

Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial.

Cuadernos de Derecho Judicial / 21 / 1996 / Páginas 15-80

Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea

## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

### Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea

**Fonseca Morillo, Francisco / Matia Portilla, Francisco Javier**

Profesor de Derecho Internacional Publico de la Universidad de Valladolid / Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid

#### LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA UNION EUROPEA

Ponencia

Serie: *Contencioso - Administrativo*

**VOCES:** DERECHOS FUNDAMENTALES. DERECHOS HUMANOS. DERECHOS CONSTITUCIONALES. ORGANISMOS INTERNACIONALES. TRATADO INTERNACIONAL. TRIBUNALES INTERNACIONALES. DERECHO COMUNITARIO.

#### ÍNDICE

##### I. La delimitación del problema

A) Introducción: algunas notas básicas sobre los derechos fundamentales

B) La evolución de los derechos fundamentales en la Comunidad

1. Las primeras aportaciones doctrinales

2. La comprensible evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

3. La actuación de las otras instituciones en la materia

4. La inclusión de los derechos fundamentales en el Tratado de la Unión Europea

C) Las carencias del sistema

##### II. Las diferentes propuestas

A) La confirmación de la solución pretoriana

B) La reforma del entramado del sistema jurisdiccional comunitario

C) La elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales

D) La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos

1. La posición de las Instituciones comunitarias y de los órganos del Consejo de Europa

2. El dictamen del Tribunal de Justicia 2/94 del 28 de marzo de 1996

3. Las ventajas y los inconvenientes de la adhesión al CEDH

##### III. Algunas reflexiones finales

##### IV. Bibliografía

## TEXTO

### *La protección de los derechos fundamentales en el marco...*

#### **I. La delimitación del problema**

A) Introducción: algunas notas básicas sobre los derechos fundamentales.

Es habitual que las diferentes Constituciones de los Estados que participan en la Unión Europea reconozcan ciertos derechos subjetivos en favor de sus ciudadanos; derechos que son denominados fundamentales por suponer un límite material a la actuación del legislador en un contexto de Estado democrático y de derecho, y que cuentan, en ocasiones, con mecanismos suplementarios de protección jurisdiccional(1).

Estos derechos subjetivos que derivan directamente de la Constitución pueden distinguirse, con efectos pedagógicos no exentos de problemas teóricos, en civiles, sociales y políticos(2).

Los primeros son los derechos que se hacen valer frente al Estado, pretendiendo evitar las posibles injerencias de éste. Por eso se llaman también derechos-autonomía. En este grupo tienen encaje, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad personal o a la intimidad. Los derechos sociales son aquellos en los que se pide una participación activa del Estado; son los derechos prestacionales o de protección, entre los que se cuenta el derecho a la sanidad o a la educación. Los derechos políticos, en fin, son los que permiten al ciudadano participar en el Estado. Pueden citarse, por ejemplo, el derecho de petición o los de sufragio activo y pasivo.

Además, todos los Estados europeos comunitarios han incorporado a su ordenamiento jurídico los principales instrumentos internacionales en la materia, reforzando así su vinculación a la protección de los derechos fundamentales(3). Algunos de estos Tratados o Convenios poseen carácter universal y han sido adoptados en el marco de las Naciones Unidas (*la Declaración Universal de Derechos del Hombre* de 1948, o los *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966). Otros, por el contrario, tienen un carácter regional, circunscritos al continente europeo y, más en particular, en el ámbito de acción del Consejo de Europa (*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* \_en adelante CEDH\_ de 1950 y la *Carta Social Europea* de 1961)(4).

En este sentido, es especialmente significativa la aceptación por parte de los Estados miembros de la Unión Europea de que sus ciudadanos puedan acudir, una vez agotada la vía interna, a los órganos de Estrasburgo para la protección de los derechos reconocidos en el CEDH. Lo es porque supone que el Estado nacional acepta, de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el citado texto internacional, en su caso matizadas por las reservas contenidas en su instrumento de ratificación del Convenio, someterse a un control externo en materia de derechos fundamentales.

Este control se residencia ante los órganos del CEDH instituidos por su art. 19; la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A ellos conviene añadir el Comité de Ministros, órgano competente que actúa en nombre del Consejo de Europa (art. 13 de su Estatuto)(5).

El procedimiento ante los órganos del Consejo de Europa se abre en la actualidad (6) con una demanda individual (de una persona física, de un grupo de particulares, o de una asociación no gubernamental) o estatal contra un acto estatal que presuntamente vulnera algún derecho de los contenidos en el

CEDH (arts. 24 y 25 CEDH). La Comisión de Derechos Humanos examina en primer lugar, si la demanda se ajusta a las condiciones de admisibilidad. Si no lo es, se declara inadmisibile, lo que pone punto final al caso. Si, por el contrario, la Comisión estima que sí es admisible, debe, posteriormente, establecer los hechos y, entonces, tratar de conseguir un acuerdo amistoso entre las partes. Si tal acuerdo se consigue, termina aquí el caso.

