

A VUELTAS CON UNA VIEJA CUESTIÓN: LA ADHESIÓN DE LA CE/UE AL CEDH TRAS LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE

SUSANA SANZ CABALLERO

Profesora Doctora de la Universidad Cardenal Herrera-CEU
Titular de la Acción Jean Monnet

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. Primera opción para la UE: el mantenimiento del status quo. 2. Segunda opción para la UE: la redacción de una carta de derechos fundamentales propia. 3. Tercera opción para la UE: la redacción de una constitución europea con su parte dogmática. 4. Cuarta opción para la UE: la adhesión al CEDH.- **LOS TÉRMINOS DEL ACTUAL DEBATE SOBRE LA ADHESIÓN AL CEDH.** 1. Puntos débiles de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. 2. La posición actual de la Convención sobre el futuro de la UE. 3. La posición actual del Consejo de Europa.- **DE CARA AL FUTURO INMEDIATO...**

INTRODUCCIÓN

La relación entre la UE y el CEDH de la organización del Consejo de Europa es larga y tumultuosa. Ha pasado por etapas dulces de ensimismamiento mutuo pero también ha sufrido fases de profunda crisis en las que ambos se han ignorado y se han dado la espalda. En el momento actual, podríamos decir que las relaciones atraviesan, dentro de la calma y el respeto mutuo, por un momento un tanto curioso en el que los ya viejos conocidos vuelven a echarse los tejos con ambos miembros de la pareja sopesando el interés de intentar una unión más estrecha a través de la adhesión de la CE/UE al CEDH. Incluso la UE, en otras épocas reacia a esta unión, se muestra un poco más receptiva tras la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹ y el actual debate sobre la oportunidad de que una eventual Constitución Europea, además de incorporar el texto de la Carta, prevea la adhesión al CEDH².

Esta agitada historia tiene sus orígenes, como es de sobra conocido, en la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en los tratados constitutivos de las CCEE. La falta de previsión de una declaración de derechos fundamentales vinculante para unas organizaciones supranacionales que, sin embargo, a través de sucesivas reformas de sus textos constitutivos, iban adquiriendo cada vez más

poderes en materias hasta entonces gestionadas y legisladas por los Estados, llevó a abogar por la adhesión de la antigua CEE (o incluso, de todas las CCEE, en su caso³) al emblemático convenio que había sido auspiciado por el Consejo de Europa en 1950 para velar por la protección de los derechos civiles y políticos.

Parecía que la afinidad ideológica y la similitud geográfica sugerían tal matrimonio de conveniencia. Al fin y al cabo, todos los Estados integrantes de las CCEE eran democráticos, respetuosos de los derechos humanos, miembros del Consejo de Europa y, más pronto o más tarde, todos ellos indefectiblemente se habían ido convirtiendo en Estados contratantes del CEDH⁴ y de buena parte de sus protocolos adicionales⁵.

Uno de los mayores entusiastas de la idea en el seno de la actual Unión fue siempre la Comisión, seguida muy de cerca por el Parlamento Europeo⁶. En su Memorándum sobre la Adhesión de las CCEE al CEDH de 4 de Abril de 1979⁷, la Comisión entendió que la opción de la adhesión de las CCEE al CEDH era el modo más práctico y fácil de salvar la incómoda situación por la que el gigante económico y político se tornaba enano cuando se trataba de derechos fundamentales. Sin embargo, la adhesión al CEDH no ha sido la única alternativa barajada para paliar el vicio de origen que se le achacaba a las CCEE y que constituye, sin duda, una de las manifestaciones más claras de su déficit democrático. Otras han sido también consideradas y han recibido más o menos apoyos según el momento.

Históricamente, se puede decir que las instituciones de la UE han procurado otorgar una mayor visibilidad a los derechos fundamentales y paliar la ausencia de un listado de derechos que comprometiera a la UE, o anteriormente a las CCEE, de cuatro maneras distintas, cada una de las cuales ha gozado de más o menos éxito a oleadas, en diferentes momentos de la construcción europea. Al margen de la que está siendo aquí considerada (la adhesión al CEDH), cabe señalar otras tres: 1. mediante el mantenimiento del status quo, 2. mediante la redacción de una carta propia de derechos fundamentales que fuera incluida en los tratados

1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza el 7 de Diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión y la Comisión Europea (DOCE C 364/01 de 18 de Diciembre de 2000).

2. La Convención sobre el futuro de Europa -que comenzó sus trabajos en Marzo de 2002- ha creado en su seno un grupo de trabajo sobre el papel de los derechos fundamentales presidido por el Comisario Antonio VITORINO cuya labor se ha centrado en dos puntos principalmente: el interés de otorgar a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE valor vinculante a través de su eventual inclusión en la Constitución Europea que se pueda consensuar y la conveniencia de que dicho texto constitucional prevea la adhesión al CEDH (CONV 77/02 de 5 de Junio de 2002).

3. Según qué documento se consulte, se aboga por la adhesión de la CE al CEDH, o bien de las tres CCEE, o incluso de la UE. Este baile de candidatos demuestra bien a las claras que se coincide en el interés, pero se duda sobre cuál debería ser la fórmula jurídica.

4. Incluso Francia, tras un período reticente, acabó ratificando el CEDH el día 3 de Mayo de 1974.

5. Hay que tener en cuenta, además, que hoy día todos los candidatos a miembros de la Unión son Estados parte en el CEDH.

6. Véase, p.ej. el Informe de M. GONELLA ante el Parlamento Europeo sobre la Adhesión de las CCEE al CEDH de 15 de Octubre de 1982, Resolución del Parlamento Europeo sobre la Adhesión al CEDH de 18 de Enero de 1994 y Nota de Análisis del Dictamen 2/94 del TJCE sobre la Adhesión al CEDH de 12 de Junio de 1996.

7. EC Bull. Supp.5/76.

constitutivos con efecto directo y 3. mediante la redacción de una constitución europea con su propia declaración de derechos.

1. Primera opción para la UE: el mantenimiento del *status quo*

¿Qué significa la primera posibilidad que enumeramos? El mantenimiento del *status quo* significa que, en ocasiones, las instituciones europeas han considerado que los derechos fundamentales estaban suficientemente protegidos como lo habían sido hasta ese momento, sin que fuera necesario promover nuevas iniciativas para hacerlos más visibles. En este sentido, la protección pretoriana asegurada a los derechos fundamentales por el TJCE desde finales de los años sesenta, se estimaba suficiente. El TJCE es la institución que ha intentado paliar con mayor tesón la inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales completo y general para las CCEE antes, y para la UE actualmente, a través de una jurisprudencia de base economicista y en la que, obviamente, no pierde de vista los objetivos comunitarios.

No fue hasta 1969 que el TJCE empezó a interesarse por los derechos fundamentales. De hecho, en los años anteriores el TJCE siempre había rechazado dictar sentencia en asuntos que le habían sido presentados y en los que algún particular alegaba una supuesta violación de derechos cometida por alguna institución comunitaria. La razón de la negativa del TJCE a dictar sentencia sobre el fondo en dichos asuntos era porque ante un acto comunitario que supuestamente afectase a sus derechos, los individuos y las empresas fundamentaban su recurso contra las CCEE en la declaración de derechos de su respectiva Constitución. Hasta cierto punto, se comprende la actitud de estos particulares: puesto que la CE carecía de una declaración de derechos propia y vinculante en la que uno se pudiera apoyar para reclamar contra una institución comunitaria que con su acto o su omisión hubiera dañado sus derechos fundamentales, al particular no le quedaba otro remedio que basar su demanda en la declaración de derechos del país del que provenía y que sí respetaba esos derechos en su actuación. Pero la actitud de rechazo del TJCE a este tipo de asuntos también era impecable: una institución comunitaria sólo era competente y sólo tenía como misión aplicar correctamente el Derecho Comunitario, no el derecho interno de ningún Estado, aunque se tratase de una norma constitucional.

Sin embargo, en el trasfondo de la actitud del TJCE se vislumbra el temor a ser el virtual artífice de la destrucción de dos principios básicos del ordenamiento comunitario como son su primacía y su autonomía. Primacía en la aplicación de las normas comunitarias de modo preferente a cualquier norma de los Estados miembros que pueda resul-

tar incompatible con ellas. Y autonomía del ordenamiento comunitario con respecto al de los Estados miembros o, dicho de otro modo, la defensa del planteamiento de que el Derecho Comunitario no es un derecho que dependa del de los Estados miembros, sino que tiene sus propias fuentes de producción normativa, su propia especificidad, sus propios métodos de sanción en caso de infracción⁸.

Pero pronto comenzaron las protestas dentro de los Estados con argumentos igualmente impecables desde el punto de vista jurídico: ¿cómo podía ser que al ceder competencias a las CCEE el individuo perdiera la posibilidad de beneficiarse y alegar en su favor derechos fundamentales que hasta ese momento sí se protegían en el plano interno a través de la Constitución? ¿Podía hacerse una dejación de competencias soberanas en detrimento de derechos subjetivos?

