados 2 y 3, el Consejo decidirá sin tener en cuenta los votos del representante del gobierno del Estado miembro de que se trate. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 148, la mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados de los miembros del Consejo concernidos que la establecida en el apartado 2 del artículo 148.

El presente apartado se aplicará asimismo en el supuesto de suspensión de los derechos de voto con arreglo al apartado 1. En tales casos, las decisiones que requieran la unanimidad se adoptarán sin el voto del representante del gobierno del Estado miembro de que se trate” .

Idéntico tenor al del nuevo art.236 TCE tienen el artículo 96 TCECA y el 204 TCEEA salvo que la referencia del apartado 4 del art.236 TCE al artículo 148.2 TCE se convierte en el TCECA en una referencia al artículo correspondiente del TCECA (28.4) y en el TCEEA se convierte en una referencia al art.118.2 TCEEA.

4.2.8.1. Antecedentes de la disposición y otras propuestas debatidas

Desde el principio del desarrollo de la CIG en el ánimo de algunos de los Estados miembros cundió la idea de castigar de algún modo al Estado miembro que incumpliera aquellos principios en los que en los que decía basarse la UE (art.F apartado 1). Esta idea ya se había plasmado en el malogrado proyecto de TUE de 1984. La hipótesis que estaba en la mente de todos era la posibilidad de que un régimen democrático y respetuoso de las libertades sufriese un viraje brusco y que de un día para otro se convirtiera en dictadura. El tema no es gratuito, teniendo en cuenta la historia pasada de algunos socios comunitarios y,

sobre todo, teniendo en cuenta la más que probable apertura de la CE a nuevos miembros que son democracias jóvenes, con poca tradición en el respeto de los derechos fundamentales y que, si bien hoy día están demostrando una gran voluntad por legitimarse democráticamente, nadie puede asegurar que no pueda producirse en su seno alguna involución una vez hayan ingresado en la UE.

Comenzaba a hacer mella entre los Estados la teoría según la cual no bastaba con definir los derechos y principios que se comprometía a proteger la UE, sino que también se hacía necesario establecer un control político del cumplimiento de dichos principios y derechos.

Fueron varias las maneras de ejercer este control político propuestas con vistas a la CIG, algunas mayoritariamente compartidas y otras apadrinadas en solitario por algún Estado. Así, Bélgica, Alemania, Grecia, España, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia consideraban que se podía imponer al Estado infractor la suspensión de ciertos derechos derivados de su pertenencia a la UE (a lo cual se negaba explícitamente el Reino Unido) pero ninguno de ellos estaba -salvo Bélgica- de acuerdo en ningún caso con llegar al punto de que se pudiera expulsar al Estado infractor. El gobierno belga sí se había manifestado a favor de que a aquellos miembros que no cumplieran sus obligaciones en materia de libertades democráticas y derechos fundamentales, se les pudiera suspender de la calidad de miembro⁴⁴⁸. Sin embargo, ni el resto de los Estados ni las instituciones comunitarias fueron receptivas a una medida que ponía en entredicho la irreversibilidad del proceso de integración europea, que podía acarrear auténticas fisuras en el funcionamiento de la Unión al quedar desvinculado uno de los socios de sus trabajos y que, a mayor abundamiento, impedía a la UE seguir presionando y controlando a ese Estado. Al

⁴⁴⁸ Nota política del gobierno al parlamento belga sobre la CIG de 1996, de 28 de Julio de 1995.

expulsarlo de su seno, la UE hubiera perdido su título y legitimidad para obligarle a reinstaurar un régimen de libertades⁴⁴⁹.

La introducción de un sistema de sanciones políticas contra Estados miembros que violaran los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos fundamentales de forma grave y persistente se introdujo en la agenda de la CIG muy tempranamente⁴⁵⁰. La cuestión fue ampliamente respaldada (salvo en lo que toca a la expulsión) y desde el principio se barajó como única posibilidad que fuera a través de un acto complejo en el que participaran varias instituciones y un número determinado de Estados como se aprobase la sanción contra un Estado, nunca mediante la decisión del Consejo en solitario⁴⁵¹.

En cambio, en lo que hubo menos consenso desde el principio es en si tales medidas sancionatorias podrían o no afectar a los nacionales del Estado infractor. Así se llegó a redactar un borrador en el que se sugería la redacción de un artículo OA cuyo tercer párrafo declaraba: "...ordenara que se tomen medidas para suspender determinados derechos derivados de la aplicación de las disposiciones del Tratado al Estado en cuestión [y a sus nacionales, sin perjuicio de los derechos adquiridos por estos últimos]"⁴⁵².

Sin embargo, por aquel entonces, la CIG aún dudaba sobre si hacer sufrir también a los nacionales y/o a las empresas las sanciones⁴⁵³. Pocos meses después, la CIG entendió que las sanciones no debían afectar ni a las personas ni a las empresas del Estado implicado, por lo que desapareció la frase entre corchetes de entre las nuevas propuestas de artículo

⁴⁴⁹ BOIXAREU afirma que la expulsión es innecesaria y supondría excesivos riesgos (BOIXAREU CARRERA, Angel: "Perspectivas de la Conferencia Intergubernamental 1996: el Informe de Grupo de Reflexión", en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea* 1996, n°D-25, pp.7-11, p.49).

⁴⁵⁰ La propuesta provenía del Informe del Grupo de Reflexión, punto 32.

⁴⁵¹ Así se desprende ya en la Nota Introductoria de la Presidencia de 26 de Julio de 1996 (CONF/3879/96 *cit.*).

⁴⁵² CONF/3879/96 *cit.* (los corchetes aparecen en el texto original, lo cual nos indica que se dudaba en ese momento sobre si dar ese contenido a esa parte del artículo o no).

⁴⁵³ CONF/3860/1/96 REV.1.

(que durante un tiempo figuró en el orden del día como art.Fa, no ya como OA⁴⁵⁴). La mención expresa en sentido contrario a la afectación de los derechos de los particulares (es decir, la redacción final del Tratado en el sentido de que el Consejo, al suspender los derechos del Estado debe tener en cuenta las consecuencias de esta decisión para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas) apareció mucho más tarde durante la CIG⁴⁵⁵, como manifestación del interés de los Estados en demostrar que pretendían castigar al Gobierno violador de los principios de la UE, no a la ciudadanía.

Sin embargo, lo que sí se mantuvo desde el primer proyecto de artículo fue el gesto de la UE hacia el Estado infractor permitiéndole explicarse (mediante la presentación de observaciones) antes de proceder a imponerle sanciones. De ello se deduce que sólo si las explicaciones resultasen insuficientes o no creíbles, el Consejo, a propuesta de un tercio de los Estados miembros y de la Comisión y previo dictamen del Parlamento Europeo podría constatar la existencia de violaciones de los derechos fundamentales.

La CIG también mantuvo diferentes alternativas en cuanto a los quórum necesarios para decidir sancionar a un Estado. Así, se dudó sobre si el Consejo debería aprobar las sanciones por unanimidad o si bastaba la mayoría cualificada o supercualificada. También se dudaba sobre si sería necesario que el Consejo se reuniera a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno o bastaría una reunión a nivel ministerial. Tampoco se sabía si se debía otorgar un plazo determinado para que el Parlamento Europeo emitiera su dictamen conforme o si la propuesta de sanciones debía provenir de la Comisión y de un tercio de los Estados miembros como primera alternativa o de la Comisión o un tercio de los Estados miembros, como segunda. Además, la introducción del requisito de dictamen conforme del Parlamento Europeo se produjo tardíamente; antes de optarse por esta solución el Parlamento Europeo era simplemente otra de las instituciones que podía o debía (según el documento que estudiemos) presentar una propuesta de sanciones al Consejo. También varió el quórum de

⁴⁵⁴ CONF/3945/96 *cit.*

⁴⁵⁵ SN/500/97 (C 51) de 27 de Mayo de 1997.

Estados miembros exigido para elevar una propuesta de sanciones al Consejo (se dudó entre exigir dos tercios o un tercio).

Finalmente la CIG se decantó por un procedimiento bastante severo en el que la decisión de adopción de sanciones requiere: 1) constatación de la violación por unanimidad del Consejo en su más alta composición; 2) dictamen conforme del Parlamento Europeo; 3) propuesta de la Comisión o de un tercio de los Estados miembros; 4) invitación previa al Estado afectado para que presente sus observaciones; 5) decisión de suspensión de derechos por el Consejo por mayoría cualificada.

