



Algunos signos de déficit democrático en el Tratado Constitucional Europeo y en su Carta de Derechos Fundamentales

Susana Sanz Caballero
Doctora Profesora

UNIVERSIDAD CARDENAL HERRERA-CEU, VALENCIA

Siendo cierto que la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE al Tratado Constitucional Europeo aprobado en la cumbre de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004 traerá más beneficios que problemas, la adopción del texto constitucional suscita algunos interrogantes en relación con el tan traído y llevado déficit democrático de la UE, entre ellos:

- 1) ¿Coadyuva a paliar del déficit democrático de la Unión el que tanto la propia Carta como el texto constitucional hayan sido redactados por unos órganos (las dos convenciones) que en modo alguno pueden ser considerados como asambleas constituyentes?
- 2) ¿Coadyuva a paliar el déficit democrático de la Unión el que el texto constitucional no prevea una suerte de recurso de amparo europeo ante la institución judicial de la UE?
- 3) ¿El *praesidium* de la convención que redactó la Carta de Derechos de la UE es un órgano con suficiente legitimidad como para que las explicaciones que en su día redactó sean convertidas por obra del Tratado Constitucional en criterio de interpretación del mismo?

En nuestra opinión, las tres preguntas deben ser respondidas en sentido negativo, y todo ello pese a que el artículo I.45.1 del Tratado constitucional formalmente proclame que la Unión se basa en el principio de la democracia representativa.

1. ¿LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LAS DOS CONVENCIONES?

1. La composición de las convenciones

Es de sobra conocida la composición de las dos convenciones que redactaron la Carta de Derechos Fundamentales y el Tratado Constitucional (en adelante, las denominaremos la primera y la segunda convención, respectivamente): una selección de miembros del Parlamento Europeo, de los parlamentos nacionales de los Estados (incluidos los parlamentos nacionales de los 10 nuevos miembros, en el caso de la segunda convención), un representante de cada uno de los gobiernos de los Estados (incluidos los gobiernos nacionales de los 10 nuevos miembros, en el caso de la segunda convención) y una mínima representación de la Comisión Europea. En el caso de la primera convención, a esta composición habría que añadir los dos observadores que participaron en nombre del TJ y los dos de la Organización del Consejo de Europa ¹. En la segunda, figuraron como observadores representantes del Comité de las Regiones, del Comité Económico y Social y del Defensor del Pueblo. Ninguno de los observadores tenía derecho de voto.

La aparición en el panorama europeo de la primera convención por mor del Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999 supuso la primera dejación del método intergubernamental de trabajo en la historia de las CCEE/UE. Por supuesto, su objetivo era el de ofrecer a los pueblos de Europa una imagen menos estatalista que la que los líderes de los Estados miembros habían transmitido hasta aquel entonces en cada reforma de los tratados y mitigar de algún modo la sensación de divorcio que las encuestas transmitían entre lo que negociaban los jefes de Estado y de gobierno y lo que pensaba realmente de la Unión la población europea.

Por fin se intentaba ofrecer mayor transparencia en un asunto de la UE con tantas implicaciones y calado. Por fin se tenía acceso vía internet a los borradores y debates que tenían lugar en este peculiar grupo de trabajo. Por fin se animaba a la sociedad civil a participar en el proceso de redacción de este documento a través de contribuciones escritas que eran accesibles en la página web de dicha Convención. Y, pese a todo ello, no dejaron de sucederse las críticas al

1. A estos observadores me refiero en mi trabajo «La contribución del Consejo de Europa al acervo de la UE en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas», en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández Sola, N. (coord.), 2004, Dykinson, Madrid, pp. 59 y ss., p. 78.

proceso de redacción por las dudas sobre su legitimidad democrática ². Al fin y al cabo, por mucho que el trabajo de la Convención que redactó la Carta de Derechos Fundamentales de la UE supusiera una mejora evidente con respecto al método de trabajo estrictamente intergubernamental, la redacción de la misma no provino de una asamblea constituyente votada por los ciudadanos europeos, ni su texto fue posteriormente sometido a voto por sufragio universal de resultado vinculante para los Estados, ni tan siquiera a referéndum en el seno de los Estados. Además, el hecho de que el debate público y la información sobre los trabajos de la convención se centralizara a través de internet permite albergar la duda sobre el alcance y la universalidad real de este servicio.

Estas críticas arreciaron cuando se decidió reutilizar la fórmula y se convocó la segunda convención tras el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001. Como se ha adelantado, la composición de la segunda es muy similar a la de la primera. De nuevo los más de cien miembros de pleno derecho de la convención eran representantes de Estados, de los parlamentos nacionales, del Parlamento Europeo y de la Comisión. Sin embargo, los puntos de vista estatales quedaron reforzados, entre otras razones, porque junto a un representante de cada Estado miembro hubo uno de cada uno de los Estados que han protagonizado la quinta ampliación de la UE. En calidad de observadores figuraron representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones ³ y del Defensor del Pueblo, no así del Consejo de Europa, como ocurría en la convención anterior ⁴.

