

“ Los Derechos Fundamentales como instrumento de integración regional en Europa ”

Por Susana Sanz Caballero

Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia.
ssanz@uch.ceu.es



1. Introducción

Es de sobra conocida la particular idiosincrasia del proceso de integración europea. Se trata de un camino que aún se está recorriendo, con muchos altibajos y con un resultado y diseño final desconocido. Una pregunta clave en este proceso de integración política es el papel que desempeñan los derechos fundamentales en el mismo, si contribuyeron en el pasado y contribuyen hoy día a esa unión de Estados o, por el contrario, si su tratamiento y la controversia que suscitan constituyen una rémora para la integración. A esa pregunta vamos a intentar dar respuesta en las siguientes líneas.

Entre los llamados padres de la construcción europea siempre se recuerda a Jean Monnet, Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Konrad Adenauer o Altiero Spinelli. A veces también se cita a Winston Churchill. Pero a menudo la doctrina olvida a Joseph Beck¹, un político luxemburgués que acuñó una frase que resume como pocas la manera tan peculiar que tiene de construirse la Europa unida. Según Beck, la integración en Europa avanzaba como las procesiones de su pueblo, en las que se desfila dando dos pasos hacia adelante y uno hacia atrás, dos hacia adelante y uno hacia atrás, y así hasta llegar a destino. Con este modo de caminar siempre se llega a la meta pero más tarde de lo que se podría haber llegado y con desesperantes momentos de retroceso. Así es también como se ha ido construyendo y se sigue construyendo la protección de los derechos fundamentales en Europa, con notables pasos adelante, pero también con decepcionantes recules que no deben preocupar excesivamente porque sirven para coger nuevas fuerzas y suelen terminar dando otro gran paso adelante.

Por tanto, la respuesta a esta pregunta clave para la integración europea es sin duda positiva. Es más, es muy positiva pese a casos muy sonados que jalonan la historia reciente de este continente, casos que han ido apareciendo en la prensa y en los que se comprueba que los derechos fundamentales, en lugar de ser un elemento de unión, a veces se han convertido en un motivo de disidencia. A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes:

1) Durante la firma del Tratado de Lisboa en 2007, que otorgó a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea² el mismo valor que a los tratados, Reino Unido, Chequia y Polonia hicieron un *opt-out* a la misma con el fin de que

1. Las referencias bibliográficas a Beck no son muy numerosas y, a menudo, son indirectas. Véase: DEBASA NAVALPOTRO, Felipe: *Jean Monnet y la Carta fundacional de la Unión Europea. La Declaración de 9 de mayo de 1950*, Servicio de Publicaciones de la URJC, Madrid, 2004, p. 29.

2. Sobre la Carta, véase: BURGORGUE-LARSEN, Laurence: "Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne", en *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, p. 148; FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: "Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, 2003, p. 42; MENÉNDEZ, Agustín José: "Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión", en *La Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández sola, Natividad (Ed.), Dy-

no la apliquen sus tribunales internos ni la puedan alegar en juicio los demandantes que presenten pleitos ante órganos judiciales de estos tres países.

2) Unos años antes, durante la cumbre de Niza de diciembre de 2000, los Estados miembros de la UE se habían negado a dar valor obligatorio a la recién redactada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, porque concitaba demasiados disensos, de modo que este documento quedó en un limbo jurídico, como mera declaración de carácter político, hasta la firma del Tratado de Lisboa³.

3) El tercer ejemplo es más antiguo, hay que retrotraerse hasta la firma del Tratado de Maastricht de 1992. En ese momento, el Reino Unido rechazó el aumento de derechos sociales que traía consigo el Tratado, lo cual llevó a que se tuviera que aprobar un Protocolo adicional a fin de que su negativa no paralizara la conclusión del tratado de reforma. Ese protocolo se denominó Protocolo Social y fue suscrito por once de los entonces doce Estados miembros de la UE.

Resulta decepcionante la pugna entre Estados por cuestión de derechos fundamentales, en lugar de ser elemento de consenso a veces sea de disenso. Pero realmente esto algo que ocurre y Europa no es una excepción. Sin embargo, es más lo positivo que lo negativo, es más lo que los derechos fundamentales han hecho en pro del proceso de integración europea que lo que han supuesto de elemento de desunión. Con el fin de ilustrar esta realidad, se articulará la exposición en torno a cinco grandes argumentos: 1) En Europa no existe sólo una única organización que promueva la protección de los derechos fundamentales, sino al menos dos: el Consejo de Europa y la Unión Europea. 2) La UE ha sabido enmendar su error y ha creado un sistema de protección de los derechos fundamentales de manera sobrenvenida. 3) En Europa tampoco preocupa pedir prestado aquello de lo que se carece y por eso la UE ha solicitado la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del Consejo de Europa. 4) El complejo europeo de déficit democrático ha actuado como acicate para iniciar la protección de los derechos fundamentales y para, después, mejorarla. 5) Para demostrar su compromiso (sobrevenido y converso) en materia de derechos fundamentales, la UE ha creado la Agencia de Derechos Fundamentales.

kinson, Zaragoza, pp. 93-126 y POIARES MADURO, Miguel: "The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights", en la misma obra, pp. 287-331; MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.): *Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008; SANZ CABALLERO, Susana: "La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: un essai de démolition", en *Droits de l'homme: souveraineté et ingérence*, 2002, Ed. Revue Marocaine d'Administration Locale et Développement, pp. 189-195 y "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el futuro de la UE", en *Noticias de la Unión Europea*, 2003, vol. 221, pp. 47-58.

3. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la protección de los derechos humanos", en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, FERNÁNDEZ SOLA, NATIVIDAD (Ed.), Dykinson, Zaragoza, 2003, pp. 11-35, p. 22 y 23.

2. El modelo europeo de integración europea a través de los derechos fundamentales

2.1. Europa cuenta con dos organizaciones internacionales diferentes que se ocupan de la integración a través de los derechos fundamentales, el Consejo de Europa y la Unión Europea

Cuando se habla de la protección de los derechos fundamentales en Europa, se ha de saber que este continente, en vez de un único sistema de protección tiene dos, el del Consejo de Europa y el de la UE⁴. Incluso se podría hablar de tres, si se cuenta la dimensión humana de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)⁵. Sin embargo, a continuación se hará referencia al sistema convencional del Consejo de Europa y, sobre todo, al supranacional de la UE, porque son los más avanzados y depurados. Así, a falta de una organización para integrar a los Estados europeos a través de los derechos fundamentales, en Europa hay al menos dos: una creada *ex professo* para este fin, el Consejo de Europa, y otra "conversa" en relación con los derechos fundamentales, la Unión Europea⁶.

Conviene empezar recordando cómo fue la puesta en marcha del sistema de protección de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa y cómo fue la puesta en marcha del de la UE, porque no puede ser más diferente el modo de aparición de los derechos fundamentales en uno y otro. Ambos, el Consejo de Europa y las Comunidades Europeas (CCEE) -que son las organizaciones internacionales sobre cuya base se ha creado la actual UE-, surgieron en una misma época y comparten las mismas razones y lógica de creación, pero a la hora de proteger los derechos fundamentales sus procedimientos no pudieron ser más divergentes. Consejo de Europa y CCEE surgieron en la dinámica pro-europeísta que se extendió tras la Segunda Guerra Mundial. Tras esta contienda, los Estados europeos entonan el mea culpa y hacen un propósito de enmienda. Entre otras razones, este conflicto fratricida se ha producido porque

4. COHEN-JONATHAN, Gérard: "Sur la pluralité des systèmes européens de protection des droits de l'homme", en *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, vol. 4, pp. 615-649; DE SALVIA, Michel: « L'élaboration d'un ius commune des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne », en *Protecting human rights. The European dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda*, Carl Heymans (ed.), 1988, pp. 555-563; PÉREZ DE NANCLARES, José: "Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos. Reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH", en *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Aznar, Mariano y Cardona, Jorge (eds.), tomo 1, 2012, pp. 791-820.

5. PENTIKÄINEN, Merja y SCHEIMIN, Martin: "A comparative study of the monitoring mechanisms and the important institutional frameworks for human rights protection within the Council of Europe, the CSCE and the European Community", en *Monitoring human rights in Europe*, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 93-119.

6. SANZ CABALLERO, Susana: "La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas", en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández Sola, Natividad (Ed.), Dykinson, Zaragoza, pp. 59-92, p. 60.

los Estados europeos no colaboraban entre sí, de modo que ahora deciden cooperar creando instituciones comunes y organizaciones de carácter europeo. A esa lógica responde la creación de: 1) el Consejo de Europa a través del Estatuto de Londres en 1949, 2) la creación de la primera Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que surgió un poco después, en 1951, a través de Tratado de París, 3) así como la creación de las dos últimas Comunidades Europeas, la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) en 1957, a través de los Tratados de Roma.

El Consejo de Europa se creó sobre todo por y para que los Estados europeos cooperasen en materia de derechos fundamentales. No en vano, al año siguiente de su creación se había redactado en su seno el tratado internacional más importante en materia de derechos fundamentales que se ha hecho en la historia de Europa. Ese tratado es el CEDH, auspiciado por el Consejo de Europa en 1950, y cuya relevancia no ha disminuido a través de los años. Resulta sorprendente que el Consejo de Europa tuviera listo en solo un año el convenio europeo más emblemático en materia de derechos fundamentales, que crea un órgano judicial para garantizar la aplicación de los derechos que enuncia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Y en 1961 el Consejo de Europa complementó este convenio, que compendia los derechos civiles y políticos que se respetarán en Europa, con la Carta Social Europea (CSE), otro tratado internacional dedicado a la protección de los derechos humanos, pero esta vez de los económicos y sociales y un tratado que también incluye un sistema de garantías -aunque éste no es de carácter judicial.

El propio Estatuto del Consejo de Europa establece claramente en su artículo 3 que quien aspire a ser miembro del Consejo de Europa, además de ser un Estado europeo, debe ser un Estado de Derecho y respetar los derechos fundamentales⁷. Este artículo se conoce como el imperativo ideológico de la organización. Por esta razón, todos los países que surgieron de la disolución del bloque comunista en Europa no fueron admitidos en el Consejo de Europa hasta después de 1990, esto es, hasta que demostraron su alejamiento de los regímenes totalitarios y su apuesta por la protección de los derechos fundamentales. El número de Estados miembros del Consejo de Europa ha crecido exponencialmente desde los 10 Estados fundadores hasta los 47 actuales, englobando a prácticamente todos los Estados del continente europeo (salvo Belarús). Entre sus miembros contamos con algunos aprendices de democracia, más que auténticos Estados democráticos.