4.2.8.2. Comentario

El Parlamento Europeo ha valorado positivamente la inserción del art.F1 del Tratado de Amsterdam, así como la correlativa inserción del art.236 TCE, 96 TCECA y 204 TCEEA. Estos tres últimos, de idéntico contenido entre sí, especifican cuál puede ser el tipo de derechos que se le pueden suspender a un Estado en el seno de la CE, CECA y CEEA. Así, si en virtud de lo dispuesto en el art.F1.2 TUE en su nueva redacción, el Consejo decide suspender el derecho de voto del representante del gobierno del Estado miembro, dicho derecho de voto también quedarán en suspenso por los que respecta al TCE, TCECA y TCEEA. Pero también el Consejo podrá decidir que se suspendan otros derechos, que no son especificados, derivados de la aplicación de los tres tratados constitutivos. La valoración del Parlamento es positiva por un doble motivo: porque introduce por primera vez sanciones y porque en la decisión de imposición de sanciones interviene el Parlamento Europeo mediante dictamen conforme⁴⁵⁶.

Nuestra opinión no puede ser sino favorable al establecimiento de una medida tan innovadora. La existencia de controles sobre la salvaguarda de los principios básicos de la UE es un paso importante. La suspensión de derechos, incluido el derecho de voto en el

Consejo, nos parece una medida necesaria cuando existe violación de los principios de la UE.

Sin embargo, y poniendo en relación el contenido de esta disposición con el resultado del dictamen 2/94, nos preguntamos cómo puede ser que a un Estado la UE le pueda sancionar por violación de un principio de la UE como es el respeto de los derechos y libertades fundamentales (y que cuando la sanción consista en la suspensión del derecho de voto en el Consejo, esta suspensión se extienda también al voto en el marco de los tratados CE, CECA y CEEA) y que, sin embargo, la CE no pudiera adherirse al CEDH por no constituir la protección de los derechos fundamentales uno de los objetivos del TCE. ¿Cómo puede ser que por la violación de derechos fundamentales se le pueda a un Estado suspender de sus derechos en el marco de la UE y que sin embargo los derechos fundamentales no constituyan un objetivo de la CE a efectos de aplicar el art.235 TCE?

4.2.9. Cláusula General de No Discriminación: art.6A TCE

Se inserta en el TCE el siguiente artículo:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

4.2.9.1. Antecedentes de la disposición y otras propuestas debatidas

⁴⁵⁶ P.E. Direction Général de Commissions et Délégations. Commission Institutionnelle *cit.* punto I.1.

En el Informe del Grupo de Reflexión ya había quedado reflejado el elevado número de adhesiones que suscitaba la propuesta de introducir en el tratado una cláusula general de no discriminación⁴⁵⁷. Sólo se oponía a esta iniciativa el Reino Unido, que consideraba que la UE no era el marco adecuado para la protección de los derechos fundamentales ni para la introducción de una cláusula general de no discriminación⁴⁵⁸. Esta posibilidad se trató desde un principio en el ámbito de uno de los tres objetivos de la CE: hacer de Europa una empresa del ciudadano.

Uno de los aspectos más destacables de las negociaciones consistía en estudiar cuál sería la ubicación de esta disposición caso de que se pudiera convencer al Reino Unido de su pertinencia. Así, mientras que algunos Estados proponían su introducción en sede de derechos fundamentales, como derecho de cualquier persona, otros confundían en nuestra opinión su ubicación al plantear su incardinamiento dentro de la ciudadanía europea, como un derecho de ciudadanía privativo de los nacionales de los Estados miembros⁴⁵⁹.

Es interesante declarar que las distintas modalidades de discriminación que aparecen recogidas en el art.6A son el resultado de una mecánica de aluvión o apilamiento por la que a la inquietud de un Estado p.ej. en materia de discriminación por razón de sexo, se unió la de otro en relación a la discriminación por razón de raza, o la de otro por razón de edad, etc. En otras palabras, durante la CIG no todos los Estados manifestaron el mismo grado de preocupación con respecto a todos los tipos de discriminación que aparecen mencionados en el artículo 6A. El método para contentar a todos ellos fue crear una cláusula de no discriminación que reflejara las inquietudes de todos y cada uno de ellos. Así, Bélgica se expresaba especialmente sensible hacia el problema del racismo y la xenofobia⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Punto 39 del informe de Grupo de Reflexión.

⁴⁵⁸ Documento del Reino Unido “Una Asociación de Naciones” *cit.*

⁴⁵⁹ Resolución del Parlamento de 17 de Mayo de 1995 *cit.* punto D.7: “Se ha de dar más contenido al concepto de ciudadanía de la Unión mediante el desarrollo de derechos especiales vinculados a dicha ciudadanía, en particular mediante... la inclusión de una referencia expresa en el Tratado al principio de igualdad de trato con independencia de raza, sexo, edad, minusvalía o religión” .

⁴⁶⁰ Nota Política... *cit.*

Dinamarca no se posicionaba en torno a esta cuestión. España solicitaba añadir en el artículo 6 sobre discriminación por razón de la nacionalidad un apartado sobre la discriminación por razón de sexo, raza, religión, minusvalía, edad y preferencia sexual⁴⁶¹. Irlanda se refería a una cláusula de no discriminación por razón de minusvalía⁴⁶². En cambio Italia proponía la redacción de normas específicas sobre no discriminación de minorías y lucha contra el racismo⁴⁶³. Austria proponía medidas de protección contra actividades racistas y xenófobas⁴⁶⁴ así como promover la igualdad de sexos⁴⁶⁵. Portugal se refería en general a la necesidad de tomar medidas contra toda forma de discriminación, citando en concreto al racismo, la xenofobia, la intolerancia y las minorías⁴⁶⁶. Finlandia se refería a promover la igualdad de sexos y al interés de introducir una mención al racismo y la xenofobia dentro del principio relativo a la igualdad o a la no discriminación⁴⁶⁷. Grecia se refería de modo bastante lacónico a la necesidad de eliminar cualquier tipo de discriminación⁴⁶⁸. Suecia se refería únicamente a la discriminación por razón de sexo⁴⁶⁹.

Las instituciones habían sido receptivas a la inclusión de una cláusula general de no discriminación que completara la cláusula de no discriminación por razón de la nacionalidad

⁴⁶¹ Elementos para una Posición... *cit.* Sin embargo, posteriormente, con la llegada al gobierno del PP, el nuevo gobierno rectificó, pues consideraba que la opción sexual no tenía suficiente entidad como para tener que ser mencionada en el futuro Tratado como una de las causas de discriminación contra las que se tuviese que luchar en el ámbito europeo (información obtenida de un documento que carece de siglas y fechas que nos fue proporcionado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea).

⁴⁶² Libro Blanco sobre Política Exterior... *cit.*

⁴⁶³ Posición del Gobierno Italiano... *cit.*

⁴⁶⁴ Para conocer los puntos de vista específicos de cada Estado y de cada institución en relación al racismo, véase la Ficha temática nº43 redactada por la TASK FORCE del Parlamento Europeo y puesta al día el 19 de Marzo de 1997 titulada "La CIG et la Lutte contre le Racisme", localizable en: www.europarl.eu.int/dg7/fiches/fr/fiche43.htm.

⁴⁶⁵ Líneas Directrices del Gobierno Austríaco sobre los Temas Probables de la CIG de 1996, presentadas en Junio de 1995.

⁴⁶⁶ Portugal y la CIG para la Revisión del TUE. Documento del Ministerio de Asuntos Exteriores de Marzo de 1996.

⁴⁶⁷ Puntos de Partida y Objetivos... *cit.*

⁴⁶⁸ Memorándum del Gobierno griego... *cit.*

⁴⁶⁹ Nota sobre los Intereses Fundamentales de Suecia... *cit.*

del art.6 (que se aplica a ciudadanos comunitarios) y la no discriminación laboral por razón de sexo del art.119. Así, p.ej., el Parlamento Europeo, solicitaba la inclusión de una cláusula general de no discriminación que hiciera referencia especial a los derechos sociales fundamentales de los trabajadores⁴⁷⁰.

En el primer documento consultado de los trabajos de la CIG se deja translucir que estamos aún en una fase poco avanzada de la negociación (17 de Junio de 1996) en la que el único punto claro es el interés compartido por todos (salvo el Reino Unido) por extender la no discriminación a otras áreas además de la nacionalidad y el sexo (este último, restringido además al ámbito laboral).

Los debates dejaban traslucir diferentes inquietudes: 1) la cuestión de saber si la no discriminación se debería extender a la raza y al sexo (en general, no sólo en el ámbito laboral) e incluso si debían aplicarse también otros criterios (religión, creencias, opiniones, minusvalía, edad, orientación sexual). 2) La necesidad de profundizar en las implicaciones jurídicas, económicas y financieras de una cláusula general de no discriminación que en ningún caso debería tener efecto directo, por lo que se deberían prever disposiciones específicas para dotarla de efectos. 3) La oportunidad de prever una base jurídica específica para la adopción de medidas contra el racismo y la xenofobia y la clarificación de cuál sería su ámbito de aplicación (¿TCE o Título VI TUE?). 4) La oportunidad de ampliar el alcance del principio de igualdad de trato entre hombre y mujer tal y como figura en las disposiciones del TCE (refuerzo del art.119), de modo que el principio tuviera una aplicación más general más allá del ámbito laboral y social, barajándose incluso la posibilidad de prever medidas de discriminación positiva de la mujer⁴⁷¹. El informe en el que se sugería todo este abanico de posibilidades tenía carácter de documento de trabajo y más que reflejar tomas de posición precisas recogía sobre todo, con cierto detalle y

⁴⁷⁰ Resolución de 17 de Mayo de 1995 *cit.* punto D.7 y Resolución de 13 de Marzo de 1996 *cit.* punto 4.4.5.