2. El método de trabajo convencional

Dentro de la convención se creó un *praesidium* integrado por el presidente de la convención (Valéry Giscard d'Estaing), los dos vicepresidentes, dos representantes del Parlamento Europeo, los dos representantes de la Comisión, dos representantes de los parlamentos nacionales y los representantes de los tres

2. Véase la clarificadora opinión al respecto de CLOSAS en su *working paper* «Improving EU Constitutional Politics? A Preliminary Assessment of the Convention», en *Constitutionalism Web-papers*, en el sitio web: www.les1.man.ac.uk/conweb.

3. No nos resistimos a la tentación de añadir si no profundiza en el déficit democrático el que el órgano en el que están representadas las regiones no tuviera derecho de voto en la segunda convención. Al fin y al cabo regiones y entes locales ven también afectadas sus competencias en la UE.

4. Aunque bien es cierto que un miembro del TEDH, el juez Fischbach, fue consultado por la segunda convención a título personal.

gobiernos que ostentaron la Presidencia de la UE mientras duraron los trabajos de la convención. Este subórgano dentro del órgano, cuya función era impulsar los trabajos de la convención, gozó de muchos más poderes de los que tenía su homólogo en la primera convención. Su posición inicial, ya de por sí fuerte (puesto que su función era preparar los trabajos aportando un primer borrador de conclusiones sobre cuya base se discutiese en las distintas sesiones acotando, obviamente, los límites del futuro debate), se vio reforzada a través de una serie de competencias, digamos, implícitas, que fue acumulando en la práctica, como son la presentación del borrador de documento final, el monopolio del contacto con la sociedad civil, la fijación del orden del día y la supervisión de los grupos de trabajo. Es más, la peculiar personalidad y talante del presidente de la segunda convención, que adoptó un enfoque más dirigista y dictatorial en la dirección de los trabajos que su homólogo en la convención anterior (Roman Herzog) no dudando en hacer declaraciones a la prensa a propósito de temas sobre los que la convención aún no se había pronunciado, dio lugar a una percepción de la segunda convención mucho más singular entre la opinión pública y los círculos políticos que la que se tuvo de la primera.

Se ha llegado a apuntar que incluso el modo de trabajo parecía haber cambiado. Si en la primera convención los gobiernos tendieron a elegir como representantes a personas con cierto aura de independencia o autonomía, ahora se trata de representantes auténticamente estatales, que sin la más mínima duda siguieron instrucciones de sus gobiernos (como muestra sirva un botón: el representante del gobierno español en la primera convención fue un magistrado, Álvaro Rodríguez Bereijo. En la segunda convención fue la ex ministra de asuntos exteriores Ana Palacio).

Si la primera convención, en cuanto al método de trabajo interno adoptado, intentó buscar un punto medio entre lo intergubernamental y lo parlamentario, un método deliberativo que evitara en la medida de lo posible las votaciones que obligan a los integrantes del órgano a posicionarse y a defender criterios extremos, en la segunda convención, pese a que teóricamente también se buscaba el *consensus*, no obstante hubo una tendencia clara a provocar la votación en las sesiones obligando a los convencionales a su alineación política. Igualmente relevante resulta el dato según el cual el papel del *praesidium* en la adopción de decisiones fue preponderante y su poder de control de los resultados férreo, con más de 1.000 enmiendas rechazadas de los propios miembros de la convención⁵.

5. Una percepción más optimista sobre la legitimidad del método «convencional» como modo de redacción de instrumentos de carácter «constitucional» se puede encontrar en HOFFMAN, L., «The

La segunda convención, a efectos de organizar mejor su tarea, constituyó, a diferencia de lo que ocurrió en la primera, grupos de trabajos sobre temas en los que el debate en plenario resultaría excesivamente complicado. La función de dichos grupos no aparece definida en la Declaración de Laeken.

3. Lecciones sobre la legitimidad del método convencional

Los datos anteriores no nos permiten dar una visión amable sobre el modo de redacción de la Carta de Derechos Fundamentales que fue proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión en la cumbre de Niza de diciembre de 2000, y que pretende paliar la ausencia de una declaración de derechos en los tratados. Con mucho menos motivo podemos lanzar un mensaje legitimador de la convención sobre el futuro de Europa que redactó en 2003 el proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

Dado que el propio texto constitucional asume e incluye el contenido de la Carta como parte II del mismo –con unos mínimos retoques absolutamente necesarios de su capítulo VII–, la crítica del modo a través del cual se redactó la Carta se hace por partida doble. La primera, por la carencia de legitimidad democrática de la convención que redactó la Carta para elaborar el decálogo de nuestros derechos y libertades en el marco de la UE. La segunda, por la carencia de legitimidad democrática de la segunda convención para redactar una constitución y para retomar e incluir en ella la Carta de Derechos de Niza.

Quizá cabría responder a esta crítica que al fin y al cabo la Carta fue convalidada posteriormente a través de su proclamación solemne, entre otras instituciones, por la única de todas ellas que es elegida por sufragio universal. También quizá cabría responder que, en su día, el Tratado Constitucional será convalidado por la ratificación de los Estados a través de sus representantes legítimos elegidos por los ciudadanos de modo que el método convencional se utiliza sólo en la primera fase, no desplazando al método tradicional intergubernamental. Quizá también habrá quien añada que, al fin y al cabo, parte de los miembros de las dos convenciones eran representantes «válidos» del pueblo, puesto que eran parlamentarios nacionales y europeos ⁶. Sin embargo, la crítica

Convention Model on the Future of Europe: Thoughts on the Convention Model, en *Jean Monnet Working Papers*, 2002, n.º 11, pps.17 y ss.