Con esta evocación al origen del Consejo de Europa se comprueba la apuesta total y absoluta que se hizo en el Consejo de Europa por los derechos fundamentales des-

de un principio. Esa apuesta ha continuado hasta nuestros días, porque el Consejo de Europa sigue siendo referencia en la protección de los derechos fundamentales y ha auspiciado hasta 33 tratados diferentes relativos a derechos fundamentales, el último de ellos de 2011, relativo a la erradicación de la violencia contra la mujer en el hogar y la violencia doméstica.

En cambio, si se vuelve la vista ahora a la UE y a las CCEE, que estuvieron en la base de la creación de la actual UE, se comprueba que no hay ni una sola mención a los derechos fundamentales en sus tratados constitutivos. Ni en el Tratado CECA de 1951 ni en los de la CEEA y la CEE de 1957 hay referencia a los derechos fundamentales como tales. Este vacío no deja de ser llamativo puesto que, aunque no estuviera por escrito entonces en ningún tratado comunitario, era evidente que cualquier Estado que quisiera ser miembro de las CCEE debía ser no sólo una economía de mercado sino también una democracia y por tanto, un Estado respetuoso de los derechos fundamentales. Ésta siempre ha sido una condición implícita o sobreentendida de adhesión a las CCEE. Es difícil entender por qué no se hizo un alegato en favor de los derechos fundamentales en los tratados constitutivos que están en el origen de la actual Unión cuando, sin embargo, un buen número de organizaciones internacionales coetáneas de las CCEE sí que los mencionaban en sus textos instituyentes. Entre ellos, la ONU, la UNESCO, la UEO y hasta el Tratado del Atlántico Norte creador de la OTAN.

Las razones de este silencio de los tratados constitutivos pueden ser varias:

Al haberse creado de modo paralelo el Consejo de Europa, y dado que esta organización ya protegía los derechos fundamentales, se pensó que era innecesaria esa mención a los derechos fundamentales en los tratados constitutivos de las CCEE. Se pensó que ya estaban suficientemente protegidos en Europa gracias al Consejo de Europa, del que todos los Estados miembros de la CECA, a su vez, formaban parte⁸.

El silencio también pudo deberse a un intento por evitar temas con connotaciones políticas y para conjurar el peligro de que las CCEE fracasaran como habían fracasado ya dos proyectos de carácter marcadamente político: las fallidas Comunidad Europea de Defensa y Comunidad Política Europea. Por ello, las CCEE se ciñeron a lo puramente económico.

Por ende, en aquel momento, se pensaba erróneamente que unas organizaciones internacionales como las CCEE, con competencias de carácter económico, se ocuparían de temas demasiado técnicos y que en el ejercicio de sus competencias difícilmente podrían violar los derechos fundamentales.

En los tratados constitutivos de las CCEE aparecía dis-

7. "Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero".

8. PÍ LLORÉS, Montserrat: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999 y SALINAS DE FRÍAS, Ana: *La protección de los derechos fundamentales en la UE*, Málaga, 2000.

perso, aquí y allá, algún derecho que uno puede identificar como derecho de carácter fundamental, como la libertad de circulación para los nacionales de los Estados miembros, la libertad de empresa o el derecho a igual remuneración para igual trabajo, pero aparecían no como auténticos derechos fundamentales, sino como instrumentos necesarios para garantizar el mercado común y el libre cambio⁹. En este sentido, no se codificaron como auténticos derechos fundamentales sino, como requisitos básicos para garantizar los objetivos del mercado común. Con ello se demuestra que, en sus inicios, las CCEE eran más una Europa de mercados que una Europa de ciudadanos y que a la persona se la consideraba como un mero factor de producción, un mero agente económico, más que como un ser humano portador de derechos.

Rememorar la escueta y cicatera base jurídica que existía en los orígenes de la protección de los derechos fundamentales de la Unión no hace sino contribuir a magnificar y valorar, en toda su dimensión, el salto que ha dado la UE en este ámbito; cómo partiendo de la nada, ha podido llegar tan lejos; cómo sin tener prácticamente una base en los tratados constitutivos ha podido crear todo un sistema de protección de los derechos fundamentales que se fue viendo que era fundamental para conseguir la integración europea, y que hoy, a falta de un único instrumento de protección, está basado en al menos tres: la jurisprudencia de su tribunal, el TJUE; una carta propia de derechos fundamentales que, además, hoy ya es obligatoria; y una convención, el CEDH, al que la UE se va a adherir. Todo esto demuestra que la UE no se podía construir de espaldas a los derechos fundamentales y que los Estados miembros, conscientes de ello, fueron acordando el modo a través del cual su integración política y económica también respetara los derechos fundamentales.

2.2. La UE sabe enmendar sus errores: dado que no se previó un sistema de protección de los derechos fundamentales, éste se ha ido creando de manera sobrenvenida

Durante años, cuando al Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)-, le llegaba un asunto relativo a derechos fundamentales o en el que una de las partes alegase la violación de algún derecho fundamental, el tribunal comprobaba si el invocado era uno de los escasos derechos que

aparecían mencionados expresamente en los tratados, por ejemplo, la igualdad salarial o la libertad de empresa. Si era así, lo tenía en cuenta en la resolución del litigio. Pero si no estaba en los tratados, como era el caso con la mayoría de los derechos (como los derechos a la vida privada y familiar, a la libertad de expresión, a un juicio justo o a no ser detenido arbitrariamente, por ejemplo) entonces el tribunal no podía darle la razón a la víctima porque los tratados no contemplaban ese derecho. En esos litigios, el tribunal concluía que el asunto no era de su competencia o que no podía darle solución, basándose en argumentos de derechos fundamentales¹⁰. Esto empezó a crear una sensación de injusticia e impotencia, y lo que es más peligroso, empezó a generar una airosa respuesta de algunos tribunales constitucionales como el alemán y el italiano, que no entendían cómo las CCEE podían proteger menos los derechos fundamentales que los propios Estados miembros. Estos tribunales internos manifestaron su malestar porque se dejaba a las personas en situación de indefensión y retaron con llevar a cabo un control de constitucionalidad del Derecho Comunitario, lo cual hubiera supuesto el fin de la autonomía y la primacía del ordenamiento comunitario¹¹.