A agravar la situación contribuyó un factor externo consistente en que algunos tribunales constitucionales de Estados miembros (especialmente el italiano y el alemán) demostraron su descontento con el TJCE por esa actitud inhibicionista y comenzaron lo que se ha dado en llamar la rebelión de los tribunales constitucionales. Este fenómeno consistió en toda una amenaza velada y un reto de ambos tribunales al TJCE y al ordenamiento comunitario. En opinión de estos tribunales la transferencia de competencias soberanas que Italia y Alemania habían realizado en favor de las CCEE no debería conllevar en ningún caso el otorgar carta blanca a las instituciones comunitarias para que conculcaran derechos protegidos constitucionalmente en esos Estados. De otro modo, Italia y Alemania se verían obligadas a controlar la constitucionalidad del Derecho Comunitario. En otras palabras: estos altos tribunales amenazaban con aplicar como parámetro para medir la legalidad del Derecho Comunitario las declaraciones de derechos de sus propias constituciones, lo cual, si se llevaba a la práctica, pondría en peligro toda la construcción comunitaria basada en la autonomía y la primacía del ordenamiento comunitario sobre el de los Estados. En definitiva, con este argumento ambos tribunales demostraban su negativa a aceptar que una cesión de soberanía a las CCEE pudiese acarrear una disminución en el nivel de protección de los derechos fundamentales con respecto al nacional⁹.

Como consecuencia de estos factores externos, el TJCE cambió en 1969 su discurso hacia los derechos fundamentales y su actitud hacia los asuntos que le llegaban sobre la materia, empezándose a declarar garante de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario. Pero lo hizo mediante una fórmula sumamente sagaz e imaginativa que puso a salvo la primacía y la autonomía del ordenamiento comunitario. Obviamente, el TJCE no podía manifestar que respetaba tal o cuál derecho por estar recogido en la Constitución de un determinado Estado miembro.

8. Sentencias del TJCE inadmitiendo casos sobre derechos fundamentales como la del caso C-1/58 FRIEDRICH STORK/ALTA AUTORIDAD de 4 de Febrero de 1959, Rec.1959, pp.43ss. o C-40/64 MARCELLO SGARLATA/COMISIÓN de 1 de Abril de 1965, Rec.1965, pp.279ss. dan fe de esta etapa del TJCE que se ha dado en llamar inhibicionista.

9. Véase, a este respecto, las críticas que los tribunales constitucionales alemán e italiano hacían al ordenamiento comunitario por su falta de garantías a los derechos fundamentales en las sentencias del TC italiano de 27 de Diciembre de 1973 FRONTINI n°183/73 y TC alemán de 29 de Mayo de 1974 SOLANGE caso 37 BverfGe.

Tampoco tenía la posibilidad de decir que lo protegía por estar contenido en los tratados constitutivos de las CCEE, porque los tratados prácticamente no mencionaban ningún derecho fundamental. En la sentencia STAUDER de 12 de Noviembre de 1969¹⁰, el TJCE anunció lo siguiente: ante la ausencia de competencias atribuidas explícitamente a las CCEE en materia de derechos fundamentales, los derechos no recogidos en los tratados constitutivos (la mayoría) serán protegidos por medio de otra fuente del Derecho Comunitario poco invocada hasta aquél entonces: los principios generales del Derecho Comunitario.

De este modo quedaba salvaguardada la independencia del ordenamiento comunitario ya que el TJCE no protegería los derechos fundamentales por estar contenidos en las constituciones de los Estados miembros (que era lo que le habían pedido los particulares hasta el momento) sino porque los derechos fundamentales formaban parte de algunos principios generales del Derecho Comunitario. Con el recurso a este mecanismo, el TJCE no se veía obligado a apoyarse en una fuente ajena al ordenamiento comunitario, sino en una fuente propia pero que prácticamente no había sido utilizada hasta aquél entonces en el derecho comunitario, que es predominantemente escrito. Así, la cuestión ya no sería la compatibilidad de un acto comunitario con el derecho constitucional de los Estados, sino más bien la necesidad de apreciar la validez jurídica de un acto comunitario sobre la base de una norma comunitaria. Los principios generales del Derecho Comunitario se acababan de convertir en el modo de positivizar los derechos fundamentales ante la carencia de base jurídica de los tratados en este campo concreto.

Esta fue la salida airosa que ideó el TJCE para evitar que se viese minada la credibilidad del sistema jurídico comunitario. De otra forma, esto es, si el TJCE hubiese persistido en la línea jurisprudencial de inadmitir asuntos relativos a derechos fundamentales mientras que, sin embargo, iban aumentando las competencias de las CCEE en diferentes ámbitos acrecentándose así la posibilidad de que la acción comunitaria violase derechos fundamentales, ello hubiera supuesto el fin o la quiebra de la primacía del Derecho Comunitario y por tanto de la singularidad comunitaria.

Desde 1969 hasta ahora el método de protección de los derechos fundamentales en las CCEE ha sido construido y monopolizado por el TJCE (ayudado en esta labor por el TPI desde su creación en 1988) dando muestras de un claro activismo judicial. El TJCE nunca ha definido qué entiende por principios generales del Derecho Comunitario. Pero poco a poco ha ido sofisticando su modo de aproximación a estos principios que protegen los derechos fundamentales, y así nos ha dado guías para saber en qué se inspira cuando dice que un derecho fundamental constituye

efectivamente el contenido de un principio que el ordenamiento comunitario protege. El TJCE ha identificado incluso dos fuentes de inspiración: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, por un lado, y los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que los Estados miembros sean parte¹¹, y muy especialmente el CEDH, por otro¹².

Ambas constituyen fuentes de inspiración flexibles y cómodas para el TJCE. La primera de ellas le permite utilizar algún derecho contenido en alguna Constitución o en alguna norma jurídica de algún Estado miembro a su libre albedrío o bien descartarlo, sin sentirse obligado a aceptar como derecho fundamental exigible en el ordenamiento comunitario todos y cada uno de los derechos fundamentales contenidos en todas las constituciones de los Estados miembros. En definitiva, esta fuente de inspiración le sirve para seleccionar de entre los derechos fundamentales recogidos en las constituciones de los Estados aquéllos que le parecen que más se adecuan a la idiosincrasia comunitaria o cuya protección es más conveniente en el ámbito de las CCEE.

De modo similar e igual de flexible, el TJCE viene utilizando como segunda fuente de inspiración los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que los Estados miembros de las CCEE sean parte. Ha llegado incluso más lejos, declarando el papel especial que reviste en esta materia el CEDH, tratado que ha sido ratificado por todos ellos. De nuevo nos encontramos ante un instrumento fácil para el TJCE, una fuente de inspiración que le sirve para localizar y seleccionar aquellos derechos contenidos en tratados internacionales que crea que son más útiles en el ámbito comunitario y descartar la aplicación de otros. De hecho, utilizando el convenio al que más acude el TJCE para inspirarse, el CEDH, en ocasiones este tribunal ha invocado algún derecho del convenio y otras no, según fuera su interés –pese a que a lo mejor en este último supuesto alguno de los derechos entrase de lleno en la resolución del asunto–. Es más, cuando ha decidido usar algún derecho del CEDH, casi siempre ha respetado la interpretación que de ese derecho hacía el intérprete oficial del CEDH, que es el TEDH, pero en ocasiones ha hecho una lectura un poco más libre de la disposición. Ello lleva aparejado el riesgo claro - que hoy día es más una certeza que una mera posibilidad- de que en alguna sentencia del TJCE relativa a un asunto sobre derechos fundamentales interprete una disposición del CEDH o de sus protocolos adicionales de manera dispar a como el propio TEDH ha interpretado esa misma disposición en su jurisprudencia. La inseguridad jurídica que esta situación genera no es desestimable¹³.

En definidas cuentas, sin duda la labor del TJCE a través de su protección casuística de los derechos fundamentales ha sido encomiable. Con ella ha llenado un vacío que

10. Sentencia del TJCE STAUDER/COMISIÓN de 12 de Noviembre de 1969, C-29/69, Rec.1969, pp.419ss.

11. Sentencia del TJCE de 14 de Mayo de 1974, NOLD/COMISIÓN, C-4/73, Rec.1974, pp.491ss.

12. Sentencia del TJCE de 13 de Diciembre de 1979, LISELOTTE HAUER/LAND RHEINLAND-PFALZ, C-44/79, Rec.1979, pp.3727ss.

13. La jurisprudencia divergente afecta a derechos como la inviolabilidad del domicilio, los derechos de la defensa, la no discriminación por razón de orientación sexual o el derecho de propiedad.

existía en el orden comunitario, pero, de algún modo, cabe criticar a este método de protección el que el TJCE haya podido decidir, quizá demasiado libremente, qué derechos creía que debían ser protegidos en el ámbito comunitario y cuáles no.

2. Segunda opción para la UE: la redacción de una carta de derechos fundamentales propia

Seguidamente está la opción que se ha impuesto en los últimos tiempos, a saber, la redacción por parte de la propia UE de una carta de derechos fundamentales para regir su actividad. Esta posibilidad fue abordada por el Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de Junio de 1999, que encomendó a un grupo de expertos formado por representantes del Parlamento Europeo, representantes de los parlamentos nacionales de los 15 Estados miembros, representantes de los gobiernos de los Estados miembros y un representante de la Comisión, la elaboración de una carta de derechos fundamentales (órgano que se auto-proclamó de forma quizá un poco pomposa "la Convención"). Interesa añadir que junto a los miembros de pleno derecho de la Convención, en Colonia se decidió que este órgano también contase con observadores. En calidad de observadores, actuaron representantes del Tribunal de Justicia, del Defensor de Pueblo, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones. Pero el dato que más conviene recordar en estos momentos es que la Convención contó asimismo con dos observadores del Consejo de Europa, y más concretamente, de su TEDH¹⁴. En otras palabras: la UE quiso contar para redactar su documento principal sobre derechos fundamentales con quien es el referente en toda Europa en dicha materia, la organización del Consejo de Europa. Posteriormente, el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de Octubre de 1999 estableció el método de trabajo de este equipo de expertos estableciendo un plazo de tiempo para terminar sus trabajos.