⁴⁷¹ Todas estas alternativas se recogen en el Informe elaborado por la Presidencia CONF/3860/1/96 REV.1 *cit.* punto I.2.

mediante el recurso a una metodología expositiva, el catálogo de problemas y alternativas que la CIG tenía sobre la mesa en materia de no discriminación.

Sin embargo, pocos días después de este primer informe la presidencia presentó una adenda al anterior documento en el que ya se formulaba de manera acabada una propuesta de cláusula general de no discriminación (a incluir en el TCE) muy parecida a la que finalmente fue aprobada. En ella el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo podría tomar las disposiciones necesarias para prohibir (no luchar, como reza el texto finalmente adoptado) toda discriminación por razón de raza y sexo (se deja la posibilidad abierta para enumerar nuevos modos de discriminación)⁴⁷². El texto, con cambios menores, se ha mantenido a lo largo de los trabajos de la CIG. Los cambios fueron cuatro: 1) aumento del número tasado de discriminaciones enumeradas contra las que se actúa. 2) Opción porque fuera la unanimidad del Consejo (no la mayoría cualificada) y la consulta al Parlamento (no codecisión de éste, como sugería el Parlamento) el procedimiento para que se constatare la existencia de una violación (junto a la propuesta de la Comisión). 3) No inclusión en el texto del tratado de una segunda frase al artículo que defendían las delegaciones italiana y austríaca según la cual “la Unión contribuirá al combate contra el racismo, el antisemitismo, la xenofobia, la intolerancia, el sexismo y la exclusión”⁴⁷³. 4) Preferencia de la frase “adoptar medidas adecuadas para luchar contra toda discriminación” en lugar de “tomar todas las medidas necesarias para prohibir toda forma de discriminación”. A juzgar por lo que expresa un documento de la CIG de fecha 12 de Febrero de 1997, el cambio de tenor se produjo porque se consideró que la prohibición era un acto normativo que por su mera inserción en el texto del tratado tendría efecto directo, como lo tiene el art.6⁴⁷⁴. De ello se deduce que en ningún momento tuvo la intención la CIG de que la cláusula general de no discriminación pudiera ser invocable directamente por un particular ante los tribunales. Por este mismo motivo se

⁴⁷² CONF/3860/1/96 ADD.1, de 18 de Junio de 1996.

⁴⁷³ CONF/3940/96 *cit.*

⁴⁷⁴ CONF/3818/97 *cit.*

optó por mantener la separación en dos artículos diferentes de la cláusula general de no discriminación y del art.119 TCE, para preservar de este modo el efecto directo de la última disposición reseñada⁴⁷⁵.

Por lo que respecta a los motivos de discriminación aducidos, también se debatió si valía la pena realizar un listado largo o más bien reducido⁴⁷⁶. Finalmente se optó por un listado amplio pero no totalmente exhaustivo, como demuestra el hecho de que se abandonara la idea de mencionar otros posibles motivos de discriminación como pueda ser la enfermedad, el origen social, el origen o condición social, la riqueza personal, la lengua, las opiniones políticas, el color o la pertenencia a una minoría⁴⁷⁷. Además, se prefirió no incluir una cláusula residual que hubiera permitido abarcar los tipos de discriminación que no habían sido enumerados. Las propuestas de aludir de manera más explícita a las necesidades específicas de las personas discapacitadas o a la importancia de las comunidades religiosas tuvieron su vía al margen del art.6A del tratado (a saber, a través de dos declaraciones al tratado que han sido estudiadas anteriormente).

Tampoco prosperaron dos sugerencias del Parlamento Europeo: a) para que se hiciera referencia a que la CE garantizaría la protección jurídica contra la discriminación y b) para que se especificase que la obligación de no discriminar se extiende a toda persona residente en la UE. Con respecto a la primera, en realidad, la actividad de la CE tras la redacción del tratado en los términos actuales es puramente promocional -aunque la persona siempre podrá llevar el asunto al juez comunitario, si éste es competente a través de alguna de las vías procesales establecidas, si considera que la CE le ha discriminado y violado su derecho a un trato igual. En cuanto a la segunda, aunque tal referencia no haya aparecido, se da por supuesta dado que éste no es un derecho incluido en la ciudadanía ni privativo del

⁴⁷⁵ De este modo se desoyó la opinión del Parlamento Europeo, que defendía que el futuro artículo tuviera efecto directo (Resolución del Parlamento Europeo sobre el Marco General para un Proyecto de Revisión de los Tratados, de 16 de Enero de 1997).

⁴⁷⁶ CONF/3818/97 *cit.*

⁴⁷⁷ Causas de discriminación que sí fueron barajadas en CONF/3940/96 *cit.* o en CONF/3843/97 *cit.*

nacional comunitario. Nada se puntualiza en el art.6A respecto a sus beneficiarios, de modo que se presume su extensión a cualquier persona⁴⁷⁸.

Finalmente se consensuó la redacción del art.6A en los términos que hoy conocemos y con la ubicación sistemática que hoy conocemos (en la primera parte del tratado, tras el artículo sobre la no discriminación por razón de nacionalidad). Así se descartó otra posible ubicación de la cláusula de no discriminación que había sido estudiada y según la cual hubiese sido trasladada al TUE como artículo Fbis, justo tras el artículo F⁴⁷⁹.

4.2.9.2. Comentario

Constituye sin duda un notable avance el que la UE se haya sensibilizado contra formas de discriminación diferentes de las ya consignadas en los tratados (nacionalidad y sexo). Pero más destacable resulta incluso el que esa nueva cláusula general abarque a la discriminación contra cualquier persona, no sólo contra los ciudadanos comunitarios, como ocurre en general con los artículos 119 y 6 TCE.

Sin embargo, cualquier disposición es el resultado de un compromiso entre diferentes puntos de vista y el art.6A responde a esta dinámica dado que la posición de catorce Estados se vio enfrentada a la de uno de ellos que consideraba que el único ámbito en el que se podía establecer una cláusula de este tipo era en el ámbito nacional. De ahí quizá la falta de efecto directo de la cláusula, que se comprueba fácilmente con su lectura. En efecto, para ser susceptible de producir derechos en el patrimonio de las personas, esta disposición debe ser primero puesta en marcha mediante un acto complejo protagonizado por tres instituciones. Mediante ese acto se adoptarán medidas adecuadas para luchar contra la discriminación. Por tanto, la disposición sólo tiene como efecto permitir la adopción de

⁴⁷⁸ Resolución del Parlamento de 17 de Mayo de 1995 *cit.*

⁴⁷⁹ CONF/3940/96 *cit.*

legislación derivada por unanimidad del Consejo y con la colaboración de Comisión y Parlamento⁴⁸⁰.

La ausencia de efecto directo de esta disposición resulta todo un agravio comparativo por su cercanía física con el artículo que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, que sí goza del mismo. Al mismo tiempo, es de lamentar que no se haya consensuado el que la disposición finalizase con una cláusula residual que permitiera a la CE adoptar medidas con respecto a otros tipos de discriminación no previstos basados en otro tipo de condicionante, estatuto o pertenencia a un grupo no consagrado en la disposición. Del mismo modo nos hubiera parecido deseable que las decisiones en esta materia se adoptaran por mayoría, no por unanimidad del Consejo. En las actuales circunstancias, la vigencia de esta disposición queda totalmente subordinada al consenso del Consejo. Además, estimamos que la sola prohibición de medidas discriminatorias no asegura la verdadera igualdad de oportunidades. Para ello haría falta complementar esta prohibición con medidas que promoviesen de manera activa la igualdad⁴⁸¹.

4.2.10. Igualdad entre hombre y mujer: arts.2, 3, 118 y 119 TCE

El artículo 2 TCE se sustituye por el siguiente texto:

“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria, y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3A, un desarrollo armonioso, equilibrado, sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre hombre y mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de

⁴⁸⁰ FONSECA MORILLO, Francisco: “Balance sobre el Tratado de Amsterdam”, en *Europajunta* 1997 (en prensa).

⁴⁸¹ En este sentido se manifiesta EUROPEAN ANTI-POVERTY NETWORK *cit.*

convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

Se añade en el artículo 3 TCE el siguiente párrafo:

“2. En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

El artículo 118 TCE se sustituye por el texto siguiente:

“Para la consecución de los objetivos del artículo 117, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

... -la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a la oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo...”