Lo cierto es que desde el punto de vista de la lógica de los derechos fundamentales, casi era mejor no traspasar una competencia estatal a las CCEE, porque mientras la mantuviera el Estado, estaba sometida al control estatal de constitucionalidad y amparo de los derechos fundamentales, pero, una vez cedida la competencia, los tratados constitutivos de las CCEE ya no protegían la mayoría de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados en el ámbito de esa competencia transferida. Por eso y para evitar males mayores, el tribunal en 1969 cambió su discurso inhibicionista y en la sentencia STAUDER¹², relativa al derecho a la dignidad de la persona, dijo que empezaría a proteger los derechos fundamentales en base a una fuente del derecho no escrita y muy poco usada en el ámbito comunitario hasta ese momento como eran los principios generales del Derecho.

En sentencias posteriores, el tribunal completó y complementó su argumentación añadiendo en la sentencia NOLD de 1974¹³ que para localizar los principios generales que le indicaban los derechos fundamentales que serían aplicables en el ámbito comunitario, se inspiraría en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y también en los tratados internacionales relativos a derechos humanos que hubieran ratificado los Estados miembros y muy especialmente, el CEDH.

Así fue el comienzo de la protección de los derechos fundamentales en las CCEE y así es como ha continuado

9. El art. 214 TCE establecía la garantía del secreto profesional, el art. 6 TCE la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, el art. 40.3 la prohibición de la discriminación entre productores y consumidores en el ámbito de las organizaciones de consumidores de mercados agrícolas, el art. 48.2 la prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de Estados miembros en cuanto a retribución, empleo y demás condiciones de trabajo, el art. 119 la igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras, el art. 36 la protección de la propiedad industrial y comercial, el art. 118.1 TCE y 46.2 TCECA la promoción de los derechos sindicales y de la mejora de las condiciones de vida, seguridad social, formación profesional, derecho de asociación y derecho a la negociación colectiva, el art. 222 TCE la tutela de los distintos regímenes de propiedad de los Estados miembros y los arts. 48 y 52 la libertad de circulación y establecimiento.

10. Véase sentencia del TJCE de 4 de Febrero de 1959, FRIEDRICH STORK/ALTA AUTORIDAD, C-1/58, Rec. 1959, pp. 43 ss.

11. Sentencia del FRONTINI de 27 de Diciembre de 1973 del Tribunal Constitucional italiano y SOLANGE de 29 de Mayo de 1974 del Tribunal Constitucional alemán.

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

13. Sentencia del TJCE de 14 de Mayo de 1974, NOLD/ COMISIÓN, C-4/73.

siendo durante décadas. Con ello, el Tribunal de Justicia nos demostró su dinamismo y su imaginación, pero sobre todo nos demostró que las CCEE/UE saben reaccionar y enmendar sus errores.

2.3. La integración de los derechos fundamentales puede exigir préstamos y la UE ha hecho uso de esta posibilidad con el CEDH del Consejo de Europa

La mención y el uso del CEDH por parte del Tribunal de Justicia han sido profusos desde la sentencia NOLD de 1974. Es más, desde los años setenta, cuando le llegaban al Tribunal de Justicia casos con connotaciones para los derechos fundamentales, el tribunal fue cogiendo confianza: donde al principio solo citaba el CEDH de modo genérico, luego pasó en sucesivas sentencias a citar artículos concretos del CEDH, e incluso después pasó a citar también sentencias del TEDH, esto es, jurisprudencia del tribunal de otra organización internacional en apoyo de sus argumentaciones jurídicas, como si fuera jurisprudencia propia¹⁴.

Todo esto hizo que desde el Parlamento Europeo y desde la Comisión Europea se sugiriera ya en los años setenta que las CCEE se adhirieran al CEDH. La idea consistía en que, si informalmente las instituciones comunitarias usaban este instrumento jurídico de otra organización internacional, que al menos se diera el paso valiente de adherirse al convenio. De ese modo, se daría por zanjado el vicio de origen que se atribuía a las CCEE y que consistía en que no tenían una declaración de derechos propia ni un sistema de protección de los derechos fundamentales adecuado¹⁵.