El 7 de Diciembre de 2000 fue proclamada solemnemente durante la cumbre de Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵. La Carta fue elaborada por ese atípico equipo de trabajo que se autodenominó la "Convención". A lo largo de unos pocos meses (menos de

un año), la Convención redactó un interesante, extenso y curioso documento sobre los derechos fundamentales que consta de 54 artículos, que agrupa los derechos en innovadoras (y quizá innecesarias) categorías, que reúne en un solo texto derechos universales y otros exclusivos de los ciudadanos de la UE, que incluye derechos clásicos junto a otros más novedosos y llamativos (p.ej. la libertad de empresa, la protección de los consumidores, el acceso a servicios de colocación gratuitos, el acceso a servicios de interés económico general...) y que dice recoger en un único texto los derechos dispersos en el TUE y los tratados comunitarios, en el CEDH, las Cartas Sociales adoptadas por la CE y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del TJCE y del TEDH.

Ciertamente, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no se parece a ningún convenio o declaración de derechos fundamentales de los que han sido adoptados hasta el momento en el plano universal o regional. Y ello pese a que, en realidad, la mayoría de los derechos que contiene son ya conocidos por tratarse de derechos fundamentales clásicos. Varias son las razones de la singularidad de este documento: en primer lugar, el hecho de que junto a auténticos derechos, mezcle principios y valores. En segundo lugar, el hecho de que reúna en un solo texto derechos de primera, segunda y unos pocos derechos de tercera generación, es decir muchos más de los que incluyen el CEDH y sus protocolos adicionales. En tercer lugar, el dato curioso de que haya creado una nueva clasificación de derechos, que huye de conceptos ya acuñados como son los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales¹⁶. En cuarto lugar, este texto, como no podía ser menos, se hace eco de los nuevos tiempos e incorpora las situaciones que provocan las nuevas tecnologías, la lucha por la abolición de la pena de muerte o la protección de los datos personales. Pero con esto la Carta en realidad no innova nada. Sólo asume como propio, "toma prestado" lo que le ha costado consensuar décadas al Consejo de Europa. En este sentido, cabe decir que el Consejo de Europa le ha despejado mucho el terreno a la UE. Para demostrarlo, baste recordar el Prot.6 al CEDH de 1983 sobre la abolición de la pena de muerte¹⁷ o el Convenio de Oviedo de 1997 sobre la dignidad humana ante los avances de la biología y la medicina y su protocolo adicional de 1998 sobre la prohibición de crear seres humanos

14. Los observadores del TEDH no participaron en la toma de decisiones de la Convención, al igual que ocurrió con el resto de observadores de este órgano. Sin embargo, sus contribuciones y aportaciones escritas fueron publicadas como documentos de la Convención.

15. Sobre la misma, puede consultarse: SANZ CABALLERO, S.: "La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: Un Essai de Démolition", en *Droits de l'Homme: Souveraineté et Ingérence*, Ed. REMALD, Série Thèmes actuels n.37, Marrakech, 2002, pp.189ss.; RODRÍGUEZ BEREJO, A.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Noticias de la Unión Europea*, 2001, n.º202, pp.9ss.; VITORINO, A.: "La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne", en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, n.º3, pp.499ss.; ALONSO GARCÍA, R.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, sept.-oct. 2000, n.º209, pp.3ss.; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: "La Convention sur la Charte des Droits Fondamentaux et le Processus de Construction Européenne", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2000, n.º437, pp.223ss.; DIX, W.: "Charte des Droits Fondamentaux et Convention. De Nouvelles Voies pour Réformer l'UE?", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2001, n.º448, pp.305ss.; CARRILLO SALCEDO, J.A.: "Notas sobre el Significado Político y Jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Enero-Junio 2001, n.º9, pp.7ss.; DE BÚRCA, G.: "The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights", en *European Law Review*, 2001, n.º26, pp.126ss.; LINÁN NOGUERAS, D.J.: "Derechos Humanos y Unión Europea", en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2000, vol.IV, pp.363ss.; DEL POZO RUÍZ, F.: "Diez Notas a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, Marzo 2001, n.º7/8, pp.60ss.; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: "Droits de l'Homme. La Charte des Droits fondamentaux et au delà", en *Jean Monnet Working Papers*, 2001, n.º10/01; McCRUDDEN, C.: "The Future of the EU Charter of Fundamental Rights", en *Jean Monnet Working Papers*, 2001, n.º10/01; BÚRCA, G.: "The Charter and Beyond", en *Jean Monnet Working Papers*, 2001, n.º10/01.

16. En la Carta se habla de derechos de dignidad, de libertad, de legalidad, de solidaridad, de ciudadanía y de justicia a lo largo de seis capítulos diferentes.

17. El CEDH ha sido complementado por un nuevo protocolo que se refiere a esta materia: el Protocolo 13 de 3 de Mayo de 2002 sobre la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia.

clónicos¹⁸ o el convenio de 1981 sobre la protección de la persona en los procesos automáticos de gestión de datos personales¹⁹. Todos estos tratados han sido auspiciados por el Consejo de Europa y su contenido queda reflejado e incorporado a la Carta como una especie de *acquis* europeo. En quinto lugar, la Carta mezcla derechos con distinto destinatario o titular: algunos derechos son universales, es decir, disfruta de ellos cualquier persona. Otros tienen como titular a los residentes legales en la Unión y otros tienen un beneficiario todavía más restringido puesto que son coto exclusivo de los ciudadanos de la Unión. Resulta criticable la protección de derechos fundamentales particulares de ciudadanos de la UE cuando sin embargo, la protección de los derechos en el seno del Consejo de Europa es universal. En sexto lugar, los derechos acuñados reflejan una visión humanista de la sociedad, pero también capitalista y liberal (p.ej. la libertad de empresa o la protección de los consumidores). En séptimo lugar, la Carta reúne derechos hasta ese momento dispersos y provenientes de distintas fuentes, como puedan ser los propios tratados constitutivos, especialmente tras la reforma de Amsterdam de 1997, el CEDH y la Carta Social Europea Revisada del Consejo de Europa, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la jurisprudencia del TJCE y también la del TEDH.

Sin embargo, es necesario recordar que la Carta de la UE carece de alcance jurídico vinculante. En Niza se postergó la decisión sobre su obligatoriedad. Por tanto, hoy día su valor es el de mera declaración de intenciones, pese a la evidente buena voluntad del Parlamento Europeo y de la Comisión, que han declarado que velarán por su recta aplicación²⁰. Sin embargo, el TJCE hasta el momento no ha citado la Carta en su jurisprudencia, aunque sí lo han hecho los abogados generales en sus conclusiones²¹.

3. Tercera opción: la redacción de una constitución europea con su parte dogmática

Esta posibilidad ha estado en boga en varios momentos de la evolución comunitaria. Cabe recordar el progresista proyecto de Tratado de la Unión Europea del año 1984, así como también la iniciativa de dotar a la UE de una Constitución, promovida de modo sucesivo por los parlamentarios HERMAN y OREJA en 1994²². Sin embargo, todas estas propuestas fueron abortadas antes de llegar a nacer.

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

18. El convenio de Oviedo tiene un nuevo protocolo adicional sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen Humano de 24 de Enero de 2002.

19. Este convenio cuenta a su vez con un protocolo adicional cuya fecha es posterior a la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (8 de Noviembre de 2001). Dicho protocolo versa sobre las autoridades supervisoras y los flujos transfronterizos de datos personales.

20. Huelga comentar que el aplazamiento de la discusión sobre su valor ha provocado cierta decepción. No en vano, la Convención llevó a término sus trabajos en la idea de que sería incluida en los tratados, bien en su texto principal, bien en un protocolo adicional a los mismos.