6. En cualquier caso, la representación de los miembros de los parlamentos nacionales de los Estados miembros y del Parlamento Europeo en el seno de las dos convenciones ha sido totalmen-

subsistiría y seguiría siendo válida, puesto que lo que aquí lo que se está poniendo en cuestión es el hecho de que Europa, la cuna de la democracia y de los derechos humanos, haya huido del método tradicional de elaboración de las auténticas constituciones nacionales, no las meras cartas otorgadas que los soberanos absolutos ofrecían a su pueblo (esto es, mediante la convocatoria de una asamblea constituyente –en este caso, una asamblea constituyente a escala europea– y el posterior sometimiento del texto a referéndum en todo el territorio de la UE).

Lo que subyace a toda esta crítica es la idea fundamental sobre si el texto del proyecto, que fue aparcado temporalmente en la cumbre de Bruselas de diciembre de 2003 y retomado en la de junio de 2004, es una verdadera constitución o si llamar Constitución Europea al mismo supone vaciar de contenido la propia palabra «constitución». ¿Una constitución es sólo la norma jurídica suprema de un ordenamiento, que recoge los derechos de los ciudadanos y regula las instituciones del Estado?, ¿o una constitución es la suma de todo lo anterior siempre y cuando esa norma suprema provenga del «pueblo»? ¿Realmente la Constitución Europea puede prescindir de una asamblea constituyente que legitime su modo de creación?

En nuestra opinión, una constitución ha de responder a las dos preguntas de «Qué contenido» y «Quién da ese contenido». «Qué contenido», puesto que es básico que se trate de una norma que regule los poderes fundamentales de una entidad política, como así ocurre en el presente caso ⁷. «Quién da ese contenido», porque, aunque el método convencional suponga desde luego una mejora con respecto al puramente interestatal, el texto no proviene directamente de la ciudadanía, de una asamblea elegida por los pueblos de Europa de manera *ad hoc*, explícita y específica con el objetivo de que redacte esa constitución. Y aunque, tras su adopción por los representantes de los veinticinco, pudiese someterse el texto a referéndum en todos los Estados (cosa harto improbable) esta convalidación *a posteriori* difícilmente supliría y haría olvidar que el *demos* no estuvo en su origen. El apoyo en un referéndum posterior podría suponerle un aval final, de mínimos, pero para obtener esta mínima convalidación final

te sesgada y poco representativa. El sistema ha apartado a las corrientes minoritarias, dado que la decisión de limitar hasta el extremo el número de miembros del órgano convencional sólo permitió la representación de los partidos mayoritarios.

7. Rodríguez Iglesias analiza las manifestaciones de esta «función constitucional» del proyecto en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La constitucionalización de la Unión Europea», en *RDCE*, 2003, núm. 16, pp. 893 y ss., p. 894.

sería necesario la convocatoria de la consulta en todos los Estados de la Unión y en los mismos términos en todos ellos ⁸.

Huelga decir que, de haber sido redactado el tratado por una verdadera asamblea constituyente europea, el contenido hubiese sido muy diferente del texto actualmente propuesto. A menudo las encuestas muestran cómo los líderes europeos suelen manifestar un mayor fervor y entusiasmo europeísta que sus propios ciudadanos. Una auténtica Europa de los ciudadanos debería haber facilitado que hubiesen sido los nacionales de los Estados miembros (y de los entonces cuasi-miembros, los 10 países de la última ampliación) quienes hubiesen elegido a los miembros del órgano creado al efecto para redactar la constitución y, de paso, la declaración de derechos que aquélla incluyera. Alternativamente, y de no ser posible lo anterior, debería haber sido el Parlamento Europeo, única institución que goza de legitimidad democrática directa, quien hubiese sido encargado de redactar el texto. Sólo de una de esas dos maneras hubiéramos obtenido como resultado una Constitución Europea y no un tratado constitucional. Porque o es constitución o es tratado. Y esto es un tratado ⁹. Un tratado, si se quiere, constitucional. Pero un tratado internacional al fin y al cabo.

2. LA NECESIDAD DE UN «RECURSO DE AMPARO» EN LA UE

En un sentido amplio, el déficit democrático también se manifiesta cuando la persona no goza de la posibilidad de reclamar contra las instituciones europeas por la vía judicial mediante recursos directos y adecuados que le garanticen una revisión completa de todos los motivos de queja. El déficit democrático no se acusa únicamente si las instituciones no hacen gala de un funcionamiento exquisitamente democrático, sino también en caso de que no se haya arbitrado un acceso amplio y suficiente a la justicia de la UE que garan-

8. Pascal Lamy, miembro de la Comisión Europea hasta octubre de 2004, advierte del riesgo que corre el proyecto constitucional de ser rechazado por la población si se producen consultas populares, advirtiendo que esto es una «debilidad» del texto (LAMY, P., «El futuro modelo de la Unión», en *El Mundo*, 29 de Abril de 2004, p. 26). Nuestra opinión es justo la contraria: la única fortaleza de un texto que en su origen carece de legitimidad democrática –al menos de modo completo– podría provenir únicamente de la confirmación de su texto por la ciudadanía a través de referéndum.