El artículo 119 TCE se cambia por el siguiente texto:

“1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

4.2.10.1. Antecedentes de las disposiciones y otras propuestas debatidas

En el seno del TCE se han producido una serie de modificaciones tendentes a reforzar el principio de igualdad entre hombre y mujer por encima del mero ámbito socio-laboral. Así, se han realizado sendas variaciones de los artículos 2 y 3 que redundan en la consagración del principio de igualdad de sexos en sentido amplio como objetivo de la CE. Además, el tenor de los artículos 118 y 119 ha variado (en consonancia con la inclusión del Protocolo Social en la parte dispositiva del TCE). En su nueva redacción, se refuerza el papel e importancia de la promoción de la mujer en el mercado laboral.

Salvo el Reino Unido, todos los Estados, así como la Comisión y el Parlamento eran favorables al reforzamiento de la cláusula de no discriminación por razón de sexo en el TCE. Entre quienes defendían con mayor tesón la mejora de este principio figuraba España, partidario de un cambio sustancial con respecto al art.119 para que el TCE no reflejara un

mero principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo, sino una plena y auténtica equiparación entre sexos que se formulase en el tratado de forma positiva y no únicamente como resultado de una prohibición de discriminar. Añadía el gobierno español que el tratado debería incluir una referencia a la integración de la mujer en todas las políticas y programas de la Unión⁴⁸². Por su parte, Austria abogaba por que se concediera a los Estados expresamente en el TCE facultades para emprender acciones positivas en favor de la mujer⁴⁸³. Igualmente beligerante en la materia era el gobierno finlandés, para quien la desigualdad de sexos era una cuestión tan importante que debía establecerse en el tratado a través de una disposición específica pero que extendiera su manto protector a todo ámbito de la vida de una persona, no sólo a su actividad laboral. Incluso proponía que la supervisión del cumplimiento de este principio por parte de los Estados recayera sobre el TJCE y el Defensor Europeo⁴⁸⁴. Grecia circunscribía sus propuestas de reforma al campo socio-laboral, invitando a la CIG a promover la igualdad de sexos mediante normas específicas en el sector del trabajo a tiempo parcial y en el caso de embarazadas⁴⁸⁵. Suecia pretendía teñir con el argumento de la igualdad de sexos toda la actividad comunitaria. Con este fin, insistía en reforzar las disposiciones del TCE referentes a esta materia para que la igualdad de sexos se convirtiera en uno de los grandes objetivos comunitarios⁴⁸⁶.

En cuanto a la posición de las instituciones, resulta evidente que las propuestas del Parlamento eran las más concretas y además progresistas. Así, p.ej., proponía una mejora de la redacción del artículo 119 para que éste viese ampliado su campo de acción y pudiese cubrir los diversos aspectos del empleo y la seguridad social⁴⁸⁷. La Comisión ya había

⁴⁸² Elementos... *cit.*

⁴⁸³ Posiciones de Principio de Austria... *cit.*

⁴⁸⁴ Memorándum del Ministerio de Asuntos Exteriores... *cit.* y Puntos de Partida... *cit.*

⁴⁸⁵ Memorándum para la CIG de 1996: Hacia una Europa de los Ciudadanos, Democracia y Desarrollo, Enero de 1995.

⁴⁸⁶ Comunicación del Gobierno Sueco sobre la Conferencia Intergubernamental, de 30 de Noviembre de 1995.

⁴⁸⁷ Información obtenida de la Ficha Temática nº35 de la TASK FORCE del Parlamento Europeo puesta al día el 20 de Mayo de 1996 y titulada "La Non Discrimination Sexuelle", accesible en Internet en: www.europarl.eu.int/dg7/fiches/fr/fiche35.htm

manifestado en su dictamen su interés en prohibir toda discriminación, especialmente la basada en motivos sexuales. Con respecto a ésta última, expresaba su determinación para que se distinguiera de la mera paridad de remuneración.

Tanto las iniciativas tendentes a formular un principio abstracto de igualdad hombre/mujer como las más específicas tendentes a mejorar la redacción de los artículos del TCE sobre este tema fueron ampliamente discutidas en el seno de la CIG y obtuvieron una respuesta positiva en el Tratado de Amsterdam. El 26 de Julio de 1996, La Presidencia se fijaba como posibles estrategias para promover y fortalecer la igualdad de sexos los dos frentes a los que hemos hecho mención: a) por un lado, plantear la igualdad de sexos como un objetivo, de modo que se consagrara en el art.B del TUE, o en el art.2 TCE, o en ambos. Del mismo modo, la Presidencia del Consejo planteaba la posibilidad de aludir a él en el art.3 TCE como objetivo que hubiera de ser tenido en cuenta en todas las políticas comunitarias. b) Por otro, el fortalecimiento de la igualdad a nivel laboral reforzando el art.119 de varias maneras no excluyentes entre sí: la primera de ellas, ampliando el ámbito de aplicación del art.119 para que no sólo incluyese la igualdad de retribución, sino también la igualdad en el empleo y la educación. La segunda, contemplando la adopción de medidas positivas y garantizando a los Estados que nada les impediría adoptarlas para agilizar la consecución de la igualdad. La tercera, mediante la introducción en el art.119 de una disposición que permitiera la adopción por unanimidad de recomendaciones, medidas incentivadoras, etc.⁴⁸⁸

Con respecto al apartado a) -consagración de la igualdad hombre/mujer como objetivo de la UE y/o de la CE- la Presidencia sugirió el 8 de Octubre de 1996 un enfoque con un triple propósito: 1) que se incluyera la igualdad hombre/mujer como un objetivo de la UE, añadiendo un nuevo guión al art.B TUE con el contenido “promover la igualdad de hombres y mujeres”. 2) Que se hiciera alusión a la igualdad de sexos como misión que la

⁴⁸⁸ CONF/3879/96 *cit.*

CE ha de promover. 3) Que se estableciera que la política de integración de la mujer constituye un objetivo que debe observar la CE en sus actividades⁴⁸⁹.

De estos tres frentes, prosperaron los dos últimos (aunque con cambios en el último de ellos con respecto a la propuesta inicial de la Presidencia, dado que el art.3 TCE no alude a la igualdad de hombres y mujeres como principio de la actividad comunitaria, sino como objetivo de la actividad comunitaria). Sin embargo, el art.B TUE no fue reformado para dar acogida a la igualdad entre hombre y mujer como objetivo de la UE. Nos movimos únicamente por tanto en el ámbito del TCE.

En relación a b) -mejorar algunos aspectos de la promoción de la igualdad de oportunidades en el ámbito socio-laboral- las medidas adoptadas fueron las siguientes: se amplió el tenor literal del art.119 para dar cabida junto a la prohibición de la desigualdad de retribución (apartado 1) a la igualdad de oportunidades en asuntos de empleo y educación (apartado 3) y a la legalidad de las medidas de discriminación positiva para el sexo menos representado con el fin de facilitarle el ejercicio de actividades profesionales o compensar sus desventajas profesionales (apartado 4).

Asimismo, el art.118 fue reformado (en coherencia con la incorporación del Protocolo Social al TUE) incluyéndose en él una referencia a la actividad promotora de la CE, por la cual ésta complementará y apoyará la acción de los Estados miembros, entre otros, en el terreno de la igualdad entre hombre y mujer con respecto a sus oportunidades y trato en el mercado laboral.

Por lo que toca a la igualdad de retribución en sentido estricto (art.119.1 TCE) la Presidencia neerlandesa sugirió que no se cambiara el tenor literal del TUE (“igual retribución para un mismo trabajo”) en vez de introducir una nueva fórmula propuesta que consideraba más insegura jurídicamente y susceptible de distintas interpretaciones⁴⁹⁰ (“igual

⁴⁸⁹ CONF/3945/96 *cit.*

⁴⁹⁰ CONF/3827/97 *cit.*

retribución para un trabajo de igual valor”⁴⁹¹). Al final, la diversidad de opiniones enfrentadas en la materia llevó a que se mencionaran las dos posibilidades (“igual retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”)⁴⁹².

Lo que no cuajó fue la iniciativa propuesta por la Presidencia irlandesa⁴⁹³ para que el apartado 1 incluyese tanto la igualdad de remuneración como la igualdad en materia de empleo y ocupación. Estos dos ámbitos quedaron postergados para el párrafo 3º como ámbitos en los que el Consejo, por codecisión del Parlamento y previa consulta al Consejo Económico y Social, podrá adoptar medidas tendentes a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades.

Con respecto a la acción positiva en el ámbito laboral, existía una disposición en el Protocolo Social (art.6.3) que iba en este sentido y que rezaba: “El presente artículo no impedirá a ningún Estado miembro el mantenimiento o la adopción de medidas que representen ventajas específicas para facilitar que las mujeres ejerzan una actividad profesional o para impedir o compensar los inconvenientes en sus vidas laborales”. Este artículo fue tomado como base para una redacción conveniente del art.119.4 TCE, de acuerdo con lo que había sido sugerido por la presidencia irlandesa⁴⁹⁴, y ello pese a la oposición de la delegación belga, que consideraba insuficiente el enfoque del art.6.3 del Protocolo Social⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Fórmula sugerida en CONF/3818/97 *cit.*

⁴⁹² Fórmula doble mantenida p.ej. por la delegación española el 12 de Marzo de 1997 en CONF/3846/97. Amén de proponer esto con respecto a la retribución, España también defendía en el documento la inclusión de un artículo que especificara que el principio de igualdad entre hombre y mujer se debía extender en el campo social al acceso al empleo, las condiciones de trabajo, la educación, la formación profesional y la toma de decisiones.