Si tal acuerdo entre las partes interesadas no se consigue, la Comisión debe emitir un informe que contenga los hechos que dieron lugar al asunto, así como su posición acerca de si hubo o no vulneración del derecho alegado. Este informe es comunicado al Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 31 CEDH). Desde este momento, se empieza a computar el plazo de tres meses, en el que la Comisión, el Estado demandante (o al cual pertenece el demandante), o el demandado, pueden acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Si el cuestionamiento se produce, el Tribunal de Estrasburgo dicta una sentencia, que es comunicada al Comité de Ministros del Consejo de Europa, quien supervisa la ejecución(7). Si, por el contrario, nadie plantea recurso ante el Tribunal en el plazo de tres meses, el Comité de Ministros decide si hay o no violación del derecho del CEDH invocado (art. 32 CEDH). Se publica la decisión y, si procede, supervisa que las medidas suscitadas por su decisión sean adoptadas por el Estado (8).

De esta forma se constata que los Estados se comprometen a respetar lo decidido por unos órganos externos a su propia estructura. Frente a esa realidad de naturaleza estatal, la Unión Europea carece todavía hoy de un sistema perfeccionado de protección de derechos fundamentales, sobre todo en lo relacionado con los derechos que hemos dado en llamar civiles.

Tal carencia no fue especialmente llamativa en un principio, dado que el respeto y la protección de los derechos fundamentales siguen siendo a priori competencia de los Estados vía sus disposiciones constitucionales y los controles previstos en el CEDH y teniendo en cuenta asimismo el alcance limitado de los Tratados de París (Tratado CECA) y Roma (Tratados CEE y EURATOM)(9).

Se ha recordado, en esta línea de argumentación, que la naturaleza económica de los asuntos comunitarios se reflejaba en el Tratado CE en el reconocimiento de una serie de derechos económicos (son las denominadas clásicamente como libertades comunitarias: la libre circulación de capitales, servicios, mercancías y trabajadores) y con otras normas de contenido social(10). Estas ideas encuentran una buena muestra en el art. 119 TCE que reconoce la igualdad entre los dos sexos pero en lo referido, únicamente, al derecho a una remuneración similar. En este mismo sentido, se ha interpretado la cláusula de no discriminación por razón de la nacionalidad del art. 6 del TCE, no discriminación limitada al "*ámbito de aplicación del presente Tratado*".

Esta situación no ha variado con la evolución de las Comunidades, al menos desde el punto de vista formal, de modificaciones en el texto de los Tratados y a pesar de ser obvio que desde la entrada en vigor del TUE, la Comunidad y la Unión tienen atribuidas competencias que afectan directamente al ciudadano, no sólo en tanto actor económico, sino también en cuanto a sus derechos fundamentales, como es el caso de la creación del estatuto de ciudadanía o, en un área más embrionaria, la emergencia de un espacio unificado de libertad, seguridad y justicia que se anuncia con la cooperación en asuntos de justicia e interior creada en Maastricht. Pese a ello, se puede continuar afirmando que, a reserva de lo que se explicará más adelante y en primer lugar, los derechos fundamentales civiles no se encuentran contenidos en el ordenamiento comunitario en un listado similar de naturaleza supra legal al de los Estados miembros.

Debe señalarse, también, en segundo lugar, que, hoy por hoy, la Unión Europea no se ha sometido a un control externo en la tarea, siempre difícil, de garantizar tales derechos fundamentales, como sí han hecho los Estados miembros que la conforman.

Los problemas pueden venir, entonces, de la diferente posición que el ciudadano ostenta en relación con los derechos reconocidos en su ordenamiento constitucional y en el ordenamiento comunitario:

\_\_¿La participación de su Estado en el proceso de integración comunitario puede permitir que actos dictados en materias comunitarias, que antes se hallaban estatalmente vinculados a los derechos reconocidos y amparados tanto en el plano constitucional como internacional, se vean ahora impunemente limitados?

\_\_¿Los Tribunales Constitucionales que, en ocasiones, tutelan en el plano nacional los derechos fundamentales, pueden hacer algo si se da este supuesto?

\_\_¿Es sostenible la tesis según la cual los derechos fundamentales al nivel de la Unión están suficientemente garantizados en tanto en cuanto forman parte de los principios generales del derecho comunitario?