Durante décadas se habló y escribió mucho sobre la posibilidad de que las CCEE –o luego la UE– se adhirieran a este tratado internacional auspiciado por el Consejo de Europa¹⁶. Incluso había quien decía que, dadas las competencias económicas de la UE, también la adhesión debería ser a la Carta Social Europea de esa misma organización. Sin embargo, cuando parecía que esto era posible, el Consejo de la UE le presentó al Tribunal de Justicia una solici-

tud de dictamen preguntando si los tratados permitían la adhesión. Eran principios de los años noventa, se acababa de crear la UE a través del Tratado de Maastricht, era un momento de euro-optimismo y parecía factible que la respuesta del tribunal fuera positiva. Por eso, el dictamen del TJCE fue un mazazo. El 28 de marzo de 1996 el Tribunal de Justicia emitió una opinión consultiva que claramente establecía que en el estado actual del Derecho Comunitario, en ese momento histórico, no era posible la adhesión¹⁷. La argumentación del tribunal era lógica y coherente, aunque fuera también decepcionante: la razón por la que el Tribunal de Justicia había empezado a proteger los derechos fundamentales en 1969 con la sentencia STAUDER fue precisamente para cubrir y enmendar la falta de valentía de los Estados miembros, que cuando negociaron los tratados constitutivos no incluyeron una competencia para las CCEE en materia de derechos fundamentales. Por tanto, si los Estados miembros no tomaban ahora la iniciativa de reformar los tratados, a fin de incluir los derechos fundamentales como competencia o política de la UE, los jueces europeos no tenían por qué sustituir a los estadistas en su trabajo legislativo. Por tanto, los jueces comunitarios decidieron que no iban a hacer otra vez el trabajo por los Estados miembros con su dictamen. A mayor abundamiento, el dictamen fue emitido en una época en la que los Estados miembros estaban discutiendo la reforma del que luego sería llamado el Tratado de Ámsterdam, de modo que la opinión del tribunal se podía considerar realmente como una invitación a los Estados para que incluyeran un sistema de protección de los derechos fundamentales en los tratados aprovechando que estaban debatiendo sobre la reforma de la Unión en esos instantes, cosa que no hicieron. Aunque el Tratado de Ámsterdam mejoró y amplió mucho el contenido y el número de derechos que serían objeto de protección¹⁸, sin embargo no incluyó un auténtico sistema o competencia de la UE en la materia. Los derechos fundamentales siguieron siendo considerados como una condición para la legalidad de los actos comunitarios pero no se creó un mecanismo de protección de los mismos, sino que siguieron siendo monitorizados a través del expediente de los principios generales que había sido acuñado previamente por el tribunal.

Toda esta controversia a cuenta del dictamen del Tribunal de Justicia demuestra que los Estados miembros de la UE también discuten por los derechos fundamentales, unos porque creen que los protegen más que la propia UE –como Finlandia o Suecia– y otros porque no quieren que la UE les dicte cómo deben protegerlos –como el Reino Unido. La conclusión es que en ese momento los derechos fundamentales no sirvieron para integrar Europa sino para lo contrario. Sin embargo, la UE, fiel a su modo de actuar tradicional, jalonado de pasos atrás seguidos de notables saltos hacia delante, regaló un nuevo hito en pro de la integración y la protección de los derechos fundamentales con la reforma de los tratados que tuvo lugar en 2007, es decir,

14. Aunque normalmente este uso del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJUE ha sido positivo, en ocasiones ha llevado a contradicciones y divergencias entre ambas jurisprudencias, incluso en ocasiones a interferencias entre ambos sistemas (SANZ CABALLERO, Susana: "Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Luxemburgo versus Estrasburgo", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, vol. 17, pp. 117-160; "El control de los actos comunitarios por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 10, pp. 473-513 y MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique: "La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, n. 44, pp. 155-190).

15. CHUECA SANCO, Ángel: "Por una Europa de los derechos humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández Sola, Natividad (Ed.), Dykinson, Zaragoza, pp. 37-56.

16. CHALTIEL, Florence: "L'UE doit-elle adhérer à la CEDH ?", en *Revue du marché commun et de l'UE*, 1997, n. 404, pp. 34-50; FERRARI BRAVO, Luigi: « Problemi tecnici dell'adesione della CE alla CEDH », en *Rivista di Diritto Europeo*, 1979, pp. 347-359; SPERDUTTI, Giuseppe: «Le rattachement des CCEE à la CEDH», en *Revue du Marché Commun*, 1980, n. 4, pp. 179-183.

17. SANZ CABALLERO, Susana: "A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE/UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 2003, vol. 11, supl., pp. 69-80

18. SANZ CABALLERO, Susana: "Los derechos fundamentales en el Tratado de Ámsterdam: una reforma tímida pero positiva de los tratados constitutivos", en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 1998, n. 4, supl., pp. 58-77.

la del Tratado de Lisboa, que de nuevo plantea como meta, ni siquiera como posibilidad, sino como una auténtica obligación y un fin, la adhesión de la UE al CEDH en su artículo 6.2. Esa adhesión se está negociando en estos momentos entre el Consejo de Europa y la UE¹⁹ y el 5 de abril de 2013 se presentó el informe final sobre la adhesión²⁰.

Lo cierto es que aunque esa adhesión es importante, incluso necesaria para la UE –puesto que tendrá como efecto principal que la propia organización estará obligada por el mismo tratado de derechos humanos por el que están obligados sus Estados miembros–, es todo menos sencilla. Porque para que entre en vigor, hará falta la ratificación de los 47 Estados miembros que forman el Consejo de Europa (entre ellos, la de los 27 que a su vez son miembros de la UE). En todo caso y pese a su dificultad, el gesto de la UE decidiendo adherirse al CEDH es una demostración de que en esta integración, a través de los derechos fundamentales en la UE, no importa pedir prestado (en este caso, pedir prestado un convenio de otra organización internacional). Es más, al Consejo de Europa tampoco le importa dejar prestado y ha aceptado gustoso esta adhesión que demuestra el éxito de su convenio más emblemático, manifestado en el hecho de que hasta una organización internacional de carácter supranacional lo quiere asumir como propio. Además, este mandato actual por el que la UE se debe adherir al CEDH nos demuestra que Beck estaba en lo cierto: a veces se dan pasos hacia atrás, como cuando en 1996 el Tribunal de Justicia impidió la adhesión de la UE al Convenio, pero otras veces los pasos son auténticas zancadas hacia adelante, como ahora, cuando el Tratado de Lisboa obliga a la adhesión.