21. Desde la proclamación solemne de la Carta, son varios los abogados generales que han citado artículos de la Carta en sus conclusiones. En todas las ocasiones, han usado la Carta como argumento añadido, a mayor abundamiento, nunca como fundamento único en el que basen su propuesta de sentencia. En la mayoría de las conclusiones aunque no en todas, los respectivos abogados generales encargados de los casos explican los motivos que les han llevado a mencionar un instrumento de carácter más político que jurídico y que no goza hoy por hoy de valor obligatorio. Para ello aluden a razonamientos como que la Carta, pese a no constituir una norma de *ius cogens* propiamente dicha, proporciona una fuente preciosísima del común denominador de los valores jurídicos primordiales en los Estados miembros de donde emanan, a su vez, los principios generales del derecho comunitario (conclusiones del abogado general Dámaso RUIZ-JARABO de 4 de Diciembre de 2001 al asunto C-208/00 ÜBERSEERING BV/NCC NORDIC CONSTRUCTION COMPANY pto.59) o que constituye la expresión, al más alto nivel, de un consenso político democráticamente elaborado sobre lo que hoy debe considerarse como el catálogo de los derechos fundamentales, garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario (conclusiones del abogado general Jean MISCHO presentadas el 20 de Septiembre de 2001 al asunto C-20/00 y C-64/00 BOOKER AQUACULTURE LTD/SCOTTISH MINISTERS pto.126) o que constituye un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales porque pese a su ausencia de fuerza jurídica obligatoria, la naturaleza de los derechos enunciados en la misma impide considerarla como una simple enumeración de principios meramente morales y sin consecuencia entre los Estados miembros (conclusiones del abogado general Philippe LÉGER presentadas el 10 de Julio de 2001 al asunto C-353/99P CONSEJO DE LA UNIÓN/HEIDI HAUTALA, pto.80-83). Incluso en algún litigio, el abogado general llega a citar, junto al artículo correspondiente de la Carta, las explicaciones a dicha disposición elaboradas por el Praesidium de la Convención (conclusiones del abogado general Jean MISCHO presentadas el 22 de Febrero de 2001 al asunto C-122/99P D Y REINO DE SUECIA/CONSEJO DE LA UNIÓN pto.97). En otras ocasiones, los abogados generales han citado la carta pero sin molestarse en razonar por qué acuden a este documento (conclusiones del abogado general Stiegbert ALBER de 1 de Febrero de 2001 al asunto C-340/99 TNT TRACO SPA/POSTE ITALIENE SPA pto.94; conclusiones del abogado general Christine STIX-HACKL de 6 de Diciembre de 2001 al asunto C-224/00 COMISIÓN/ITALIA pto.58; conclusiones del abogado general F.G. JACOBS de 22 de Marzo de 2001 al asunto C-270/99P Z/PARLAMENTO EUROPEO, pto.40; conclusiones del abogado general F.G. JACOBS de 14 de Junio de 2001 al asunto C-377/98 PAÍSES BAJOS/PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN pto.197 y 210; conclusiones del abogado general F.G. JACOBS de 21 de Marzo de 2002 al asunto C-50/00 UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES/CONSEJO pto.39). Pero en última instancia, lo que todas estas menciones a la Carta demuestran es que los abogados generales consideran que, para los asuntos que versen sobre derechos fundamentales, la Carta resume el sentir común de la UE y constituye un documento básico de referencia. Pero si los abogados generales han sido generosos en la profusión de citas al nuevo instrumento de la UE en el ámbito de los derechos fundamentales, el TJCE no ha podido resultar, en cambio, más parco en su utilización. Ninguna de las sentencias del TJCE cita una sola vez la Carta. Ni siquiera aquellas en las que previamente el abogado general correspondiente se lo hubiera sugerido. Parece, además, que en un futuro próximo no es previsible que el TJCE cambie de actitud. La decisión de los Estados miembros de negar vinculatoriedad a la misma es la razón del proceder de los jueces de Luxemburgo. Resulta, sin embargo, excesivamente prudente la actitud del tribunal cuando a lo largo de décadas de actividad viene citando en su jurisprudencia otros muchos documentos producidos por las instituciones en el seno de la Unión y que, al igual ocurre con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, carecen de valor jurídico obligatorio, como es el caso de la Resolución del P.E. de 27 de Abril de 1979 sobre la Protección de los Derechos Fundamentales (JOCE C127), la Declaración Conjunta de la Comisión, el Consejo y el Parlamento sobre Derechos Fundamentales (JOCE C103 de 4 de Abril de 1977) o la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de Diciembre de 1989 (BOCE n°12/89). En cambio y paradójicamente, el TPI no ha demostrado tanta precaución ni exagerado celo como los jueces del TJCE. El TPI -que auxilia al TJCE en su labor judicial- sí ha citado en al menos tres ocasiones la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. En la primera ocasión que lo hizo, la citó pero para, a renglón seguido, descartar su aplicación por haber sido alegada en un asunto cuyos hechos se produjeron antes de la proclamación solemne de la misma en la cumbre de Niza de Diciembre de 2000 (sentencia del TPI de 20 de Febrero de 2001 al asunto T-112/98 MANNESMANNRÖHREN-WERKE AG/COMISIÓN pto. 76). En los otros dos litigios en los que el TPI citó la Carta lo hizo como punto de apoyo para confirmar algún argumento que, en cualquier caso, también se derivaba de otras fuentes que se citaban como son las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, el CEDH o la propia jurisprudencia del TPI y del TJCE (sentencias del TPI de 30 de Enero de 2002 al caso T-54/99 MAX MOBIL TELEKOMMUNIKATION SERVICE pto.48 y 57 y sentencia de 3 de Mayo de 2002 al caso T-177/01 JÉGO-QUÉRÉ ET CIE SA pto.42, 43 y 47).

22. DO C P.E. A-0064/94.

no le ha sido otorgado poder constituyente²³. Además, no existe un pueblo europeo, ni un Estado federal. A ello se añade el que el proyecto final sería sometido al visto bueno de los Estados miembros²⁴. HILF recuerda que el uso del término "Constitución" no significa que estemos ante un Estado europeo, sino únicamente que estamos ante un documento que establecería, en su caso, "la estructura básica de una entidad jurídica"²⁵. 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, un sistema institucional con una misión y un funcionamiento transparente y democrático, una división de poderes y, lo que más nos interesa resaltar en estos momentos, una enumeración de derechos fundamentales con garantías judiciales²⁶. En definitiva, aunque el término se reserva para el texto legal fundamental de un Estado soberano, lo cierto es que también en lenguaje más coloquial ha venido a significar el documento que recoge los principios básicos de un ordenamiento jurídico.

Desde este último punto de vista (el de Constitución como texto que recoge los principios fundamentales de un ordenamiento) es desde el que hay que entender el establecimiento de la segunda Convención, la Convención sobre el futuro de la UE²⁷, presidida por Valérie GISCARD D'ESTAING la cual, desde Marzo de 2002, está intentando debatir y llegar a un acuerdo sobre un texto de corte constitucional para su presentación a los representantes de los Estados en el seno de la CIG que tendrá lugar en 2004. A la vista del éxito del trabajo y la buena crítica recibida por la primera Convención (la encargada en el año 2000 de redactar una declaración de derechos fundamentales para la UE) el Consejo Europeo ha optado por segunda vez en su historia por este método de trabajo.

La Convención sobre el futuro de la UE es consciente de que, si pretende redactar un documento que pueda erigirse en la base estructural de todo el ordenamiento comunitario, en él debe desempeñar un papel especialísimo la enunciación de unos derechos fundamentales y su protección judicial. Por ello, ha establecido en su seno un grupo de trabajo sobre "la Carta" cuyo principal cometido es estudiar el papel que deben desempeñar los derechos fundamentales en el futuro de la UE.

¿Y cuáles son de momento las propuestas de futuro que se hacen sobre la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en un futuro texto constitucional y

sobre el valor jurídico de la misma, ahora que aún está abierto el trabajo de la segunda Convención y, dentro de ella, el del grupo II sobre los derechos fundamentales? El grupo de trabajo se decanta por la inclusión del contenido completo del articulado de la Carta en un futuro tratado constitucional, destacándose en particular, las expectativas en materia de visibilidad y transparencia que tal alternativa cubrirían en la UE. Además, parece que a los planteamientos del grupo han sido receptivos el resto de los convencionales. Si finalmente ésta es la propuesta, sólo queda esperar que también los Estados adopten la posición de la Convención en la materia y dejen (sobre todo algunos de ellos) de considerar que la Carta es un ataque a su soberanía nacional. Por tanto, a la pregunta que se hacía el grupo sobre si integración de la Carta sí/integración de la Carta no, parece que se responde afirmativamente²⁸ con lo que el grupo ha pasado a una segunda fase de discusión en la que se ocuparía de dos cuestiones principalmente: 1) el elenco de fórmulas posibles para la integración de la Carta y 2) el estudio de la necesidad o no de modificar algunas de las disposiciones de la Carta antes de su integración.

Con respecto a las modalidades de integración de la Carta (el cómo), el grupo ha debatido sobre posibilidades para todos los gustos pero siempre con el objetivo único de convertir este texto en vinculante: desde la inclusión del texto íntegro de la Carta al principio del tratado constitucional, en su parte dogmática, como un capítulo de dicho tratado, pasando por su inclusión en el tratado en un acto jurídico separado pero anexo al mismo (p.ej. en forma de protocolo) o incluso la mera referencia a la Carta de manera indirecta en algún artículo del tratado (sin transcribir su articulado) -p.ej. en el art. 6.2 TUE junto a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la mención al CEDH²⁹. Sin embargo, por razones de legibilidad, el grupo parece decantarse por la primera posibilidad³⁰.

Con respecto a la necesidad o no de modificar la Carta antes de integrarla en el tratado, los miembros del grupo y todos los convencionales en general son conscientes de que entran en arenas movedizas: está demasiado reciente la proclamación de la Carta para su modificación. Pese a las críticas que puede haber suscitado su contenido, no parece el momento para revisar este documento. Además, la credibilidad de la primera Convención quedaría en entredicho si esto ocurriera, y la segunda Convención es consciente que ello podría afectar a su propia credibilidad, puesto que ha sido creada a imagen y semejanza de la primera. Por eso, el

23. LA PERGOLA, A.: "¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?", en *La Constitución Europea*, 1994, Marcelino Oreja (director), Actas, Madrid, pp.43ss., pp.45 y 47.

24. OREJA AGUIRRE, M.: "Palabras Finales", en *La Constitución Europea*, Marcelino Oreja (director), 1994, Actas, Madrid, pp.323ss., p.324.

25. HILF, M.: "la Constitución Europea: Principios Básicos y Derechos Humanos", en *La Constitución Europea*, Marcelino Oreja (director), 1994, Actas, Madrid, pp.53ss., p.55.

26. OREJA: cit., p.324.

27. Sobre los retos que se le plantean a la Convención, véase: WEILER, J.H.H.: "A Constitution for Europe? Some Hard Choices", en *JMCS*, 2002, vol.40, n.4, pp.563ss.