Estos interrogantes, y otros que no conviene adelantar todavía, pretenden ser afrontados en este trabajo, cuyo objetivo último es presentar de forma sistemática las posibles formas de mejorar el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales.

Es preciso, sin embargo, recordar antes, brevemente, la evolución de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea. Ello nos servirá para darnos cuenta de que no estamos ni ante un problema nuevo, ni ante una cuestión, por manida, fácil de resolver.

B)La evolución de los derechos fundamentales en la Comunidad.

#### 1.Las primeras aportaciones doctrinales.

Ya a mediados de los años sesenta Michael WAELBROEK se preguntaba(11) si las Comunidades Europeas se encontraban vinculadas en su actuación por el CEDH. El argumento esgrimido para sostener esta tesis, brillante desde un punto de vista teórico y argumentativo, era que las Comunidades Europeas habrían asumido tales obligaciones por vía de la cesión del ejercicio de competencias soberanas que los Tratados organizaban y que, en este sentido, existía un caso de sucesión de Estados en el sentido del Derecho Internacional Público en el marco del CEDH, en los supuestos de ejercicio por las Comunidades de sus competencias exclusivas.

Sin embargo, fue la propia Comisión Europea de los Derechos del Hombre la que refutó esta argumentación con otra no menos coherente: el acto comunitario impugnado no puede ser imputado a un Estado dado, porque los Estados no han ejercido su *jurisdicción*, en el sentido dado a este término en el CEDH (Decisión de 10 de julio de 1978. Demanda 8030/77)(12).

#### 2.La comprensible evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,

Eliminada así la posibilidad de recurrir a los órganos de control del CEDH, la única posibilidad de garantizar la protección de un derecho fundamental cuando se alega que ha sido violado por un acto comunitario, es acudir al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, garante último del control de la legalidad al nivel comunitario.

Si se examina con cierto detenimiento el comportamiento del Tribunal de Justicia en la materia, se pueden percibir con cierta facilidad las motivaciones profundas de su evolución jurisprudencial. Puede adelantarse ya que dos factores han contribuido a la misma. Por un lado, la necesidad de neutralizar la rígida posición adoptada por varias jurisdicciones constitucionales nacionales ante la insatisfactoria protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario (especialmente, del alemán e italiano) y que suponían una brecha en la noción de la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, incluida la propia Constitución. Y, desde un punto de vista doctrinal, la construcción teórica y las tesis del profesor Pierre PESCATORE, alma mater, primero como juez y luego como Presidente, del Tribunal de Luxemburgo.

go(13).

En un primer momento, cuando se invocaban ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, éste respondía como siempre que se pretendían hacer valer disposiciones nacionales: las mismas no pueden condicionar ni la aplicación ni la efectividad del Derecho comunitario ni, por supuesto, pueden servir de parámetro para medir su validez(14).

Estas ideas se inscriben en la línea jurisprudencial por la que se establece la primacía y el efecto directo de las disposiciones comunitarias y que justifica así su autonomía como ordenamiento jurídico(15). A esta época jurisprudencial se la suele calificar, doctrinalmente, de pasiva o inhibicionista en lo que atañe a la protección de los derechos fundamentales(16).

Lo cierto es que, como es fácil de comprender, esta jurisprudencia no era bien vista por determinadas instancias jurisdiccionales nacionales; en concreto, por las encargadas, entre otras cosas, de velar en última instancia por el respeto de los derechos fundamentales: los Tribunales Constitucionales(17). Esta crítica \_cuya persistencia es clara en Italia y Alemania y se ha desarrollado jurisprudencial y doctrinalmente a partir de los años setenta(18)\_ , motivaron, en buena medida, la evolución jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, iniciada con cierta claridad en su sentencia Stauder(19).

En esta sentencia, de 12 de noviembre de 1969, el Tribunal comunitario indica que "*así interpretada la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de la persona recogidos dentro de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto este Tribunal asegura*"(20). Con esta aparentemente sencilla afirmación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acepta, por vez primera, la existencia de unos derechos fundamentales comunitarios, que formalmente se sustentan en un concreto tipo normativo: los principios generales del Derecho comunitario. No puede olvidarse, sin embargo, que este cambio jurisprudencial ya había sido adelantado en el excelente trabajo doctrinal, del que ya se ha hablado, de Pierre PESCATORE(21).

La sentencia Stauder inaugura lo que se ha dado en llamar como fase activa o proteccionista en materia de control jurisdiccional de los derechos fundamentales en el seno de las Comunidades Europeas. Otros fallos posteriores del Tribunal de Luxemburgo han aportado mayor claridad en el sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales. Así la sentencia Internationale Handersgesellschaft mbH (1970)(22) explicita que la salvaguarda de los derechos fundamentales se inspira "*en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*"(23).