2.4. El déficit democrático ha actuado como acicate para iniciar la protección de los derechos fundamentales y para, después, mejorarla

Durante décadas se ha hablado y se sigue hablando del déficit democrático de la UE. Con esta expresión, se reprochaba a la UE que su Comisión Europea, el germen del futuro gobierno europeo no tuviera la legitimidad de las urnas; que el Parlamento Europeo gozara de escasísimos poderes siendo como es la única institución elegida por los ciudadanos; así como la falta de transparencia y cercanía de la UE al ciudadano. Para paliar el déficit democrático, que es algo que ha acomplejado y ha capitidismuido bastante el trabajo de la UE, se han llevado a cabo acciones a lo largo de los últimos años. Entre ellas, se ha convertido al Parlamento Europeo en co-legislador y se le ha dado un mayor control político sobre las otras instituciones y órganos. También ha servido para paliar el déficit democrático, la creación del estatus de ciudadanía europea por el Tratado de Maastricht de 1992. Asimismo, ha servido la reforma que supuso el Tratado de Ámsterdam en 1997, que contiene un nuevo artículo que estipula que la UE promueve la democracia, la igualdad, la solidaridad e incluye acciones para lograr estos

objetivos, con la posibilidad incluso de sancionar al Estado miembro que viole los principios democráticos. Por último, se ha incorporado al tratado, la prohibición expresa (antes era sólo algo implícito) de ingresar en la UE si no se es un Estado democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Otra de las iniciativas ideadas para huir de esa lacra, que es la acusación de déficit democrático, ha sido la reciente creación en el Tratado de Lisboa de la iniciativa ciudadana europea, que abre el paso a los ciudadanos europeos para que, si consiguen un millón de firmas, las instituciones europeas legislen a nivel europeo en la materia que les sea propuesta²¹, habiéndose ya alcanzado el millón de firmas necesario para la primera iniciativa ciudadana que propugna el reconocimiento del derecho al agua como un derecho fundamental.

Pero otra acción que ayuda a este propósito de paliar el déficit democrático consiste, sencillamente, en dar más relevancia a los derechos fundamentales como instrument o para mostrar la existencia de unos valores comunes, un sustrato de principios compartidos por todos los Estados miembros de la UE, un patrimonio común²². Y todo esto se demuestra en el hecho de que los derechos fundamentales se protejan como principios contenidos en tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que se haya elaborado una declaración de derechos propia y que se haya promovido la adhesión al CEDH. Por eso, a ese complejo de la UE, sabedor de su déficit democrático, también le debemos que se haya paliado el vicio de origen que se le atribuía que consistía en carecer de un sistema de protección de los derechos fundamentales.

2.5. El compromiso con los derechos fundamentales se ha evidenciado e institucionalizado con la creación de una agencia europea de derechos fundamentales

Como se ha indicado anteriormente, la Unión no se suele enrocar en sus posiciones sino que, más pronto o más tarde, acaba enmendando sus errores. En este sentido, si no ha previsto algo y es consciente de que ese algo le falta, resuelve ese vacío o problema más tarde. Así, para demostrar su compromiso con los derechos fundamentales, en 2007 la UE creó una agencia de derechos fundamentales.

La creación de esta agencia tiene una doble lectura. Por un lado, una lectura positiva, porque siempre es bueno crear un órgano que demuestre el compromiso de la UE en materia de derechos fundamentales, algo que además con-

21. Art. 11.4: "Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

22. SANZ CABALLERO, Susana: "Algunos signos de déficit democrático en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el proyecto de Constitución Europea", en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, 2005, Ed. Escuela Diplomática, José Pérez de Nancloares (coord.), pp. 273-288.

19. ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA: *La adhesión de la UE al CEDH: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, APDHE, Madrid, 2011, *passim*.

20. COUNCIL OF EUROPE: *Final Report to the CDDH: Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the EU to the ECHR*, 5 de abril de 2013, Estrasburgo, Doc. 47+1(2013)008.

tribuye a la integración europea. Pero también tiene una interpretación negativa, porque se suele decir que cuando la UE tiene un problema que no sabe cómo resolver, lo que hace es crear una agencia para que lo gestione.