⁴⁹³ CONF/3945/96 *cit.*

⁴⁹⁴ CONF/3945/96 *cit.*

⁴⁹⁵ CONF/3998/96, de 27 de Noviembre de 1996. Para Bélgica, esta disposición se refería únicamente a la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral. Frente a ello, la política de igualdad y la acción positiva se debía afianzar en el más amplio sentido jurídico.

Por su parte, Finlandia⁴⁹⁶ y Austria⁴⁹⁷ proponían que el art.119 especificase que las medidas de acción positiva que podrían aprobar los Estados tendrían un carácter temporal, en tanto en cuanto uno de los dos sexos estuviese infrarrepresentado.

En relación a la nueva redacción del art.118, la cita a la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y a la igualdad de trato en el trabajo se debió al empeño de la delegación belga, que abanderaba la tesis de que la CE debía promover y completar la actividad de los Estados en favor de la integración de la mujer en el mundo laboral, así como también la de las personas excluidas⁴⁹⁸.

4.2.10.2. Comentario

La nueva redacción de los artículos 2, 3, 118 y 119 TCE se vislumbra como un avance en la lucha por la igualdad entre hombre y mujer. La escueta y cicatera referencia del TCE a la igualdad de hombre y mujer a efectos retributivos había sido superada hacía tiempo por la jurisprudencia del TJCE, que extendía la exigencia de igualdad a todo el ámbito laboral⁴⁹⁹. Sin embargo hacía falta profundizar en esta línea, aludiendo junto a la igualdad de sexos en el ámbito laboral a la igualdad de sexos como objetivo de la CE.

Por el contrario, defrauda el que no haya existido suficiente consenso para que la igualdad entre hombre y mujer fuera elevada a la categoría de objetivo de la Unión. Por tanto, el ámbito de aplicación de este objetivo se reduce al TCE. En este particular, el tratado no ha estado a la altura. Hoy por hoy, la igualdad de sexos se ha convertido en un

⁴⁹⁶ CONF/3907/97 de 6 de Mayo de 1997.

⁴⁹⁷ CONF/3843/97 *cit.* La nota austríaca era bastante singular. Hablaba de introducir en el TCE de garantizar una igualdad "verdadera" entre hombre y mujer.

⁴⁹⁸ CONF/3991/96 *cit.*

⁴⁹⁹ No obstante, existían críticas al rasero que utilizaba el TJCE para equiparar a hombre y mujeres en cuanto a sus derechos sociolaborales (KRAVARITOU, Yota: "Du Droit et de l'Amour dans l'Union Européenne", en *EUI Working Papers* 1997, Law, 97/5, pp.27 y 32).

fin (art.2 TCE) y en un objetivo (art.3 TCE) de la CE. Sin embargo, las medidas legislativas en esta materia se restringen al ámbito social (arts.118 y 119 TCE), en contra de lo defendido por el Parlamento⁵⁰⁰ y por Bélgica⁵⁰¹, quienes abogaban por su extensión a cualquier área.

4.2.11. Tratamiento de Datos Personales: art.213 B TCE

Se inserta el artículo 213 B en el TCE:

“1. A partir del 1 de enero de 1999, los actos comunitarios relativos a la protección de la persona respecto del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las instituciones y organismos establecidos por el presente Tratado o sobre la base del mismo.

2. Con anterioridad a la fecha indicada en el apartado 1, el Consejo establecerá, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B, un organismo de vigilancia independiente, responsable de controlar la aplicación de dichos actos comunitarios a las instituciones y organismos de la Comunidad y adoptará, en su caso, cualesquiera otras disposiciones pertinentes”.

4.2.11.1. Antecedentes de la disposición y otras propuestas debatidas

Algunos Estados habían manifestado su inquietud sobre la desprotección que sufría el tratamiento de los datos personales del individuo en el seno de la UE. Algunos de ellos abordaban este problema dentro de sus propuestas sobre la mejora de la protección de los derechos fundamentales. Otros, como una medida que transmitiría a la ciudadanía un

⁵⁰⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ *cit.*

⁵⁰¹ CONF/3998/96 *cit.*

mensaje de legitimidad democrática de las instituciones. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es obvio que el tratamiento sin garantías de datos personales a nivel comunitario, del mismo modo que a nivel nacional o subnacional, podía repercutir sobre derechos de la persona como es su derecho a la intimidad. Sin embargo, no fue hasta bastante tarde (26 de Febrero de 1997) que el tema fue introducido en el orden del día de la CIG. Así, Dublín II ni siquiera lo trataba.

En Febrero de 1997 aparece un documento en el que se sugiere la inclusión en el TCE de un artículo, al que aún no se da numeración, cuyo tenor es mimético al que posteriormente sería aprobado. Al proyecto de artículo acompaña una nota explicativa que dice que este texto se propone atender a la preocupación expresada por algunos de que, pese a que las instituciones, y en particular la Comisión, procesan una gran cantidad de datos personales, no hay normas en la CE relativas a la protección de los individuos frente al tratamiento inadecuado de sus datos puesto que la Directiva 95/46/CEE del Consejo de 24 de Octubre de 1995 se aplica únicamente a los Estados miembros⁵⁰².

El texto del artículo se mantuvo desde su inclusión en el documento de Febrero de 1997, apareciendo reconfirmado en la versión provisional de tratado de 19 de Junio de 1997 con su actual numeración⁵⁰³.

4.2.11.2. Comentario

El artículo reseñado hará que a partir del 1 de enero de 1999 la Directiva 95/46/CEE sea también aplicable a las instituciones comunitarias. Así se corrige la situación viciada y paradójica por la que las instituciones pudieron crear una norma para que los Estados trataran adecuadamente y con garantías los datos personales que procesaban, sin en cambio aplicarse esta exigencia a sí mismas. El artículo, además, crea un órgano independiente de

⁵⁰² CONF/3827/97 cit.

⁵⁰³ CONF/4001/97 cit.

vigilancia responsable de controlar la aplicación de dichas disposiciones a los actos comunitarios.

El resultado es positivo y es motivo de satisfacción. No tendría sentido que la CE obligase a los Estados a respetar una serie de mínimos en el procesamiento de datos personales que ella ignorase. Los elementos positivos de la disposición son dos: el sometimiento de las instituciones a la directiva reseñada (o a las eventuales normas que la CE pueda dictar en la materia) y la creación de un órgano independiente de vigilancia de su cumplimiento⁵⁰⁴. Hay que señalar que, en cualquier caso, la protección se limita a los datos sobre personas físicas, no jurídicas. Resulta también interesante comprobar que la Comisión, que es la institución más afectada en su actividad por esta disposición, nunca había propuesto la inclusión en el TCE de un artículo con semejantes características⁵⁰⁵.

4.2.12. Ciudadanía: art.8 TCE, 8A TCE y art.8D TCE

El apartado 1 del artículo 8 se sustituye por el texto siguiente:

“ Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.”

El apartado 2 del artículo 8A se sustituye por:

“El Consejo podrá adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1. Salvo disposición en contrario del presente Tratado, decidirá con arreglo al procedimiento contemplado en el art.189B. El Consejo se pronunciará por unanimidad durante todo este procedimiento”.

⁵⁰⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ *cit.*

⁵⁰⁵ TASK FORCE de la Comisión: Note d'Analyse “Conférence Intergouvernementale”, 7 de Julio de 1997, *cit.*

Al artículo 8D se le añade el siguiente párrafo:

“Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos contemplados en el presente artículo o en el artículo 4 en una de las lenguas mencionadas en el artículo 238 y recibir una contestación en esa misma lengua”

4.2.12.1. Antecedentes de las disposiciones y otras propuestas debatidas

El tema de la ciudadanía europea había suscitado entre los Estados e instituciones multitud de comentarios, sugerencias, propuesta de reforma, de ampliación, de congelación y de cambio de enfoque. La mayoría de las propuestas (salvo p.ej. la de Dinamarca, que recordaba su particular perspectiva y postura hacia la ciudadanía) iban en la línea de ampliar los derechos de ciudadanía, incluyendo en el concepto derechos socioeconómicos dispersos por el tratado y de los que disfrutaban los nacionales de Estados comunitarios. Otros, proponían fundir los derechos de ciudadanía con el resto de los derechos fundamentales, o aumentar -siquiera fuera en unos cuantos derechos más- el contenido de esta institución. Algunos sugerían otorgarle una perspectiva más política.