28. CONV 203/02 de 18 de Julio de 2002.

29. Art. 6.2 TUE: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario".

30. CONV 354/02 de 22 de Octubre de 2002.

grupo de trabajo opta por re-afirmar el respeto íntegro de la Carta y se decanta por no abrir nuevos debates sobre el fondo del asunto. Sin embargo, sí consideran que sería necesario realizar una serie de ajustes técnicos de redacción, casi gramaticales, en el capítulo VII de la misma (las disposiciones generales³¹, conocidas como cláusulas horizontales³²) así como estudiar los problemas de compatibilidad que se producen entre algunos derechos mencionados en la Carta que aparecen duplicados en los tratados constitutivos de las CCEE y cuyo tenor literal no es exactamente el mismo en ambas instancias, lo cual podría dar lugar a fricciones³³.

4. Cuarta opción para la UE: la adhesión al CEDH

La última opción, por supuesto, sería la adhesión de las CCEE al CEDH algo que gozó de muchos apoyos hasta que la UE decidió finalmente redactar una declaración propia. Desde luego, la adhesión no se podía tomar a la ligera ni defenderse de manera superficial. Esta alternativa era merecedora de un estudio en profundidad que reflejara sus ventajas e inconvenientes, sus pros y sus contras. Parecía evidente que si se optaba por esta vía, no todo sería un camino de rosas. Algunos de los obstáculos y de las complicaciones que acarrearía la adhesión serían los siguientes:

dado que el CEDH es un convenio de mínimos, ¿la adhesión sería al CEDH o también a sus protocolos? ¿Los Estados contratantes del CEDH deberían previamente reformar este convenio a fin de permitir la adhesión de una (o varias) organizaciones internacionales? ¿Qué composición tendría el TEDH? ¿Junto a los correspondientes jueces nacionales, se nombraría uno comunitario o este último sustituiría a los quince jueces nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión? ¿En qué lugar quedaría el principio de autonomía del Derecho Comunitario si el TJCE se encontrase con un tribunal jerárquicamente superior a él en materia de derechos fundamentales? ¿Significaría ello la pérdida de su monopolio en la interpretación del Derecho Comunitario? Y, por último, si la adhesión fuera de la CE o las CCEE y no de la UE —ya que ésta última no tiene hoy día personalidad jurídica internacional—, ¿no se mantendría entonces la polémica en torno a la falta de catálogo de derechos fundamentales en relación con los dos pilares intergubernamentales?

Pese a los evidentes problemas técnico-jurídicos y políticos que plantea la manifestación del consentimiento en obligarse de una (o más) organizaciones internacionales a un convenio auspiciado por otra, a principios de la década de los 90 la posibilidad de que la CE se adhiriera al CEDH se antojó más próxima y sería a raíz del fracaso de otras opciones, como la de la redacción de una Constitución euro-

31. Sobre los problemas que plantean las cláusulas horizontales, véase: ALONSO GARCÍA, R.: "The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the EU", en Jean Monnet Working Papers 2002, n.4 y LIISBERG, J.B.: "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?", en Jean Monnet Working Papers, 2001, n.4/01.

32. Si fueran incorporadas en la Carta tal y como están redactadas, existirían frases que no se entenderían, como la mención en el art. 51.2 al hecho de que la Carta "no modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados", cuando se supone que la Carta estaría ya integrada en esos tratados, o la mención en el art. 52.2 a que los derechos reconocidos en la Carta tienen su fundamento en los tratados comunitarios, cuando para entonces, la Carta ya formará parte de dichos tratados.

El grupo II sugiere los siguientes cambios en las cláusulas horizontales (en cursiva): Apartado 1 del artículo 51: "Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y respetando los límites de las competencias conferidas a la Unión por otras partes [del presente Tratado/del Tratado Constitucional]".

Apartado 2 del artículo 51: "La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para [la Comunidad ni para] la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los restantes [capítulos/partes] de [el presente Tratado/el Tratado Constitucional].

Añádase al art. 52: "4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, esos derechos se interpretarán en consonancia con dichas tradiciones. 5. Las disposiciones de la presente carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos de las instituciones y órganos de la Unión, así como mediante actos de los Estados miembros que apliquen el Derecho de la Unión, en ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo serán invocables ante los tribunales respecto de la interpretación y el control de la legalidad de dichos actos. 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas conforme a lo especificado en la presente Carta".

33. En efecto, por lo que se refiere a las duplicaciones de derechos que figuran en el TCE y que la Carta repite (CONV 196/02 de 15 de Julio de 2002), todos los miembros del grupo insistieron en lograr una correcta coordinación -en aras de la seguridad jurídica-, con respecto a los que son mencionados en ambos documentos pero no en iguales términos. Pej. compárese el tenor más amplio del art. 21 de la Carta: "1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados" con su homólogo en el TCE, el art. 13: "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".

Lo mismo ocurre con el art. 28 de la Carta, que incluye la posibilidad de que los trabajadores acudan a la huelga como medida de presión: "Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga", con el art.137.6 TCE: "Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal".

También resulta comprometedor la comparación del art. 15.3 de la Carta: "Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión", con el art.137.3 TCE: "Sin embargo, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, en los siguientes casos: ... condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad".

Asimismo en relación con los derechos de ciudadanía, la Carta se permite el lujo de añadir un nuevo derecho de ciudadanía inspirado en la jurisprudencia del TJCE como es el derecho a la buena administración. También, en materia de ciudadanía, el grupo teme que la incorporación de la Carta, en la que la libertad de circulación recibe un tratamiento escaso, pudiera dar al traste con la detallada regulación de la misma que mencionan los tratados y que, en su opinión, habría que conservar. Algunos sugieren incluir en los correspondientes artículos de la Carta referencia a las disposiciones de los tratados que, a su vez, establecen las condiciones o límites del ejercicio de dichos derechos. Véase a este respecto el documento CONV 223/02 de 31 de Julio de 2002.

pea con su parte dogmática y declarativa de derechos. Hasta tal punto parecía el ambiente proclive a la adhesión que el día 26 de Abril de 1994, el Consejo hizo uso de la facultad que le otorga el art. 300.6 TCE (antiguo art.228.6) y acudió al TJCE por la vía consultiva con el fin de preguntar a éste por la viabilidad de la adhesión comunitaria al CEDH. La contestación del TJCE no dejó lugar para la duda ni para una segunda interpretación: en el estado actual del Derecho Comunitario no cabía la adhesión al CEDH³⁴. La CE -pues el TJCE centró su estudio en esta organización- carecía de competencias en materia de derechos fundamentales. Los Estados miembros no se los habían otorgado. Por tanto, a menos que mediara una reforma de los tratados en la que se cediese soberanía en este ámbito, no cabría dicha posibilidad³⁵.

El guante estaba echado. A los pocos meses, comenzarían los trabajos de la CIG 1996 que llevaría un año después a la reforma del Tratado de Amsterdam. Los Estados tenían una ocasión inmejorable para hacer posible la adhesión al CEDH revisando previamente los tratados en este sentido. Sin embargo, los Estados rechazaron la oferta lanzada por el TJCE (que más bien era todo un reto a su poder). Los cambios que supuso Amsterdam en el ámbito de los derechos fundamentales son más bien menores y están diseminados de manera dispersa en los tratados. No hay reformas de tipo "constitucional" en la materia objeto de estudio³⁶. Así pues y dadas las circunstancias, el tema de la adhesión de la CE al CEDH se sumió en un letargo que ha durado varios años, hasta la proclamación por la UE de su propia declaración de derechos.

ADHESIÓN AL CEDH

Pero si la UE ya cuenta con su propia y reciente declaración, ¿a qué este resurgido debate sobre si adhesión sí/adhesión no? ¿Por qué el Consejo de Europa, que participó como observador -y por cierto, de modo muy activo- en los trabajos de la primera Convención está insistiendo últimamente en la necesidad de complementar la Carta de la UE con la adhesión al CEDH³⁷? ¿Por qué se repite -sobre todo en el ámbito del Consejo de Europa pero también en algunos círculos dentro de la UE³⁸- que la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE no cierra totalmente la posibilidad de la adhesión al CEDH y, además, se añade ahora la invitación a adherirse a la Carta Social Europea, que contempla derechos sociales y económicos? ¿Por qué deberían compaginarse ambas medidas, la interna -de redacción de un documento propio, que ya ha sido llevada a cabo- y la externa -de aceptación formal de dos tratados provenientes de una organización diferente? ¿Por qué el propio Presidente del TJCE aboga por la adhesión³⁹? ¿Por qué la declaración sobre el futuro de la Unión Europea adoptada por el Consejo Europeo de Laeken seguía citando esta posibilidad justo un año después de la proclamación de la Carta⁴⁰? ¿Y por qué la Convención sobre el futuro de la UE se sigue planteando esta posibilidad⁴¹? La respuesta, aunque no sea reconducible a un solo enunciado, es sencilla y en parte se encuentra en el propio contenido de la Carta.

LOS TÉRMINOS DEL ACTUAL DEBATE SOBRE LA

1. Puntos débiles de la Carta de Derechos

34. Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de Marzo de 1996 sobre la Adhesión de la CE al CEDH, Rec.1996, pp.I-1750ss.

35. Sobre el dictamen 2/94, véase BULTRONI, A.: "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.97ss.; BURROWS, N.: "Question of Community Accession to the European Convention Determined", en *European Law Review* 1997, vol.22, pp.58ss.; DE AREILZA CARVAJAL, J.M.: "El Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia o cómo no abordar el Espinoso Tema de las Competencias Comunitarias", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, vol.47, pp.333ss.; DE SCHUTTER, O. y LEJEUNE, Y.: "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.555ss.; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "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.817ss.; FERNÁNDEZ SOLA, N.: "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, n°144, pp.41ss.; GAJA, G.: "Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", en *Common Market Law Review* 1996, vol.33, pp.973ss.; SCUDIERO, L.: "Comunità Europea e Diritti Fondamentali: Un Rapporto Ancora da Definire?", en *Rivista di Diritto Europeo*, 1996, vol.2, pp.263ss.; SIMON, D.: "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.1ss.; TOTH, A.G.: "The European Union and Human Rights: The Way Forward", en *Common Market Law Review*, 1997, vol.34, pp.491ss.; WACHSMANN, P.: "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.467ss.; 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.491ss.