9. Basta comprobar que son los Estados miembros quienes están capacitados para convertir el texto en vinculante a través del procedimiento de ratificación, que sólo ellos por unanimidad podrían decidir en su día su revisión convocando (o no) una convención para su enmienda (IV.7.2) y que el mismo se rige por el Derecho Internacional.

tice la defensa y el ejercicio de los derechos del particular cuando las instituciones cometen un acto ilícito contra él ¹⁰.

Pues bien, el tema del acceso de las personas al Tribunal de Justicia se añadió a la agenda de la segunda convención de manera tardía ¹¹ y, además, la misma decidió finalmente abandonar la idea de proponer un recurso general por violación de los derechos fundamentales. Ya antes que ella la primera convención había renunciado a incluir en el texto de la Carta una suerte de recurso de amparo que garantizara ante el Tribunal de Justicia la defensa judicial de los derechos que proclama este texto so pretexto de que no había recibido el mandato para ello y que ese tipo de decisión supondría una extralimitación en sus funciones ¹².

Resulta paradójico comprobar cómo las percepciones e inquietudes de la opinión pública no se han trasladado siempre a los miembros de la convención (lo cual nos lleva a la cuestión sobre la legitimidad del método convencional). El acceso de los particulares al TJ nos remite a un derecho tan fundamental como es el de la tutela judicial efectiva, que el propio Tratado Constitucional proclama como contenido de la Carta de Derechos Fundamentales en su artículo II.47. Pero, además, hay que recordar que el sistema de recursos judiciales ha venido siendo criticado desde múltiples sectores por lo tortuoso y difícil que resulta para el particular el ejercicio de su derecho a un juicio justo. Se ha llegado a hablar de demandantes de primera división (Estados e instituciones) y de segunda (personas físicas y jurídicas). Una queja generalizada ha sido la ausencia de un recurso directo y general por violación de los derechos fundamentales, accesible para todas las personas ante el futuro Tribunal de Justicia Europeo (o, si se prefiere,

10. Comparten esta opinión Schermers y Waelbroek (SCHERMERS, H.; WAELBROEK, D., *Judicial protection in the European Union*, 2001, Kluwer Law International, La Haya, p.451).

11. En la nota de reflexión CONV 116/02 se mencionaban como temas principales de estudio la integración de la Carta y la adhesión al CEDH. En el documento de la secretaría de la convención CONV 164/02, de 28 de junio de 2002, se indica que el grupo se ocuparía del tema de los recursos judiciales hábiles para el particular únicamente al final de sus trabajos.

12. La Carta no arbitra un recurso directo ante el TPI ni, menos aún, ante el TJ 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 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 TJ, en casación. Sobre la ausencia de recurso general por violación de derechos fundamentales en la Carta, véase SANZ CABALLERO, S., «La Charte des droits fondamentaux de l'UE. Un essai de démolition», en *Droits de l'homme: souveraineté et ingénierie*, 2002, REMALD, Marrakesch, pp. 189 y ss., p. 195.

ante el futuro Tribunal de Gran Instancia). El particular sólo tiene ante sí las complicadas vías que le proporciona el recurso de anulación (en el que debe demostrar que la medida comunitaria le perjudica a él y sólo a él), el recurso por omisión (también con limitaciones) y los recursos de personal. En cambio, tiene vedado el acceso al recurso por incumplimiento y en las remisiones prejudiciales su papel no deja de ser el de mero espectador que intenta convencer al juez interno para que eleve la cuestión ante el TJ¹³. Y esto no es precisamente lo que