Así Bélgica, dispuesta a dar mayor contenido a la figura, se mostraba a favor de la adhesión a la Carta Social Europea y a aumentar el número de derechos de ciudadanía⁵⁰⁶. Alemania suscitaba la cuestión de conseguir la total igualdad de todos los ciudadanos de la Unión en relación con la ley que rige las elecciones al Parlamento Europeo⁵⁰⁷. España proponía una alternativa: ampliar sustancialmente el catálogo de derechos previstos en los artículos 8A a 8E o bien establecer una carta de derechos fundamentales del ciudadano de la Unión que contemplara todos los derechos que hoy por hoy son privativos del nacional de un Estado miembro⁵⁰⁸. Italia proponía elaborar un completo catálogo en el que bajo el

⁵⁰⁶ Nota Política del Gobierno... *cit.*

⁵⁰⁷ Documento de Reflexión: Más Estado de Derecho... *cit.*

⁵⁰⁸ Elementos para ... *cit.*

concepto de ciudadanía europea, se incluyera el conjunto de formas de expresión, de relación, de actividad y de libre circulación del ciudadano, en particular los derechos civiles, las relaciones con las instituciones, la educación, el trabajo y la familia⁵⁰⁹, pero siempre dejando a salvo en la parte inicial del tratado ciertos derechos fundamentales reconocidos a toda persona⁵¹⁰. Alemania e Italia, en la declaración conjunta que suscribieron sus Ministros de Asuntos Exteriores, proponían codificar los derechos fundamentales y los deberes del ciudadano, así como encomendar su tutela al TJCE⁵¹¹. Austria se declaraba favorable a dar un nuevo impulso a la ciudadanía europea, definiéndola de forma más completa. Pero insistía en dejar claro que la ciudadanía de la Unión no reemplaza -sino que se añade- a la ciudadanía nacional⁵¹². Portugal exigía mayor protección del TJCE a los derechos de los ciudadanos de la Unión, añadiendo a esta idea otra según la cual se le debía otorgar mayor contenido de derechos sociales y económicos. Para conseguir todo ello insistía en incluir en el tratado una carta de la ciudadanía europea⁵¹³. Finlandia quería que las disposiciones sobre ciudadanía fueran completadas con la introducción de nuevos derechos asociados al concepto⁵¹⁴. Sin embargo había Estados reacios a cualquier mejora del estatuto de ciudadanía. P.ej. Reino Unido se negaba a añadirle derechos sociales. Francia, Irlanda, Suecia y Reino Unido se manifestaban contrarios a otorgar efecto directo al art.8A. Tampoco había unanimidad en torno al art.8E (se negaban a la variación de su tenor Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Suecia

⁵⁰⁹ Comunicación del Gobierno Italiano... *cit.*

⁵¹⁰ Posición del Gobierno Italiano... *cit.*

⁵¹¹ Declaración Conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores de Alemania e Italia en Relación a la Conferencia Intergubernamental de 1996, 15 de Julio de 1995.

⁵¹² Posición de Principio de Austria... *cit.*

⁵¹³ Portugal y la Conferencia Intergubernamental para la Revisión del Tratado de la Unión Europea. Documento del Ministerio de Asuntos Exteriores, Marzo de 1996.

⁵¹⁴ Puntos de Partida y Objetivos de Finlandia... *cit.*

y el Reino Unido). Se negaban al desarrollo de una ciudadanía política Reino Unido y Suecia⁵¹⁵.

Por su parte, el Parlamento Europeo proponía el agrupamiento de todos los derechos de los que disfruta privativamente el nacional de un Estado miembro en una declaración de derechos aplicable al ciudadano y al residente europeo. Insistía en convencer a la ciudadanía de que este concepto no sustituye a su ciudadanía nacional⁵¹⁶. Además, la CE debería proteger los derechos fundamentales de todos y desarrollar una ciudadanía política que facilitase la participación en la vida política de los Estados miembros a los ciudadanos residentes⁵¹⁷. El Comité Económico y Social abogaba por la definición de un marco jurídico que fundase una auténtica ciudadanía que respondiese a las necesidades de identidad y participación democrática de los ciudadanos europeos⁵¹⁸. Al margen del capítulo que se dedicara al anterior menester, debería existir otro que integrara los derechos sociales fundamentales y el Protocolo Social en el tratado (pero no como derecho de ciudadanía)⁵¹⁹. Además, el Comité Económico y Social solicitaba el refuerzo de las disposiciones nacionales tendentes a la plena realización de la libertad de circulación⁵²⁰. La Comisión mantenía la diferencia entre los derechos fundamentales de los que disfruta cualquier persona en el seno de la UE y los derechos de los ciudadanos. Insistía en que la ciudadanía de la UE se añadía a la nacional y que se erigía en un avance repleto de posibilidades futuras⁵²¹.

Resulta llamativo lo poco lejos que la UE ha conseguido llegar por lo que a la ciudadanía europea atañe. Ello se comprueba especialmente si se estudian las propuestas tan

⁵¹⁵ TASK FORCE P.E.: Positions Résumées... *cit.*

⁵¹⁶ Resolución del P.E. de 13 de Marzo de 1996 *cit.*

⁵¹⁷ Resolución del P.E. de 17 de Mayo de 1995 *cit.*

⁵¹⁸ Rapport du Comité Économique et Social...*cit.* punto 5.5.8.

⁵¹⁹ *ibidem* punto 5.5.7.

⁵²⁰ *ibidem* punto 5.5.6.

⁵²¹ Informe de la Comisión para el Grupo de Reflexión... *cit.* punto A.

variopintas (y a veces tan progresistas) que habían sido avanzadas por las partes. En cualquier caso, no prosperó la incitativa de una ONG consultada por la CIG de conceder la ciudadanía de la UE a toda persona residente legal en territorio de la UE durante más de cinco años⁵²², idea a la que se había sumado la Comisión Jurídica y de los Derechos de los Ciudadanos del P.E.⁵²³. También fueron desoídos los consejos de la última en el sentido de promover el reforzamiento de este concepto más allá de los derechos civiles y electorales que actualmente contiene para incluir también todos los derechos fundamentales enunciados y garantizados por el CEDH⁵²⁴.

Parece que la idea de muchos era completar el escueto (más bien esquelético) concepto de ciudadanía con el objeto de que abarcara todos los derechos privativos del nacional de un Estado miembro, estableciendo nuevos derechos aparte de los ya reconocidos por el tratado. Otros, unos pocos, pretendían lo mismo pero extendiendo el manto protector de esta figura a los residentes en territorio comunitario. Para quienes aspiraban a la inclusión en el concepto de ciudadanía de todos los derechos fundamentales, la ciudadanía merecía un enfoque amplio, extensible *rationae personae* a cualquier particular, independientemente de su nacionalidad no comunitaria. Sin embargo este enfoque no podía prosperar por sus consecuencias jurídicas y políticas, p.ej. abrir las fronteras y las elecciones a nacionales de terceros Estados o derogar el principio de preferencia comunitaria. Los Estados no estaban dispuestos a asumir el coste que se derivaría de otorgar el mismo grado de protección a nacionales no comunitarios que el que otorgan a sus propios nacionales. Así, la misma Dinamarca quería dissociar ciertos derechos contenidos en la ciudadanía, según su diseño del TUE, de este concepto.

Estos diferentes enfoques quedaron patentes a lo largo de la CIG, en la que hubo una propuesta para que la ciudadanía incluyera el derecho de todo ciudadano a disponer de

⁵²² EUROPA ANTI-POVERTY NETWORK *cit.*

⁵²³ TASK FORCE CIG/96 del P.E.: Ficha temática nº10, de 20 de Febrero de 1997 sobre “la Citoyenneté Européenne”, en www.europarl.eu.int/dg7/fiches/fiche10.htm

⁵²⁴ TASK FORCE CIG/96 del P.E.: Ficha Temática “La Citoyenneté...” punto 1.2.

servicios de interés general en al UE, y a que se asociara al concepto el derecho a recurrir a acciones colectivas para la defensa de los intereses económicos y sociales (incluso el derecho de huelga), el derecho a la negociación colectiva, el derecho a consulta de las organizaciones representativas de los ciudadanos, en particular de los agentes sociales y el derecho a asociarse para la defensa de los intereses de los ciudadanos⁵²⁵.

El informe de la Presidencia de 17 de Junio de 1996 ponía el acento sobre tres puntos: la necesidad de clarificar el concepto, la necesidad de dejar expedita la vía del art.8E para que fuera posible añadir nuevos derechos (dado que la ciudadanía es un concepto evolutivo) y la necesidad de enriquecer su contenido a través de varias vías. Entre ellas: 1) añadir nuevos derechos civiles, políticos, administrativos, libertad de expresión, derechos de asociación y derecho de crear partidos políticos europeos. 2) Asociar a la ciudadanía ciertos derechos socioeconómicos como son la protección de la salud, el derecho a un medio ambiente saludable, la igualdad de oportunidades, la libertad sindical, y más en general, los recogidos en la Carta Social Europea. 3) Añadirle el derecho a la diversidad cultural. 4) Añadirle el derecho a la información. 5) Añadirle el derecho al acceso a los servicios universales o de interés general⁵²⁶.