36. Sobre las reformas de los derechos fundamentales llevadas a cabo por el Tratado de Amsterdam, véase SANZ CABALLERO, S.: "Los Derechos Fundamentales en el Tratado de Amsterdam: Una Reforma Tímida pero Positiva de los Tratados Constitutivos", en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, Diciembre 1998, n.4, supl., pp.58ss.; FONSECA MORILLO, F.: "Balance sobre el Tratado de Amsterdam", en *Europajunta*, 1997, pp.17ss.

37. Véase el informe de 28 de Junio de 2002 del Comité Director para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su 53 reunión titulado "Étude des Questions Juridiques et Techniques d'Une Éventuelle Adhésion des CCEE/de l'UE à la CEDH" (CDDH (2002) 010 Addendum 2) en el que esta organización "se toma la molestia" de "ayudar a resolver" a las instituciones comunitarias los problemas de orden jurídico que tradicionalmente habían venido planteando éstas últimas para descartar, o al menos cuestionar, la viabilidad de la adhesión. Este documento estudia: 1) las modalidades de la adhesión desde el punto de vista de los tratados, 2) las cuestiones técnicas y jurídicas y las eventuales soluciones y reformas necesarias y 3) los medios para evitar toda contradicción entre el sistema jurídico de las CCEE y el del CEDH.

38. Véase la Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 13 de Septiembre de 2000 (COM(2000)559 final) en su punto 14.d y la Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 11 de Octubre de 2000 (COM(2000)644 final) en su punto 9.

39. Discurso de Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS en la solemne apertura del año judicial en el TEDH el día 31 de Enero de 2002, accesible en www.echr.coe.int/Bilingual.../Legal%Year%202002.html.

40. Declaración del Consejo Europeo de Laeken de 15 de Diciembre de 2001 sobre el futuro de la UE, SN 273/01.

41. CONV 354/02 de 22 de Octubre de 2002.

Fundamentales de la Unión Europea

1) La Carta menciona al CEDH como nivel mínimo de protección en el ámbito comunitario pero con esta frase no se pone fin a la probable generación de jurisprudencia contradictoria en materia de derechos fundamentales por parte de los dos tribunales europeos, el TJCE y el TEDH. No sería, además, la primera vez que esto ocurriera puesto que ya se ha producido algún caso de divergencia y de diferencia de matiz en la protección de ciertos derechos entre TJCE y TEDH. Y no podemos decir que dicha divergencia se haya producido precisamente porque el TJCE haya otorgado a un derecho un nivel de protección mayor que el TEDH, sino justo lo contrario⁴². La sumisión jerárquica del TJCE al TEDH operada por una eventual adhesión de la CE al CEDH salvaría esta situación incómoda de jurisprudencias contradictorias, este status ambiguo del CEDH y de la jurisprudencia de Estrasburgo en el Derecho de la Unión⁴³.

2) La Carta, pese a la evidente buena disposición de sus redactores, es un texto de transacciones y pactos. Como consecuencia, concede en algunos casos menos grado de protección a algún derecho socio-económico del que le es otorgado a ese mismo derecho por la Carta Social Europea Revisada del Consejo de Europa. O bien, a veces concede la misma protección pero limita los beneficiarios, que dejan de ser universales y pasan a ser ciudadanos de la UE y/o residentes legales⁴⁴. No deja de ser dramático que esto ocurra cuando la Carta de la UE es, en términos cronológicos, muy posterior a la Carta Social Europea del Consejo de Europa, tanto en su versión original (1961) como en su texto revisado (1996) y, sobre todo, cuando la UE centra tanto su actividad en el terreno socio-económico. La adhesión al CEDH, y sobre todo a la Carta Social Europea Revisada, contribuirían a homogeneizar esta situación.

3) La Carta proclama, junto a auténticos derechos humanos de todos, universales, de los que goza cualquier persona por el mero hecho de ser persona, otros exclusivos

de los ciudadanos de la UE. No parece que éste sea el mejor lugar para proclamar derechos particulares que, al compararse con los de titular universal, desmerecen éstos últimos. La protección del CEDH se ofrece a "toda persona que esté sometida a la jurisdicción de un Estado parte en el CEDH" según su art.1. Por tanto, todos sus derechos se extienden a nacionales pero también a inmigrantes, residentes, turistas, etc. En cambio, la UE diferencia en muchos casos entre ciudadanos de la Unión y nacionales extra-comunitarios⁴⁵.

4) La Carta no arbitra un recurso directo ante el TPI ni, menos aún, ante el TJCE por violación de los derechos fundamentales. La Convención que la redactó era consciente de que no tenía poderes para ampliar a través de la Carta el sistema de recursos judiciales comunitarios pero hay que reconocer que la ausencia de acceso directo y general de la persona a los órganos judiciales comunitarios "en amparo" desmerece el texto recién aprobado y, además, puede en algún caso llevar a indefensión. El particular sólo tiene ante sí las tortuosas y angostas vías procesales que le permite el sistema de recursos ante el TPI, en primera instancia, y el TJCE, en casación. La posibilidad de que, si se llevara a cabo la adhesión, la persona que ha visto cerradas las puertas del TPI o del TJCE a su demanda acudiera al TEDH reclamando contra la CE se nos antoja bastante atractiva desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales⁴⁶.

5) La Carta de la Unión incluye en su capítulo final las llamadas cláusulas horizontales (arts. 51 a 54). Tales cláusulas han sido redactadas de forma excesivamente amplia (p. ej. la posibilidad de restringir derechos en razón de indefinidos "objetivos de interés general reconocidos por la Unión" (art.52.1) o p.ej. la vaguedad de la disposición del art. 52.3 cuando establece que en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho convenio o incluso su pro-

42. Consúltese, p.ej., las sentencias del TJCE de 21 de Septiembre de 1989 C-46/87 HOESCHT AG/COMISIÓN Rec.1989 pp.1-2859ss. con la sentencia del TEDH NIEMETZ/ALEMANIA Serie A vol.251-B de 16 de Diciembre de 1992. La comparación de los dos fallos demuestra una distinta amplitud en la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio en ambos tribunales. Si para el TJCE sólo gozan de dicho derecho las personas físicas, en cambio, para el TEDH también son acreedoras del mismo las personas jurídicas.

43. FISCBAACH, M.: "La CEDH et la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE. Concurrence ou Complémentarité?", articulado redactado para el Symposium de jueces que tuvo lugar en Luxemburgo el 16 de Septiembre de 2002, accesible en: www.coe.int/T/F/Communication%5...juges%5F%2D%5Luxembourg/

44. Véase, en este sentido, las críticas a la Carta planteadas desde el Consejo de Europa en la Opinión del Comité de Asuntos Sociales, de Salud y Familia de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 28 de Septiembre de 2000 sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Doc.8847) en sus puntos 23, 24, 27 y 28.

45. Y lo peor es que el TEDH, en sus sentencias a los casos BERREHAB y MOUSTAQIM ha justificado la diferencia de trato que hace la UE entre unos nacionales y otros reconociendo que ésta ha creado un ordenamiento jurídico diferenciado que le permite otorgar más derechos a sus nacionales, permitiendo implícitamente la discriminación del nacional de tercer Estado (sentencia del TEDH al caso BERREHAB/PAÍSES BAJOS de 21 de Junio de 1988, Serie A, nº138 y sentencia del TEDH al caso MOUSTAQIM/BÉLGICA de 18 de Febrero de 1991, Serie A, nº193). El TEDH se vio forzado en ambos casos a declarar sí, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, existía una violación del CEDH o no por el diferente tratamiento que otorga el orden comunitario a ciudadanos comunitarios y a extranjeros de terceros Estados. En al menos estas dos ocasiones, personas de origen magrebí que habían delinquido y que estaban siendo objeto de expulsión de países de la UE, demandaron ante el TEDH contra la ejecución de la medida por considerar que ello afectaría al derecho a la vida familiar que desarrollaban en Europa. Y en ambas ocasiones los demandantes usaron, como uno de sus argumentos, la injusticia que representaba para ellos el saber que un nacional comunitario no sería tratado de la misma manera y que la posibilidad de expulsar de un país de la UE a un delincuente que fuera nacional de otro Estado comunitario era una posibilidad prácticamente imposible o al menos muy remota. Consideraban el agravio comparativo discriminatorio. Sin embargo, el TEDH, ante el dilema que se le presentaba de tener que estatuir sobre la legalidad de una norma de otro orden jurídico, el de la UE (con el consiguiente conflicto jurídico y malestar que produciría entre dos entidades internacionales diferentes) declaró que las medidas favorables a los nacionales comunitarios establecidas por la UE eran perfectamente válidas porque derivaban de la creación de un ente nuevo al que sus Estados miembros habían transferido poderes. Desde ese punto de vista, las diferencias de trato eran objetivas y estaban justificadas. Más de uno se habrá sentido defraudado por esta jurisprudencia del TEDH, excesivamente prudente, que evita un enfrentamiento con el orden comunitario pero al precio de resultar timorata y discutible desde el punto de vista de la universalidad de los derechos fundamentales, al menos de los más básicos, entre ellos el derecho a vivir en familia.