13. Consideramos de todo punto inaceptable que se pueda defender que el recurso prejudicial garantiza la protección de los derechos fundamentales de la persona en la UE con el argumento de que el individuo siempre puede intentar persuadir al juez interno para que éste a su vez eleve una cuestión prejudicial al juez comunitario. Eso es lo mismo que dejar la garantía judicial de los derechos de la persona en manos de la misma y en factores totalmente externos, subjetivos y aleatorios como son su propia capacidad de persuasión y el talante del juez competente. En la misma línea se manifiesta: Cortés Martín y Delgado-iribarren García Campero [CORTÉS MARTÍN, J. M., «Afectación individual (230.4 CE): ¿Un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?», en *RDCE*, 2003, núm. 16, pp. 1119 y ss., p. 1132; DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, M., «El derecho a la tutela administrativa y judicial de los derechos comunitarios y, en particular, la tutela por la Comisión y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en *Los derechos del europeo*, 1993, José M.^a Gil Robles (director), INCIPIT, Madrid, pp. 201 y ss., p.219]. Pese a que este es un mecanismo inédito de colaboración entre el juez interno y el juez comunitario, que asegura la aplicación uniforme del Derecho Comunitario, y pese a que haya sido calificado con razón como la pieza más importante del sistema de control jurisdiccional establecido por el Derecho Comunitario (MANGAS MARTÍN, A., y LIÑAN NOGUERAS, J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2003, Tecnos, p. 464), consideramos que su estudio en esta sede no aporta ni añade nada a las técnicas o vías procesales con las que cuenta el particular para acceder al juez comunitario. No en vano el particular no tiene ningún control sobre la decisión del juez interno de referir un asunto al TJ para su interpretación o para la apreciación de validez de una norma comunitaria, ni sobre su decisión de abstenerse de elevar el asunto al TJ resolviendo el asunto él mismo (cuando, por supuesto, no esté obligado a referir el asunto al TJ). Sin embargo, algunos autores, equivocadamente en nuestra opinión, consideran la competencia prejudicial del TJ como el mejor y más hábil mecanismo con el que cuenta el individuo para que su caso sea oído por el TJ y responda a la cuestión de la validez o interpretación de la norma comunitaria afectada sin cortapisas ni límites (NIHOUL, P., «La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1994, núm. 2, pp. 171 y ss., p. 194, y GREAVES, R., «Locus standi under article 173 EEC when seeking annulment of a regulation», en *European Law Review*, 1986, pp. 119 y ss., p. 132). A nuestro modo de ver, no hay que olvidar que el individuo no tiene ningún tipo de poder sobre el juez interno para obligarlo a elevar el asunto ante el TJ, con lo que, como mínimo, podemos decir que la cuestión prejudicial no supone en absoluto un recurso directo para el particular, sino quizá justamente la vía más indirecta para que el juez comunitario se pronuncie sobre su controversia. El particular sólo puede intentar influir en el juez ante el que se haya planteado la controversia para que éste albergue una duda razonable sobre la interpretación o la validez de una norma comunitaria cuya aplicación esté en juego, pero en ningún momento puede tomar la decisión de elevar el asunto él mismo ante la instancia judicial comunitaria. Por ello consideramos excesivamente optimista la opinión del exjuez del TJ Schockweiler cuando afirmaba que la combinación de los recursos directos ante el juez interno junto con la vía indirecta del reenvío prejudicial, ofrece todas las garantías de una protección real de los intereses de los particulares (SCHOCKWEILER, F., «La dimension humaine et sociale de la Communauté Européenne», en *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, núm. 4, pp. 11 y ss., p. 45). Por el contrario, Hartley, al hilo de una comparación que realiza entre el Tribunal Supremo de los EEUU y el TJ, relativiza la importancia de la cuestión prejudicial concluyendo que la protección que el particular recibe ante el TJ es menor que la que recibe ante el alto tribunal norteamericano, porque el individuo en el recurso prejudicial no tiene la iniciativa y, además, este recurso no es una verdadera apelación (HARTLEY, T., «Federalism, courts and legal systems: the emerging Constitution of the European Community», en *American*

cambia en el nuevo sistema jurisdiccional que prevé el Tratado Constitucional. Por todo ello se ha solicitado desde muchos y muy diferentes sectores la necesidad de crear un recurso general por violación de los derechos fundamentales, una especie de recurso de amparo ante el TJ o el TPI que permita el acceso de la persona al juez comunitario sin barreras ni restricciones cuando se trata de hacer valer sus derechos más básicos ante las instituciones ¹⁴. Sólo así se evitaría la incongruencia de que los derechos fundamentales estén plenamente garantizados en el derecho interno de los Estados, pero no así en el Derecho de la Unión ¹⁵.

Y pese a todo ello, la mayoría de los convencionales fue del parecer de que resultaba innecesaria la creación de un procedimiento judicial específico para la protección de los derechos fundamentales y que, caso de integrarse la Carta en el proyecto constitucional, al ciudadano le bastarían las vías que les proporciona el artículo 230 TCE (recurso de anulación) y el 234 TCE (remisión prejudicial) aplicándolos a casos de derechos fundamentales ¹⁶. En nuestra opinión, esta postura contribuye a ahondar en el déficit democrático de la UE y la imagen de la misma como una entidad ajena a los intereses y las inquietudes de los ciudadanos. Algunos miembros de la segunda convención, en cambio, consideraron que, sin llegar a proponer recursos populares, sí sería necesario modificar las condiciones del recurso directo de los particulares (art. 230 TCE) para permitir a éstos un acceso más sencillo al juez comunitario, especialmente a medida que la UE va asumiendo más competencias en temas de

Journal of Comparative Law, 1984, vol. 34, pp. 231 y ss., p. 236). En términos similares, Mancini, comparando también el sistema de apelación americano con el reenvío prejudicial comunitario, reconocía amargamente y en tono irónico que el sistema de reenvío judicial depende de la buena voluntad de los tribunales internos porque, al contrario de lo que ocurre en el sistema judicial estadounidense, los litigantes no tienen *locus standi* bajo el antiguo artículo 177 TCE para llevar las decisiones judiciales nacionales ante el TJ (MANCINI, F., «The making of a Constitution for Europe», en *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, pp. 595 y ss., p. 605). En otro artículo el mismo autor, junto con Keeling, indica que, por estas razones, es un sistema frágil (MANCINI, F., y KEELING, D., «Democracy and the European Court of Justice», en *Modern Law Review*, 1994, pp. 175 y ss., p. 182). Cohen-Jonathan evidencia las lagunas del sistema prejudicial: «Mais que peut faire l'individu si la jurisdiction nationale refuse de manière injustifiée de mettre en oeuvre l'article 177?» (COHEN-JONATHAN, G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, 1996, Montchrestien, París, p.142).