La UE creó a través del Reglamento 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE²³, con sede en Viena. La creación de esta Agencia fue la manera que tuvo de la UE de enmendar dos fracasos anteriores: 1) la incapacidad de la UE para otorgar valor vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la cumbre de Niza de 2000. 2) El abandono del Tratado Constitucional Europeo, que hubiera dado valor vinculante a esa Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El objetivo de la Agencia se establece en el artículo 2 del Reglamento y consiste en proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la UE y de sus Estados, asistencia y asesoramiento en materia de derechos humanos con el fin de ayudarles a respetarlos cuando adopten medidas en esferas de competencia de la UE. El artículo 4 clarifica estos objetivos generales y dice que sus funciones serán: recoger, analizar y divulgar datos objetivos y fiables; desarrollar nuevos métodos para mejorar la comparabilidad y fiabilidad de los datos; fomentar la investigación sobre los derechos fundamentales; elaborar y publicar conclusiones y dictámenes sobre temas concretos, por iniciativa propia o a petición de las instituciones de la UE y fomentar el diálogo con la sociedad civil para sensibilizar al público sobre los derechos fundamentales. Es importante saber que la Agencia no puede examinar denuncias individuales ni interestatales. La Agencia nació con vocación de colaborar con organizaciones internacionales vinculadas a la protección de los derechos humanos, como el Consejo de Europa o la OSCE. También debe coordinar sus tareas con las del Defensor del Pueblo Europeo, para que no se solapen.

La creación de la Agencia no pasó desapercibida en el Consejo de Europa, es decir, en la organización que lleva más de sesenta años predicando en Europa el respeto de la dignidad humana y apostando por los derechos humanos. Aunque, formalmente, la creación de la Agencia de la UE fue aplaudida desde el Consejo de Europa, desde el seno del mismo se duda sobre hasta qué punto no supone una duplicidad innecesaria, puesto que las funciones que realiza ya las realizaban hasta el momento algunos órganos del Consejo de Europa como el Comisario de Derechos Humanos o la Comisión de Venecia en favor de la UE. En todo caso, para evitar esas duplicidades y garantizar la complementariedad, el Reglamento de la Agencia prevé el nombramiento de una persona independiente del Consejo de Europa en el Consejo de Administración de la Agencia. La Agencia debe convertirse con el tiempo en el centro de promoción de una cultura europea de derechos humanos, pero huelga decir que el Consejo de Europa ha sido siempre el referente en materia de derechos fundamentales del continente europeo y que su trabajo ha constituido un laboratorio de ideas que está siendo emulado e imitado ahora por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales.

Oficialmente, Consejo de Europa y UE colaboran de modo estable y casi diario en material de derechos fun-

damentales. La máxima demostración está en las negociaciones actuales sobre la adhesión de la UE a un tratado del Consejo de Europa como es el CEDH. Sin embargo, entre bambalinas, en conversaciones informales, las autoridades del Consejo de Europa a menudo comentan que la UE es abusiva en sus condiciones, burda en su modo de plagiar el trabajo del Consejo de Europa y que quien realmente tiene la vocación humanista es el Consejo de Europa y no la UE, que mientras el Consejo de Europa es la Europa de las ideas, la UE sigue siendo la Europa de los mercaderes.

3. Un nuevo revés para la integración en el ámbito de los derechos fundamentales en Europa: el opt-out de tres Estados miembros a la obligatoriedad de la Carta de Derechos Fundamentales

La UE no está terminada. Ni en materia económica, ni en materia política, ni en materia fiscal, ni mucho menos en materia de defensa o de derechos fundamentales. Este proceso se asemeja a una escalera en la que poco a poco se van subiendo peldaños. A veces hay que pararse a descansar y hasta, en ocasiones, el peso del cuerpo tira a uno para atrás y obliga a bajar algún escalón, pero la meta está clara, y se sigue subiendo poco a poco, también en materia de derechos fundamentales. Europa es consciente de que si quiere una unión, sea del tipo que sea, si quiere una integración en el siglo XXI, debe ser una unión y una integración basadas en el respeto de los derechos fundamentales. No hay alternativa, afortunadamente.

En este momento, la UE ha conseguido avanzar y sofisticar extraordinariamente la protección. Estamos en un tiempo en el que la protección de los derechos fundamentales es de carácter jurisprudencial, pero también incluye una tutela basada en las constituciones de los Estados miembros, incluso tiene un mecanismo supranacional propio (el de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión) y pronto también tendrá otro de carácter convencional con la adhesión al CEDH. Además, junto a esas grandes iniciativas jurisprudenciales, nacionales, supranacionales y convencionales, se han ido añadiendo otras más concretas que llevan al mismo resultado, esto es, a proteger los derechos fundamentales, como son ciertas normas de derecho derivado, entre ellas, la Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos de 2012²⁴, la Directiva sobre la orden de protección europea para víctimas de delitos de 2011²⁵ o, antes de ellas, la Decisión marco sobre la lucha contra la explotación sexual de menores de 2003²⁶, entre cientos de medidas adoptadas en el seno de la UE.

Sin embargo, a veces nosotros mismos somos nuestros propios enemigos, y no es la primera vez que algunos Estados miembros se desligan de decisiones adoptadas por todos los socios de la UE relativas a derechos fundamentales. Así, se entiende mal el no de tres países de la UE a aceptar la obligatoriedad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que ellos mismos habían ayudado a redactar, cada uno por distintas razones. Y es que, a veces también

23. DOUE L 53/01 de 22 de Febrero de 2007.

24. DOUE L 315/57 de 14 de Noviembre de 2012.

25. DOUE L 338/2 de 21 de Diciembre de 2011.

26. DOUE L 013/44 de 20 de Enero de 2004.

bajamos peldaños de esa escalera. Hay tres excepciones a la vinculatoriedad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puesto que Reino Unido, Polonia y República Checa han pactado un régimen de exenciones, esto es, un dispositivo derogatorio de la vigencia de la Carta en sus territorios. Dicho régimen se encuentra en el Protocolo 30 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por lo que respecta a Polonia y a Reino Unido, y en una Declaración adicional al Tratado de Lisboa, por lo que respecta a República Checa. Por tanto, el opt in/out británico y polaco ya está en el Tratado a través de un protocolo. La República Checa obtendrá el suyo previsiblemente con la adhesión croata, tal como se decidió durante la Presidencia sueca del Consejo²⁷.