46. Véase el Dictamen de la Comisión de Cuestiones Sociales, de la Salud y la Familia de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 24 de Enero de 2000 sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Doc.8627) punto 15.

tección podrá ser mayor). Solo la adhesión al CEDH impediría al TJCE entender estas cláusulas de forma excesivamente holgada⁴⁷. El propio Comité Director para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha afirmado que las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE por sí mismas difícilmente podrán conseguir la homogeneización de la interpretación de los derechos fundamentales en la UE y en el sistema del CEDH⁴⁸.

6) La Carta ignora la posibilidad de la adhesión al CEDH. Parece que la proclamación de la misma constituiría justamente el acta de defunción de esta posibilidad. Y, sin embargo, si la CE se adhiriera al CEDH el ordenamiento comunitario podría ser sometido al TEDH para su evaluación en clave de derechos fundamentales. El TEDH se convertiría en la última instancia en materia de derechos fundamentales también en el ámbito comunitario. Pero los Estados miembros de la UE temen que, en tal caso, el TJCE dejaría de tener el monopolio en la interpretación del derecho comunitario porque el TEDH, so pretexto de revisar la conformidad de una norma comunitaria con el CEDH, podría acabar entrometiéndose en lo que es puro derecho comunitario. De esta forma el TJCE dejaría de ser el tribunal que "... garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de [los] tratado[s]"⁴⁹. Sin embargo, ésta sería la única forma de dotar de una coherencia y de un sistema global de articulación a las relaciones entre la UE y el CEDH del Consejo de Europa. Desde el Consejo de Europa se intenta tranquilizar por todos los medios a los Estados miembros de la UE disipando las dudas y reticencias que puedan sentir. Así, su Comité Director para los Derechos Humanos ha afirmado que "le Conseil de l'Europe devrait traiter d'éviter dans le cas d'une éventuelle adhésion des CCEE/UE à la CEDH... des contradictions entre le système juridique des CCEE/de l'UE et le système de la CEDH"⁵⁰.

2. La posición actual de la Convención sobre el futuro de la UE

Dentro de la Convención sobre el futuro de la UE, su grupo II, prudentemente, no indica quién, CE o UE, debería en su caso adherirse al CEDH del Consejo de Europa porque es consciente que existe otro grupo de trabajo dentro de la Convención estudiando los pros y los contras del otorgamiento de personalidad jurídica a la UE. La adhesión, en todo caso, se plantea como una medida complementaria y nunca como una alternativa a la incorporación de la Carta al

texto constitucional con valor vinculante.

¿Qué añadiría, entonces, la adhesión? Pues, como explican los miembros del grupo e incluso el juez FISCHBACH del TEDH, que fue invitado a título personal a una reunión del grupo II, la adhesión al CEDH daría un mensaje político claro en cuanto a la coherencia entre la UE y la "Europa en sentido amplio" reflejada en el Consejo de Europa y su sistema panaeuropeo de protección de los derechos humanos. Además, daría a los ciudadanos una protección análoga frente a actos de la UE de la cual ya disfrutaban actualmente frente a actos de los Estados miembros⁵¹. La adhesión garantizaría incluso el fin de las contradicciones entre la jurisprudencia del TJCE y del TEDH en materia de derechos fundamentales puesto que en este campo, el TEDH tendría siempre la última palabra y la interpretación auténtica, que debería ser seguida por el TJCE.

El grupo añade tres puntualizaciones importantes: 1) la Convención no puede decidir ni cómo ni cuándo se debería producir esa adhesión. Esto es competencia del Consejo de la Unión. La Convención sólo estudiaría la inclusión en el nuevo tratado de una disposición constitucional que facultase a la UE a adherirse si así lo decidiera la institución competente. En realidad, dada la importancia de una posible adhesión, la celebración de un tratado de adhesión requeriría la decisión unánime del Consejo y el dictamen conforme del Parlamento Europeo. Por lo demás, se aplicarían los procedimientos normales para los acuerdos internacionales. 2) La adhesión no minaría los principios de primacía y autonomía del ordenamiento comunitario puesto que el TEDH evitaría pronunciarse sobre temas comunitarios. La coordinación entre TJCE y TEDH daría lugar a una especie de "red de seguridad" que permitiría reducir al máximo las posibles divergencias en las jurisprudencias de los dos tribunales europeos. La misión del TEDH sería únicamente pronunciarse sobre el respeto de las obligaciones que resultan del CEDH, pero sin interpretar ni el Derecho nacional de los Estados ni el Derecho Comunitario⁵². 3) Sería necesario añadir al texto constitucional cláusulas técnicas de salvaguardia que precisaran que la adhesión no modificaría en absoluto el reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros⁵³.

Con todo ello se evitaría situaciones como la actual, en la que el TEDH se está pronunciando, sin que la UE pueda defenderse, en asuntos contra Estados miembros de la UE cuando supuestamente han ignorado los derechos fundamentales del CEDH en su aplicación del Derecho

47. Opinión manifestada por el Consejo de Europa, y a la que nos unimos, en su Informe del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria el 27 de Septiembre de 2000 sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Doc.8819 revisado) en sus puntos 6 y 18.

48. "L'expérience montre généralement qu'il est difficile d'éviter les contradictions lorsque deux textes distincts sur un même sujet ayant un libellé différent sont interprétés par deux tribunaux différents. Les dispositions des articles 52 et 53 de la Charte de l'UE ne suffiront probablement pas à éviter le risque de contradiction, certainement pas en ce qui concerne l'application et l'interprétation de la Charte et de la CEDH par les tribunaux nationaux" (Informe del CDDH del Consejo de Europa de 28 de Junio de 2002, cit., pto.80).

49. Art.220 TCE.

50. Informe del CDDH del Consejo de Europa de 28 de Junio de 2002, cit., pto.80.

51. CONV 295/02 de 26 de Septiembre de 2002.

52. CONV 223/02 de 31 de Julio de 2002 y CONV 354/02 de 22 de Octubre de 2002.

53. CONV 378/02 de 31 de Octubre de 2002. En este sentido, el "alcance" de la adhesión se limitaría a las actuales competencias de la UE y el CEDH sólo podría generar obligaciones positivas dentro de dichos límites (CONV 351/02 de 17 de Octubre de 2002).

Comunitario⁵⁴.

3. La posición actual del Consejo de Europa

Así, pues, nos encontramos en la misma encrucijada que hace unas décadas, retomando el debate sobre si adhesión sí/adhesión no. Además, la discusión adquiere nuevos tintes ya que a la eventualidad de adherirse al CEDH se añade ahora la de hacerlo también a la Carta Social Europea.

Justo es señalar, sin embargo, que la polémica de la adhesión se está viviendo ahora con menor intensidad que en otras épocas y de modo más sosegado –al menos por parte de la UE–. En cambio, en el ámbito del Consejo de Europa, junto a las obligatorias felicitaciones a la UE por haberse dotado de un instrumento propio sobre derechos fundamentales, han comenzado a surgir recelos y avisos sobre el riesgo de que se acaben creando dos standards diferentes en Europa –dos velocidades en materia de derechos fundamentales– o que se pudiera dar al traste con la rica jurisprudencia derivada del CEDH y que afecta a bastantes más países que los que son miembros de la UE. Éstos son argumentos repetidos hasta la saciedad en las resoluciones e informes del Consejo de Europa⁵⁵. Todo ello, sin embargo, también refleja un prurito del Consejo de Europa no exento de cierto grado de arrogancia sobre su papel preponderante en el tema de los derechos fundamentales en el marco del continente europeo, su convencimiento de que no se puede ignorar su acervo cincuentenario.

La organización del Consejo de Europa dio su bienvenida formalmente a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, como no podía ser menos, como un valioso paso adelante en la protección de los derechos fundamentales en Europa y como un modo de otorgarles mayor visibilidad⁵⁶. Sin embargo, ya desde el comienzo de los trabajos de la primera Convención esta organización, y muy especialmente su Asamblea Parlamentaria –que siguió con gran atención los trabajos de redacción⁵⁷– hizo patentes los recelos que albergaba con respecto a este documento y a la difícil articulación que provocaría en las relaciones entre Consejo de

Europa y UE cuando fuera adoptada⁵⁸. El temor a que la Carta cree a la larga nuevas líneas divisorias en Europa, que debilite la labor del TEDH, produzca una rivalidad entre los dos sistemas de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa, deje malparados y peor protegidos a los ciudadanos extracomunitarios que a los de la Unión o fortalezca la imagen de una hermética “Europa fortaleza” no han cesado de repetirse en las resoluciones y recomendaciones de este órgano⁵⁹. Por razones obvias, las opiniones del Comité de Ministros del Consejo de Europa fueron desde el principio mucho más suaves y condescendientes con el proyecto de la Unión⁶⁰.

Seguramente dicha polémica no hubiera surgido con tanta virulencia si en el Consejo Europeo de Niza se hubiese consensuado la inclusión de la Carta en los tratados o al menos su adopción como Reglamento, porque en dicho caso la UE ya hubiese contado con un texto obligatorio. Sin embargo al no haberse producido tal cosa en su momento, ahora parece que, incluso si se llegase a otorgar valor vinculante a la Carta a través de su incorporación a los tratados con efecto directo o a través de su inclusión en una eventual Constitución Europea como parte dogmática de la misma, el debate sobre la adhesión al CEDH continuaría. Por eso, tanto el Presidente del TEDH como el del TJCE han declarado que se trata de medidas complementarias y no alternativas⁶¹, que la proclamación de la Carta no ha convertido en supérflua la adhesión⁶². Como afirma el Comité Director para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, “le risque de contradiction peut surgir indépendamment du fait que la Charte devienne ou non contraignante”⁶³.