14. Sin embargo, también autorizadas voces han afirmado que la protección de los derechos fundamentales encuentra suficiente acomodo en el actual sistema de recursos (RODRÍGUEZ BEREIJO, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos», en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández Sola, N. (coord.), 2004, Dykinson, Madrid, pp. 11 y ss., p. 24).

15. *Vid.* ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Unión Europea, democracia y derechos humanos», en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, 2003, BOE, Madrid, pp. 25 y ss., p. 48.

16. CONV 350/02 de 17 de octubre de 2002.

justicia y asuntos de interior, que son mucho más sensibles a las violaciones de los derechos fundamentales ¹⁷.

Como decimos, nos resulta llamativo el resultado final. ¿Para qué necesitamos la incorporación de un texto sobre derechos fundamentales a los tratados si a la hora de la verdad se nos veda el acceso al juez europeo? ¿De qué nos sirve enunciar y proclamar derechos si se nos dificulta sobremanera su reclamación en caso de violación ¹⁸?

El temor a que una ampliación del acceso de los particulares al juez comunitario pueda implicar la admisión de una especie de acción popular frente a los actos comunitarios generales que paralice la labor del juez comunitario no es en nuestra opinión suficiente motivo para limitar tan estrictamente el control de la legalidad comunitaria ejercida por los particulares, especialmente en un contexto de ciudadanos comunitarios ¹⁹.

Justo es reconocer con Martínez Sospedra que la verdadera necesidad del recurso de amparo se siente cuando el particular no tiene acceso al recurso de inconstitucionalidad (como en el caso de la Constitución española) y el recurso de amparo se erige en el único modo de reclamar por la violación de derechos frente al Estado ²⁰. En estas condiciones, la imposibilidad para el particular de reclamar la anulación de la norma que viola sus derechos se vería paliada por el reconoci-

17. CONV 223/02 de 31 de julio de 2002 y CONV 295/02 de 26 de septiembre de 2002.

18. Cohen-Jonathan afirma que un sistema de protección de los derechos fundamentales demuestra su bondad o mérito no tanto por el contenido de los derechos que protege, sino por la existencia de recursos directos, accesibles y efectivos para el ciudadano. El reconocido autor añade que, a este respecto, el sistema comunitario deja bastante que desear, aun cuando la jurisprudencia del TJ en algunas escasas sentencias haya manifestado su deseo de aliviar las rígidas condiciones de admisibilidad de las que adolecen las vías procesales en relación al individuo (COHEN-JONATHAN, *cit.*, p.140). Algunos de los autores que, junto a Cohen-Jonathan, reclaman una mejora y simplificación de las vías procesales de los individuos ante el juez comunitario son: WELBROEK, D., y VERHEYDEN, A. M., «Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires», en *Cahiers de Droit Européen*, 1995, vol. 3 y 4, pp. 399 y ss., p. 403; KOVAR, R., y BARAV, A., «Variations nouvelles sur un thème ancien: Les conditions du recours individuel en annulation dans la CEE. À propos du cas d'un acte pris sous l'apparence d'un règlement», en *Cahiers de Droit Européen*, 1976, núm. 1, pp.73 y ss.; MOTTINHO DE ALMEIDA, J., «A contribuição da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para uma cidadania europeia», en *Divulgação do Direito Comunitario*, 1993, núm. 13, pp. 23 y ss.; McDONAGH, A., «Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en Droit Communautaire: Le cas de l'Article 175 du Traité CE», en *Cahiers de Droit Européen*, 1994, núm. 5 y 6, pp. 607 y ss.

19. El temor a que el TJ autorice una *actio popularis* se deja sentir en RUFFERT, M., «Rights and remedies in European Community Law: A comparative view», en *Common Market Law Review*, 1997, núm. 34, pp. 307 y ss., p. 335.

20. MARTÍNEZ SOPEDRA, M., «La Carta de Derechos de la UE: Algunos problemas», en *La Constitución Europea*, (Álvarez Conde, E., coord.), 2004 (en prensa).

miento de su derecho a reclamar por la violación de sus derechos fundamentales como tales. En este sentido, la puesta a disposición del particular en el sistema judicial de la UE del recurso de anulación, por medio del cual el particular puede solicitar del Tribunal Europeo la invalidez de una norma de la UE, supliría de algún modo la ausencia de un recurso directo por violación de los derechos fundamentales²¹. No obstante, y aun a riesgo de repetirnos, consideramos que el cicatero procedimiento previsto de acceso de la persona al recurso de anulación nos impide considerarlo como una alternativa adecuada a un eventual recurso similar a nuestro recurso de amparo y, por ende, profundiza y coadyuva en el tan sentido y reconocido déficit democrático de la Unión. Medidas como esta del abandono de la propuesta de mejorar y facilitar el acceso de la persona al juez comunitario no ayudan precisamente a evitar el divorcio entre la población europea y la propia Unión, ni evitan, sino que ahondan más bien en la distorsión y la percepción negativa de la ciudadanía sobre la labor y el trabajo de la misma.