El Reino Unido rechaza la vinculatoriedad de la Carta, porque considera que el que el Tribunal de Justicia pueda revisar lo que digan los legisladores y jueces británicos en el campo de los derechos fundamentales va contra la soberanía británica, que radica en el Parlamento de Westminster. Además, temen el contenido social de la Carta de Derechos Fundamentales, que incluye los derechos socio-económicos que aparecen en el Protocolo Social al Tratado de Maastricht y que Reino Unido rechazó en su día, además de muchos otros derechos sociales que Reino Unido no está dispuesto a proteger, porque cree que van contra la competitividad de la economía británica.

En cuanto a Polonia, su razón para rechazar la obligatoriedad de la Carta es que teme que la UE se acabe entrometiendo en asuntos internos que afecten la moralidad o la religión, sobre todo en relación al derecho de familia, en asuntos como el matrimonio gay o el aborto.

La negativa de la República Checa es todavía más desconcertante porque, aparentemente, el temor de su ex Presidente Klaus era a que, por la vía de la obligatoriedad de la Carta, los alemanes que perdieron posesiones en la región de los Sudetes (región que pasó a manos de la República Checa tras la Segunda Guerra Mundial), inicien procedimientos de reclamo de esas tierras, amparándose en el derecho de propiedad que menciona la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este argumento resulta un tanto absurdo, porque si quisieran esos antiguos propietarios alemanes podrían reclamar esas tierras a día de hoy, ahora mismo, llevando sus casos ante el TEDH, porque Chequia es parte de este convenio, y el Protocolo 1 protege el derecho de propiedad. La respuesta que el TEDH diera a sus reclamos es otra cuestión, por supuesto. Y dichos alemanes podrían hacer esto sin necesidad de que la UE se tenga que adherir al CEDH e independientemente de que la Carta de Derechos Fundamentales sea vinculante o no.

27. Con el fin de aclarar su posición, Polonia añadió dos declaraciones al Tratado y la República Checa otra más. La posición del Reino Unido, Polonia y la República Checa ha sido analizada por: FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta a Reino Unido y Polonia", en *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Martín y Pérez de Nanclares, José (coord.), 2008, Iustel y AEP-DIRI, Madrid, pp. 119-149 y por PASTOR PALOMAR, Antonio: "La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en pp. 159-178 de la misma obra.

4. Conclusión

Resulta increíble pensar que tres organizaciones internacionales como las CCEE que en los años cincuenta partieron de una base jurídica tan pobre en materia de derechos fundamentales, casi de la nada, hayan podido llegar tan lejos creando un sistema de protección de derechos que se basa en: 1) una fuente no escrita (principios generales) que, a su vez, se inspira en el derecho constitucional de los Estados miembros (tradiciones constitucionales comunes) y en los tratados de derechos humanos; 2) una fuente escrita (una carta de derechos con el mismo valor que el derecho originario); y 3) un tratado internacional ajeno a esas organizaciones internacionales, el CEDH.

Las CCEE prometían poco en materia de derechos fundamentales en 1951 y en 1957, y la razón de la creación de todo este entramado, todo este sistema de protección que ha beneficiado a la UE, se lo debemos a dos factores: 1) la progresiva concienciación de los líderes europeos sobre la cuestión de que los derechos fundamentales eran condición *sine qua non* de la integración y que podían unir más que la consecución de un mercado común; y 2) la presión de la población europea con la acusación de déficit democrático del que adolecían las instituciones europeas y la propia construcción europea.

Quien sí tuvo todo esto claro desde el principio fue la otra gran organización europea, el Consejo de Europa, aunque precisamente la entrada en la misma de todos los países de la Europa del Este, empezando por Hungría, continuando por la gran Rusia y terminando con Armenia y Azerbayán, la hayan acabado convirtiendo más en una escuela de democracia y aprendizaje de derechos humanos que en un auténtico club de democracias.

En resumen, y tal y como se comenzó este trabajo, lo cierto es que en vez de una organización para integrar a los Estados europeos a través de los derechos fundamentales, en Europa existen dos: una creada ex professo para este fin, el Consejo de Europa, y otra "conversa" en relación con los derechos fundamentales, la Unión Europea. Las relaciones entre ambas a menudo son sinérgicas y acompañadas²⁸. Sin embargo, en alguna ocasión hay divergencias y recelos entre ambas debido a que el Consejo de Europa teme perder su tradicional liderazgo moral y político en esta materia en favor de una Unión Europea que es "novata" en cuanto a la creación de un sistema propio de protección de los derechos fundamentales. Ese liderazgo el Consejo de Europa lo puede ir perdiendo realmente, dada: 1) la composición actual del Consejo de Europa (que permitió la adhesión de prácticamente todos los Estados europeos –salvo Bielorrusia– y ahora engloba a países que aún no son democracias totalmente asentadas) y 2) también la furia y el tesón con que la Unión Europea se está aplicando para conseguir un sistema de defensa y protección de los derechos fundamentales que sea referencia en el continente europeo. ■

28. SANZ CABALLERO, Susana: "La contribución del Consejo de Europa...", cit., p. 61.