Paradójicamente, de todas estas opciones pocos días después de la emisión de este informe prácticamente nada había sobrevivido y la presidencia sólo proponía la reforma siguiente: “Se establece una ciudadanía de la Unión. Es ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La Ciudadanía de la Unión se añade, no sustituye, a la nacional”⁵²⁷. Con este escueto texto, el proyecto se alineaba de nuevo con las ideas que habían sido manifestadas pocos meses antes en Dublín II, donde la única referencia a la ciudadanía era un recordatorio en el art.8 de que la ciudadanía complementa y no sustituye a la nacional.

⁵²⁵ CONF/3883/97 *cit.*

⁵²⁶ CONF/3860/1/96 REV.1 *cit.*

⁵²⁷ CONF/3860/1/96 ADD.1 *cit.*

4.2.12.2. Comentario

En definitiva, las conclusiones que se extraen de lo perseguido por algunos Estados e instituciones y lo conseguido en relación a estos derechos fundamentales exclusivos del nacional comunitario es la gran distancia que media entre lo que se sugería y lo que se consensuó. Los avances han sido muy limitados. Sólo se ha producido la ampliación del concepto de ciudadanía en un derecho (derecho a dirigirse por escrito al Defensor del Pueblo Europeo y a las instituciones y a recibir de ellos una respuesta en una de las doce lenguas oficiales).

No fue posible incluir a los nacionales de Estados terceros como posibles beneficiarios de los derechos de ciudadanía, pese a las propuestas en este sentido del Parlamento Europeo. Por ello el concepto sigue siendo en opinión de muchos autores divisivo ya que, aunque se define en términos de participación civil y política, formaliza la exclusión basada en criterios nacionales⁵²⁸.

Tampoco se ha cumplido el deseo de algunos de aglutinar en un único capítulo, bajo el título de “Ciudadanía de la Unión”, todos los derechos de los que goza el ciudadano de la UE, y que siguen dispersos por los tratados⁵²⁹. Tampoco se ha reconocido ni el refuerzo de los partidos políticos europeos, ni la ampliación del derecho de voto activo y pasivo a otro tipo de elecciones además de las municipales y las del Parlamento Europeo. Tampoco se ha reconocido plena y formalmente un estatuto especial para los ciudadanos de terceros Estados que residan legalmente en el UE. Esta idea, que preconizaba el reconocimiento en los tratados de un conjunto de derechos a los residentes que les otorgaran un status intermedio entre nacional de Estado miembro y nacional de tercer Estado sin relación con la UE, tampoco obtuvo una acogida favorable⁵³⁰.

⁵²⁸ DE BÚRCA, Grainne: “The Quest for Legitimacy in the European Union”, en *European Law Review* 1996, vol.59, pp.349-376, pp.357, 359 y 360.

⁵²⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ *cit.* punto 1.1.2.

⁵³⁰ *ibidem* punto 1.1.2.

La mención expresa al hecho de que la ciudadanía no sustituye a la nacional no añade nada nuevo, pero refuerza el concepto y previene contra infundados temores de pérdida de la calidad de nacional del Estado.

Los avances resultan por lo tanto limitadísimos. WEILER considera embarazoso el tratamiento que recibe la ciudadanía, y que sólo hace que trivializar la legitimidad de la UE. El concepto, que pretende tener numerosas potencialidades, tiene un contenido pobre como consecuencia de la falta de consenso palpable entre los Estados para darle un contenido más sustantivo⁵³¹ y, en su opinión, no constituye nada más que un ejercicio cínico de relaciones públicas⁵³²

4.3. Comentario final

Resulta incuestionable admitir que en el Tratado de Amsterdam se han efectuado una serie de cambios con respecto al de Maastricht que han supuesto una mejora en materia de derechos fundamentales⁵³³.

La jurisdiccionalidad del art.F.2 y de la CJAI, la introducción de una cláusula general de no discriminación, la ampliación de la no discriminación por razón de sexo a cualquier actividad, la inclusión de un artículo sobre el respeto de las instituciones hacia los datos personales, la mención de la Carta Social Europea y de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, la introducción de un nuevo derecho

⁵³¹ WEILER, Joseph H.H.: "The Selling of Europe: The Discourse of European Citizenship in the IGC 1996", en *Harvard Jean Monnet Working Papers* 1996, 3/96, p.10.

⁵³² WEILER, Joseph H.H.: "Les Droits des Citoyens", en *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, n°3, pp.35-64, p.36.

⁵³³ El EUROPEAN POLICY CENTER afirma de manera quizá demasiado entusiasta :

"The Treaty of Amsterdam sets out a compelling vision of a democratic human-centred Community for the future" (EUROPEAN POLICY CENTER: *Making Sense of the Amsterdam Treaty*, Septiembre 1997, localizable en la siguiente dirección de Internet: www.europa.eu.int/en/agenda/igc-home/instdoc/universe/europa.htm).

dentro de la figura de la ciudadanía de la Unión, el establecimiento del derecho de acceso a los documentos de las instituciones y la imposición de sanciones contra los Estados violadores de los principios de la UE, son todos ellos avances indudables.

Pero cada uno de ellos tiene su sombra, y así los derechos fundamentales siguen siendo protegidos como principios generales del Derecho Comunitario, lo que introduce un elemento de flexibilidad en la labor del TJCE que se podría seguir traduciendo en inseguridad jurídica para los particulares. Por lo que respecta a la CJAI, el TJCE podrá aplicar en este ámbito los principios generales del Derecho Comunitario (ya que es a través de ellos como el TJCE seguirá protegiendo los derechos fundamentales, incluso en el pilar intergubernamental), lo cual puede derivar en una incongruencia al aplicarse una fuente comunitaria (principios del Derecho Comunitario) a un área no comunitarizada. En cuanto a la cláusula de no discriminación, expresamente se ha buscado que no engendre efecto directo. El respeto de los derechos a la intimidad y vida privada en el manejo por las instituciones de datos personales, queda pospuesto hasta 1999 y la mención a la Carta Social Europea y a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores se realiza en el Preámbulo y en un artículo de contenido meramente programático, sin posibilidad de producir efecto directo. En relación al derecho al acceso a documentos oficiales de las instituciones, la facultad de éstas, consignada en el Tratado, por la que establecerán normativamente el modo cómo se efectuará el ejercicio de este derecho, puede reducir considerablemente el alcance de este derecho. En cuanto a las sanciones, la unanimidad exigida del Consejo dificultará su imposición, pese a que exista un elemento positivo en esta exigencia de unanimidad (el voto del Estado infractor se ignora a los efectos de conseguir el quórum necesario).

Junto a los contingentes avances que caracterizan al Tratado de Amsterdam, en él también resulta reseñable, en cuanto a la protección de derechos fundamentales se refiere, todo lo que pudo llegar a ser y no fue. Efectivamente, muchas de las propuestas que se hicieron a lo largo de la CIG -e incluso antes, en el seno del Grupo de Reflexión- no prosperaron. Muchas de ellas hubieran supuesto un paso adelante sustantivo en la protección

comunitaria de los derechos fundamentales. Esto ocurrió p.ej. con la propuesta de introducir un catálogo de derechos fundamentales en el Tratado que codificara definitivamente derechos de los que goza la persona humana en el seno de la Unión⁵³⁴, como ya se había propuesto en el proyecto de Constitución Europea. Igualmente, tampoco prosperó la sugerencia de aglutinar en un sólo capítulo los derechos dispersos por el tratado con el fin de dar una visión de conjunto rápida y clara sobre lo que la CE está dispuesta a proteger en materia de derechos fundamentales⁵³⁵. Ni la iniciativa de ampliar el tenor del art.F.2 TUE de modo que la referencia a los derechos fundamentales que la Unión “respeta” mediante las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH se ampliase a los derechos civiles, políticos, sociales y económicos que la UE respeta mediante las tradiciones constitucionales comunes y los acuerdos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para los Estados miembros⁵³⁶. Ello hubiese supuesto el reconocimiento de los derechos económicos y sociales de modo no meramente programático.