3. LA NATURALEZA Y COMPOSICIÓN DEL PRAESIDIUM DE LA CONVENCION QUE REDACTÓ LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE: LA ESCASA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE SUS «EXPLICACIONES»

Entra dentro de lo lógico y razonable que un órgano formado por más de cien miembros, especialmente si en su composición es variopinto y plural, se dote de una pequeña célula de impulsión y dirección de sus trabajos. Entra también dentro de lo lógico y razonable que dicho micro-órgano se erija en un micro-cosmos que intente recrear y reflejar la composición variopinta y plural del órgano principal. Esto es, ni más ni menos, lo que ocurrió con las dos convenciones que han sido creadas en la UE hasta el momento, las cuales se dotaron de sendos *praesidia* integrados por el presidente de la convención, los dos vice-presidentes, dos representantes del Parlamento Europeo, los dos representantes de la Comisión, dos representantes de los parlamentos nacionales y los representantes de los gobiernos que ostentaron la presidencia de la UE mientras duraron los trabajos.

El *praesidium* es, por tanto, un órgano cuya naturaleza depende y es tributaria de la de la propia convención. Su composición es mixta y, al igual que dijimos al hablar de la legitimidad de la convención, difícilmente puede ser catalogado como un órgano democrático, mucho menos constituyente.

21. Rodríguez Iglesias afirma que el TJ ha sido reconocido como Tribunal Constitucional de la UE por obra del proyecto del Tratado Constitucional (RODRÍGUEZ IGLESIAS, *cit.*, p. 895).

Pues bien, el *praesidium* que redactó la Carta se tomó la molestia de elaborar unas «Explicaciones relativas al texto de la Carta» en las que, artículo por artículo, fue analizando someramente el origen de los derechos y principios allí incluidos, desgranando los instrumentos internacionales concretos en los que la convención se había inspirado para consignarlos (CEDH, Carta Social Europea, jurisprudencia del TJCE o del TEDH, etc.)²². Eran unos documentos de trabajo sobre las distintas partes del borrador de la Carta en las que iba explicando qué significaban algunos de los derechos contenidos, cuáles eran sus límites, en qué estaban inspirados. Era una especie de «trabajos preparatorios», dicho en terminología internacionalista, donde se indicaba cuál era la intención de los redactores. Algunas de estas Explicaciones estaban mejor escritas, otras menos, pero desde luego eran accesibles al público, al menos hubo transparencia en torno a ellas.

Fue todo un ejercicio de transparencia y un acertado intento de proximidad al ciudadano, puesto que las Explicaciones en más de una ocasión aclaran dudas e informan al ciudadano sobre el porqué de sus derechos.

Pero como se afirma al inicio de las mismas: *«Las presentes explicaciones se han elaborado bajo la responsabilidad del Praesidium. Carecen de valor jurídico y tienen simplemente por objeto aclarar las disposiciones de la Carta»*²³.

Nos interesa sobre todo la segunda frase aclarativa en la que se subraya y reconoce la ausencia de valor jurídico de las Explicaciones. No podía ser de otro modo. El análisis artículo por artículo que hizo el *praesidium* que redactó la Carta sobre la misma no constituye en modo alguno interpretación auténtica o autorizada de la misma. Por supuesto, merecen el respeto de haber sido compiladas por el órgano de impulso del órgano que, a su vez, redactó la Carta, pero nada más.

La primera sorpresa viene cuando se comprueba que el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales fue retocado por la segunda convención a fin de que su último párrafo enunciara como nuevo criterio hermenéutico de la propia Carta las citadas Explicaciones:

«La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales

22. COMUNIDADES EUROPEAS: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones relativas al texto completo de la Carta*, Diciembre de 2000, OPOCE, 2001.

23. p. 9 de las Explicaciones.

comunes de los Estados miembros, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *En este contexto, los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la convención que redactó la Carta.*

La cursiva es nuestra y su objeto es, en primera instancia, resaltar la parte del preámbulo de la Carta añadido por la segunda convención pero, sobre todo, recalcar la primera frase polémica del preámbulo que puede contribuir a ahondar en los problemas de legitimidad democrática del texto constitucional en relación con los derechos fundamentales.

Este cambio en el preámbulo resulta especialmente curioso: la novedad radica en que ahora se indica que los tribunales de la UE y de los propios Estados miembros deberán interpretar la Carta atendiendo a las explicaciones elaboradas por el *praesidium* de la primera convención, la que redactó la Carta. No creo que la idea sea demasiado acertada, sobre todo si tenemos en cuenta que la interpretación histórica de un tratado es sólo un modo de interpretación que se debe utilizar de modo subsidiario, si, y sólo si, a través de una interpretación objetiva y teleológica no llegamos a un resultado claro (art. 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados –y recordemos que el texto por el que se instituye una Constitución Europea es un tratado internacional–, como su propio nombre indica y que será en su día ratificado por los Estados, como todo tratado internacional). Por otro lado, no sé hasta qué punto se puede otorgar tal relevancia a las palabras de un órgano que, desde luego, no tiene la legitimidad de haber sido elegido democráticamente, tampoco la de ser un órgano formado por jueces o la de estar formado por miembros que han accedido al puesto por concurso. Ni siquiera se trataba de un órgano totalmente independiente. Por descontado que no era un órgano formado por expertos autorizados en derechos humanos, sino por políticos. Si se nos dice que el TEDH es quien lleva a cabo la interpretación auténtica del CEDH eso entra dentro de lo lógico y razonable, porque es un órgano judicial, pero el *praesidium* no es más que un *petit* comité dentro de la convención, un sub-órgano dentro del órgano, cuya función era dar impulso a los trabajos de la convención. La idea de que las aclaraciones hechas al texto por este tipo de órgano (que no sabemos hasta qué punto podemos catalogar de órgano de expertos) constituyan criterio hermenéutico obligado para los tribunales europeos y nacionales se nos antoja extraña y hace un flaco favor a la UE en aras al logro de su legitimidad democrática.