El Consejo de Europa es partidario de “finire in bellezza” la gran obra de la UE en el ámbito de los derechos fundamentales, que comenzó de la nada, optando como mínimo por la adhesión al CEDH y, si se quiere asegurar al máximo la coherencia entre ambos sistemas, también a su Carta Social Europea. La proclamación de la Carta y el comienzo de los trabajos de la segunda Convención han avivado el debate sobre los derechos fundamentales en la Unión y por ello el momento presente constituye una oportunidad formidable para replantearse la adhesión. En opinión del Consejo

54. Véase SANZ CABALLERO, S.: “El Control de los Actos Comunitarios por el TEDH”, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2001, n.10, pp.473-513.

55. Resolución 1210 (2000) de 25 de Enero de 2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Recomendación 1439(2000) de 25 de Enero de 2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y Decisión de la Asamblea Parlamentaria de 31 de Mayo de 2000 sobre la Cooperación entre el Consejo de Europa y la Unión Europea (CM/Dec(2000)705/2). De todo este desarrollo se hace eco el Secretario General de la organización en su Informe sobre las Relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea de 21 de Marzo de 2001 en sus puntos 183 y 184 (SG/Inf(2001)10).

56. 16º Reunión Cuatripartita Consejo de Europa/Unión Europea en Estrasburgo el día 3 de Abril de 2001 (según nota de prensa del Consejo de Europa accesible en la siguiente dirección de internet: [http://press.coe.int/cp/2001/245A\(2001\).htm](http://press.coe.int/cp/2001/245A(2001).htm)).

57. Véase su Directiva nº561(2000) de 25 de Enero de 2000 o su Orden nº567(2000) de 29 de Septiembre de 2000.

58. Desde el Consejo de Europa se llegó incluso a criticar el nombre con el que se conoce al órgano de redacción “la Convención” por confuso (CM/Del/Dec(2000)705/2, GR-EU(2000)5 Revisado y 7 de 31 de Mayo de 2000).

59. Véase: Resolución 1210 (2000) sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Resolución 1228(2000) sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1479(2000) sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

60. Respuesta del Comité de Ministros a la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1439(2000) adoptada en su sesión nº711 (Doc.8767 de 8 de Junio de 2000) y Declaración de Vilnius del Comité de Ministros sobre Cooperación Regional y Consolidación de la Estabilidad Democrática en una Europa Ampliada, adoptada en su 110 sesión el 3 de Mayo de 2002.

61. Palabras de Luzius WILDHABER, Presidente del TEDH, y de Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, Presidente del TJCE, en sendos discursos oficiales con ocasión de la apertura solemne del año judicial en el TEDH el día 31 de Enero de 2002 (accesibles ambas alocuciones en la siguiente dirección de Internet: www.echr.coe.int).

62. Doc.8819 revisado, cit., pto.26.

63. Informe del CDDH del Consejo de Europa de 28 de Junio de 2002, cit., pto.80.

de Europa, que nosotros hacemos nuestra, "no es deseable, ni tampoco necesario, que existan dos tribunales internacionales envueltos en unos mismos procedimientos judiciales"⁶⁴. Tampoco lo es que, debido a la presión que ejercieron ciertos Estados miembros de la UE, el nivel de protección de los derechos socio-económicos sea menor que el que les asegura la Carta Social Europea Revisada. Ni siquiera se puede asegurar y dar por hecho que la CIG 2004 otorgue valor vinculante a la Carta. En estas circunstancias, la adhesión a los dos tratados del Consejo de Europa se antoja mucho más interesante, si cabe, porque ayudaría a clarificar el papel de ambas organizaciones en un ámbito tan sensible⁶⁵. En este sentido, la organización sedente en Estrasburgo anima a la UE a que haga honor al principio democrático en el que dice fundamentarse y que se someta al mecanismo de supervisión externa del TEDH que sus Estados miembros –y también los candidatos a miembro- ya han aceptado. En su opinión, "there is no legitimate reason why acts carried out on behalf of the European Union be exempt from this fundamental external control mechanism"⁶⁶.

Es más, pese a la falta de adhesión formal de la UE o la CE al CEDH parece que el TEDH, otrora respetuoso con la realidad y las particularidades de ese otro ente europeo, ha abierto la veda a la revisión de actuaciones si no comunitarias (lo cual no es posible por la falta de adhesión) sí de actuaciones estatales en aplicación de normas comunitarias. Aquí se puede traer a colación la sentencia MATTHEWS del TEDH de 18 de Febrero de 1999 en la que este tribunal europeo sancionó al Reino Unido por el hecho de que los gibraltareños no pudiesen votar en las elecciones al Parlamento Europeo, lo cual, en su opinión, violaría el derecho que proclama el art. 3 del Prot.1 CEDH⁶⁷. Únicamente la adhesión formal al CEDH evitaría fricciones como las que provoca el que el TEDH esté cuestionando indirectamente la normativa comunitaria en clave de derechos fundamentales mediante la revisión de actos nacionales de aplicación de normas comunitarias⁶⁸, con la agravante –y también la paradoja- de que, así como el TJCE se resiste a citar la Carta de Derechos Fundamentales en sus fallos judiciales (por no tratarse de un texto vinculante) sin embargo el TEDH se le ha adelantado y ya la ha citado en su jurisprudencia.

DE CARA AL FUTURO INMEDIATO...

64. Punto 5 de la Decisión del Comité de Ministros de 31 de Mayo de 2000 sobre la Cooperación entre el Consejo de Europa y la UE, GR-EU(2000)5 revisado y 7.

65. Informe del Comité de Asuntos Políticos de la Asamblea Parlamentaria sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, Doc.8846 de 28 de Septiembre de 2000, pto.15 y Dictamen de la comisión de Cuestiones Sociales, de la Salud y de la Familia de 24 de Enero de 2000, Doc.8627, pto.12.

66. Resolución 1228 cit. pto.7.

67. "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".

68. Sobre el control de los actos comunitarios por el TEDH, véase: SANZ CABALLERO, S.: "El Control de los Actos Comunitarios por el TEDH", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, Julio-Dic. 2001, n°10, pp.473ss. Sólo en el período entre Agosto a Diciembre de 2000, el TEDH había hecho alusión al ordenamiento comunitario en al menos cinco asuntos (véase el Informe del Secretario General SG/Inf(2001)10 de 21 de Marzo de 2001, cit., en sus puntos 211 a 215).

69. En nuestra opinión, llegado el momento, la Unión debería incluso plantearse la adhesión de la CE al Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea relativo a la presentación de reclamaciones colectivas. Así, las instituciones de la UE, en tanto que empleadoras, también podrían ser sometidas al mismo tipo de escrutinio y mecanismo de garantía al que se somete a los Estados parte en dicho protocolo. El momento para tal adhesión sería, seguramente, cuando todos los Estados miembros de la Unión fueran ya Estados contratantes del mismo.

70. CONV 350/02 de 17 de Octubre de 2002.

71. Consúltense, entre otros muchos documentos, la Recomendación 1440(2000) de 25 de Enero de 2000 de la Asamblea Parlamentaria sobre las restricciones del asilo en los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea (Doc.8598) en sus puntos 4 y 6.

La UE tiene aún la oportunidad de acabar en un eventual texto constitucional el trabajo que dejó a medias en Niza. El grupo de trabajo II de la Convención sobre el futuro de la Unión Europea está ya aportándonos pistas e indicios que reflejan su interés en sugerir a los Estados en el seno de la CIG 2004 dos medidas: 1) la concesión de valor jurídico vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y 2) la posibilidad de la adhesión al CEDH. No parece, en cambio, que el grupo se decante hoy por hoy por la adhesión a la Carta Social Europea Revisada⁶⁹. Pese a que el grupo no esté teniendo en cuenta la adhesión a esta última, la eventual aprobación de las dos primeras medidas supondría ya de por sí un gran avance en Europa en términos de imagen de coherencia y unidad en la protección de los derechos fundamentales en Europa, contribuyendo a lograr, al mismo tiempo, un sistema jurídico global articulado en este campo. Si, además, la CIG 2004 llegara al acuerdo de dar acceso al individuo ante el TPI -o en su caso, ante el TJCE- a través de una especie de recurso general por violación de los derechos fundamentales (en amparo) con la posibilidad, en última instancia, de acudir al TEDH si se albergara duda sobre la adecuación del pronunciamiento comunitario previo con el CEDH, la efectividad y el respeto escrupuloso de los derechos fundamentales quedarían totalmente salvaguardados y reconocidos en Europa. Sin embargo, parece que, de momento, el grupo II cree innecesario establecer un procedimiento judicial específico para la protección de los derechos fundamentales⁷⁰.

Con la adopción de las dos primeras medidas (la incorporación de la Carta al texto constitucional con valor vinculante y la habilitación a la UE para que ésta pudiera adherirse al CEDH), incluso si el texto constitucional descartara finalmente las otras dos (la adhesión a la Carta Social Europea Revisada y la ampliación del acceso del individuo al juez de Luxemburgo) sin duda se contribuiría a disipar el temor que en el Consejo de Europa se siente a la merma del nivel de protección de ciertos derechos que se suponían ya consolidados en el seno de la Unión (especialmente en materia de asilo, inmigración y reunificación familiar)⁷¹. Ésta sería una apuesta de la UE que estimamos mejorable pero aún así conveniente, valiente y atrevida para paliar la ausencia de una declaración vinculante de derechos fundamentales en el ámbito de la Unión con su correspondiente sistema jurisdiccional de garantías.