Tampoco prosperó la iniciativa de enmendar el TUE con el objetivo de hacer factible la adhesión al CEDH⁵³⁷. Curiosamente, la adhesión había sido reclamada por muchos Estados pero la decepción posterior a la emisión del dictamen 2/94 les indujo a retirar su propuesta de la agenda de la CIG. Efectivamente, el dictamen del TJCE supuso un antes y un después injustificable. Injustificable porque el dictamen no cerraba en ningún momento la puerta a una eventual adhesión. Únicamente trasladaba la respuesta a los Estados para que estos se definieran e introdujeran reformas en el tratado que permitieran la adhesión. Precisamente este era el momento propicio para realizar estas reformas, durante el transcurso de una conferencia de revisión. Sin embargo los Estados enmudecieron. Sólo el Parlamento Europeo mantuvo su firmeza (e Italia y Austria, en alguna medida) y, coherente con su actitud desde el principio de las negociaciones y con el tenor literal del propio

⁵³⁴ CONF/3860/1/96 REV.1. *cit.*

⁵³⁵ CONF/3883/97 *cit.*

⁵³⁶ CONF/3940/96 *cit.*

⁵³⁷ CONF/3860/1/96 REV.1 *cit.*

dictamen, que no negaba la mayor, siguió defendiendo que se tomaran los pasos necesarios con el fin de reformar el tratado para hacer posible la adhesión⁵³⁸.

Con ser discutible si la adhesión al CEDH supondría la panacea en la protección de los derechos fundamentales en la CE⁵³⁹, al menos ello hubiera supuesto el sometimiento de la CE al mismo control externo que sufren sus Estados miembros en materia de derechos fundamentales, evitándose así que al transferirse competencias nacionales al marco comunitario, ello derivase en una disminución en las garantías judiciales accesibles al individuo para el caso de violación de sus derechos fundamentales en ese ámbito de competencias transferido. Además, ello hubiese evitado la continuación de una jurisprudencia “flexible” del TJCE que interpreta libremente el CEDH sin sentirse vinculado por este texto ni por la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, sino sólo obligado a inspirarse en él.

Una solución que hubiera paliado el riesgo de jurisprudencia divergente entre los órganos de Luxemburgo y los de Estrasburgo podía haber consistido, junto a la adhesión al CEDH, en el establecimiento de un mecanismo de colaboración entre el juez comunitario y el juez de Estrasburgo por el que el primero plantease una cuestión prejudicial al segundo cada vez que se le presentase un proceso en el que estuvieran implicados derechos fundamentales del CEDH o de sus protocolos⁵⁴⁰. Esta solución, complicada técnicamente pero atractiva intelectualmente, fue prácticamente descartada desde bien pronto en el seno de la CIG porque hubiera alargado los procedimientos y porque además hubiera tenido el mismo efecto que la adhesión al CEDH: el sometimiento del TJCE a una instancia judicial

⁵³⁸ PE 217.926 *cit.*

⁵³⁹ P.ej. últimamente GARCÍA DE ENTERRÍA lo niega apoyándose en el Documento del Comité de Sabios presidido por la Sra. Pintasilgo al que nos hemos referido en el capítulo primero (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Les Droits Fondamentaux et la Révision du Traité sur l’Union Européenne”, en *Cahiers de Droit Européen* 1996, n°5-6, pp.607-612, pp.609-611).

⁵⁴⁰ La Presidencia italiana articulaba este mecanismo de este modo: enmendar el Tratado CE para contemplar la negociación de un acuerdo con el Consejo de Europa en virtud del cual el Tribunal de Justicia podría someterse previamente al Tribunal de Estrasburgo para una sentencia previa en relación con una cuestión de interpretación del CEDH o de compatibilidad entre un acto comunitario y el CEDH (CONF/3879/96 *cit.*)

externa en materia de derechos fundamentales, lo cual podría llevar, en opinión de algunos, a que el TJCE acabase interpretando todo el Derecho Comunitario, vulnerando de éste modo los artículos 164 y 219 del TCE.

Asimismo resulta decepcionante el Tratado de Amsterdam por excluir la creación de una especie de recurso de amparo en virtud del cual toda persona que considase quebrantados sus derechos fundamentales en el ámbito comunitario pudiera acudir sin más al TJCE sin tener que comprobar si realmente su caso era susceptible de recurso de anulación, omisión o excepción de ilegalidad y si estaba legitimado para accionar alguna de estas vías procesales⁵⁴¹. La creación de este tipo de recurso general por violación del derechos fundamentales proviene del proyecto de Constitución Europea. Lamentablemente, la Constitución Europea es un proyecto hoy abandonado y el recurso de amparo que proponía tampoco prosperó ni siquiera en el Tratado de Amsterdam⁵⁴². Por tanto, las vías judiciales comunitarias de las que dispone el individuo cuando cree vulnerados sus derechos fundamentales son las mismas de las que dispone para cualquier otro asunto menos impactante o importante para la vida de una persona, siendo éstas en cualquier caso limitadas, insuficientes y demasiado severas en cuanto a los requisitos que cumplir.

El mismo TJCE se declara consciente de lo limitado de las vías de recurso judicial de las que disfruta el individuo en el seno de las CCEE. De hecho, es la única institución que en su informe sobre el funcionamiento de la Unión deja entrever que quizá el individuo no esté suficientemente protegido en la CE debido al prácticamente inaccesible sistema procesal. Si bien el TJCE en ningún momento sugiere una reforma del tratado que permita articular un recurso de amparo, sí al menos sugiere una reforma menor del art.173 TCE (recurso de anulación)⁵⁴³. Esta última hipótesis, que fue puesta en la agenda de la CIG⁵⁴⁴,

⁵⁴¹ CONF/3860/1/96 REV.1 *cit.*

⁵⁴² El Parlamento Europeo considera el no haber establecido este recurso de amparo como una de las debilidades del Tratado de Amsterdam (P.E. Direction Général de Commissions et Délégations. Commission Institutionnelle *cit.*).

⁵⁴³ "Cabe preguntarse, sin embargo, si el recurso de anulación previsto en el artículo 173 del Tratado de la CE y disposiciones concordantes de los otros tratados, recurso que los particulares sólo pueden interponer

fue finalmente descartada. Y así, el tratado de Amsterdam sólo realiza una reforma del art.173 TCE que no guarda ninguna relación con los derechos fundamentales (simplemente se añade al Tribunal de Cuentas como institución que, junto al Parlamento y al BCE puede presentar un recurso de anulación con el fin de salvaguardar sus prerrogativas). En cambio, la propuesta de reforma del TJCE que realmente afectaba a la efectividad del principio de tutela judicial efectiva fue desoída.

Lo limitado del alcance de la reforma de la ciudadanía también nos resulta destacable. El intento de dar un contenido real y amplio a los derechos de ciudadanía quedó abortado⁵⁴⁵ y las reformas en esta materia son mínimas. Tampoco prosperó la sugerente proposición (apadrinada por el Parlamento y alguna ONG) de abrir un estatuto a residentes legales con un tiempo de permanencia en la UE. Ello hubiera mejorado la imagen de una figura que se empieza a calificar como divisiva y que propicia el racismo y la xenofobia.

Ciertamente, cualquier mejora es bienvenida, y por tanto el Tratado de Amsterdam es bienvenido por cuanto mejora la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo los cambios resultan insuficientes y limitados, especialmente a la vista de lo progresista de algunas de las propuestas que habían sido sugeridas durante la celebración de la CIG.

La reforma fortalece el papel del TJCE con respecto a las posibles violaciones de derechos fundamentales de las que sean responsables las instituciones comunitarias y el del Consejo en relación a las eventuales violaciones de las que sean responsables los Estados.

En cuanto al TJCE, hay que admitir que ha llevado a cabo una labor encomiable en materia de protección de los derechos fundamentales para la cual partía de cero. Sin embargo consideramos llegado el momento de que deje de recaer sobre esta institución todo

contra los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que puedan resultar de la actividad legislativa de las instituciones” (punto IV.20 del informe del Tribunal de Justicia *cit.*)

⁵⁴⁴ CONF/3860/1/96 ADD.1 *cit.*

⁵⁴⁵ CONF/3883/97 *cit.*

el peso de la protección de los derechos fundamentales en un espacio con casi 374 millones de habitantes. Se hace necesario que, junto a las medidas judiciales, que siempre serán necesarias y que se seguirán encomendando al TJCE, se produzca una codificación de derechos en la parte dispositiva del Tratado, una verdadera catalogación (si es necesario, distinguiendo entre derechos de la persona humana y derechos del ciudadano de la UE) que no sea por mera referencia. Junto a ello, se haría también necesario mejorar las garantías judiciales, ampliando el acceso del individuo al TJCE a través de la creación de un recurso de amparo o de la reforma de los artículos 173, 175 y 184 TCE.

En cuanto a la posibilidad de que la CE castigue las violaciones persistentes de derechos fundamentales protagonizadas por sus Estados miembros, constituye un hito el que se haya accedido al control comunitario del cumplimiento nacional de los principios básicos de la UE y de los derechos fundamentales. Ello asegura la trayectoria democrática de los miembros. Sin embargo hubiese sido interesante que también se hubiera establecido un mecanismo de adopción de resoluciones que exigiese un quórum menos rígido e infranqueable para decidir la adopción de sanciones. En su actual redacción, el artículo F1 puede convertirse en letra muerta por el juego de las solidaridades entre los Estados.

En breve, se trata de una reforma bienvenida pero poco ambiciosa que entrará en vigor, previsiblemente, en otoño de 1998.