Pero la sorpresa se convierte en un estado permanente cuando se comprueba que la CIG reunida en Bruselas los días 17 y 18 de junio de 2004 y que ha aprobado el texto constitucional, añade al quinto párrafo del preámbulo de la Carta una coletilla final en el sentido de que las Explicaciones redactadas por el *praesidium* de la primera convención han de ser tenidas en cuenta por los tribunales de la UE y de los Estados tal cual han sido actualizadas por el *praesidium* de la segunda convención («*updated under the responsibility of the Praesidium of the European Convention*») ²⁴. En otras palabras, la ración de déficit democrático al final es doble: no sólo se convierte a las Explicaciones del primer *praesidium* en criterio constitucional de interpretación de la Carta, sino que, además, el segundo *praesidium*, que padece idéntico déficit democrático que la primera convención, ha reformado a su vez dichas Explicaciones, de forma y manera que a partir de ahora dichas reformas a las Explicaciones también deberán ser tenidas en cuenta por los tribunales de la UE y de los Estados miembros.

Por si quedase alguna duda, el tratado constitucional en su versión definitiva reitera en una Declaración que se incorpora al Acta Final que la CIG toma nota de las Explicaciones sobre la Carta preparadas por el *praesidium* de la primera convención tal cual estas han sido actualizadas por el *praesidium* de la segunda convención.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

1) El futuro de la UE está en formar una comunidad política supranacional que esté por encima de los intereses territoriales, una Unión cuyos ciudadanos elijan a sus representantes para que éstos a su vez elijan a su gobierno, el cual debería tomar decisiones para todo el territorio de la Unión. Asimismo, un documento político-jurídico de tal importancia como es una Constitución para Europa, con su declaración de derechos incluida, debería haber provenido de los representantes de los ciudadanos europeos, legítimamente elegidos por ellos mismos. Pero es evidente que aún no estamos preparados para eso.

2) Quizá por esta razón, el método que ha sido utilizado para redactar los dos documentos de calado más federalista surgidos hasta el momento en el seno de la Unión ha sido el método convencional. Estando de acuerdo en principio en que el método convencional mejora la protección con respecto al

24. Anexo 10 del documento CIG 85/04, de 18 de junio de 2004, PRESID 27, p. 17.

estrictamente intergubernamental ²⁵, sin embargo vale la pena preguntarse si, aun así, esto supone un retroceso para Europa. Los propios Estados miembros le pueden dar lecciones a Europa en esta cuestión puesto que sus constituciones nacionales no fueron elaboradas de este modo en el que la participación de la población es sumamente indirecta.

3) También es conveniente reflexionar sobre si supone un retroceso para Europa el que el tratado constitucional de la UE no arbitre una suerte de recurso de amparo frente a posibles ilícitos. Resulta paradójico que exista justicia constitucional en un buen número de países de la Unión pero que, sin embargo, la Constitución Europea se blinde frente la posibilidad de un recurso general por violación de los derechos fundamentales ante su TJ.

4) En última instancia, la pregunta que subyace es si el texto redactado por la segunda convención es una constitución o un tratado internacional. Porque o es una cosa u otra. ¿O no se tratará más bien de un tratado pseudo-constitucional que regula la vida y las instituciones de la UE pero sin que, ni por su modo de elaboración, ni por las garantías judiciales de los derechos que declara, se le pueda considerar como una verdadera Constitución?

5) Albergamos la duda sobre las consecuencias que podría tener para el conjunto de la legitimidad de la UE el que su norma máxima no sea legítimamente redactada y aprobada. ¿La UE se puede realmente permitir que unos países la ratifiquen tras un referéndum y otros manifiesten el consentimiento en obligarse sin consultar al pueblo? ¿No deberían establecerse unas reglas comunes –o más que reglas comunes, un criterio único– para la manifestación del consentimiento? Si la UE es consciente de su déficit democrático (como creemos que lo es) debería ser especialmente cautelosa y debería exigir la consulta directa a los pueblos de Europa sobre el tratado constitucional a través de referéndum. Aún se está a tiempo para subsanar, al menos parcialmente, los defectos del tratado en cuanto a lo que afecta a su legitimidad. La redacción no ha provenido de una asamblea constituyente pero aún se podría decidir su sometimiento final a referéndum. Sin embargo, no parece que vayan por ahí los tiros... Esperamos equivocarnos.

25. En este sentido se pueden consultar los artículos de: ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: su estatuto constitucional», en *RDCE*, 2003, núm. 1, pp. 943, y ss., p. 949; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Convención: ¿Éxito o fracaso?», en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, 2003, núm. 11, p. 2; RODRÍGUEZ BEREJO, A., «Entrevista al Presidente del Consejo para el debate sobre el futuro de la UE», en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, 2003, núm. 11, p. 3 y ss., p. 3.