Cuatro años más tarde, el Tribunal de Luxemburgo va a avanzar aún más en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales comunitarios. Lo hace en la importante sentencia Nold(24), en la que se contienen dos importantes afirmaciones.

La primera es que también constituyen materiales de inspiración para concretar el contenido y el alcance de los derechos "*los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido*"(25). Aunque la formulación del Tribunal se realiza en términos generales, en su dispositivo se cita en particular "*el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*"(26), y no es acaso ocioso recordar que Francia, que era el único Estado comunitario no adherido entonces a este Convenio, había decidido muy pocos días antes (el 3 de mayo) ordenar su publicación(27).

Parece así que el Tribunal de las Comunidades Europeas refuerza la protección de los derechos fundamentales aludiendo a un texto normativo concreto, el CEDH, lo que aporta mayor seguridad jurídica en relación con las tradiciones constitucionales comunes, a las que también sigue aludiendo. Tal inspiración en el citado texto internacional ha dado sus frutos en posteriores sentencias comunitarias(28).

La aparición en escena del CEDH en la sentencia Nold explica que la segunda importante novedad también contenida en ella no haya sido en ocasiones debidamente subrayada. Se trata de la afirmación,

jurídicamente débil pero de máxima importancia por la firme voluntad que expresa, de que el Tribunal de Luxemburgo no puede "*admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones estatales*"(29). El carácter incondicional de la afirmación permite pensar que el Tribunal se compromete a ofrecer, cuando menos, una protección equivalente a la deparada por la Constitución nacional del sujeto afectado por la medida del Derecho comunitario.

Se puede sostener así que con esta aseveración el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se adscribe a un estándar máximo de protección de los derechos fundamentales(30). Una vez más, la actuación del Tribunal de Luxemburgo se había visto vaticinada en otro trabajo clásico de Pierre PESCATORE(31).

La jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia no va a aportar nuevos elementos en relación con el sistema comunitario de protección de los derechos; se va a limitar, por el contrario, a sistematizar toda esta jurisprudencia(32).

### 3.La actuación de las otras instituciones en la materia.

Como se acaba de indicar, las distintas Instituciones han respaldado de manera explícita a partir de los años setenta los posicionamientos del Tribunal de Luxemburgo, de manera conjunta o aislada.

Así, en su Informe sobre la Unión Europea del 26 de junio de 1975, la Comisión hacía suya la posición del Tribunal, según la cual los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario(33).

Especialmente importante fue la temprana declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales de 5 de abril de 1977, que propugna el respeto por parte de las Comunidades, en tanto que son una Comunidad de Derecho, de los derechos fundamentales, "*Tal como resultan particularmente de las Constituciones de los Estados miembros y del CEDH*"(34).

El Consejo Europeo ha confirmado también, en diversas ocasiones, la labor del Tribunal de Luxemburgo, en particular en sus Declaraciones de Copenhague de 14 de diciembre de 1973 sobre la identidad europea de 8 de abril de 1978 sobre la democracia y, más solemnemente, en la Declaración de Stuttgart del 19 de junio de 1983(35). En cuanto al Consejo, ha mantenido idénticas posiciones en su Declaración del 21 de julio de 1986 sobre los derechos del hombre(36).

El Parlamento Europeo, por su parte, culminó toda esta tendencia institucional al adoptar, el 14 de febrero de 1984, el proyecto SPINELLI de Tratado de la Unión Europea(37), proyecto que es considerado como el inicio del movimiento que llevó al Acta Única Europea. En el art. 4 de este proyecto, se estipulaba que la Unión protegería los derechos fundamentales (incluidos los de naturaleza socio-económica y culturales), tal y como derivan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y del CEDH (y de la Carta Social Europea de Turín de 1962).

Debe hacerse notar que el Parlamento ha ido un poco más lejos. Además de respaldar la actuación del Tribunal, ha explorado dos vías suplementarias para mejorar la protección de los derechos fundamentales en la Unión.

El primer paso lo constituyó la aprobación por el Parlamento de la Declaración de derechos y de libertades el 12 de abril de 1989, en la que se invitaba a las otras instituciones y a los Estados a solicitar y a facilitar la adhesión de la Comunidad al CEDH, como método ideal para tener el standard máximo de protección de los derechos fundamentales para todos los ciudadanos comunitarios(38).

Meses más tardes, en su resolución del 22 de noviembre de 1990 sobre la convocatoria de la CIG que conduciría al vigente TUE, el Parlamento dió un paso más allá al proponer la inserción en el Tratado de un catálogo propio de derechos fundamentales, vía la inclusión en el mismo de su Declaración de derechos y libertades fundamentales de 1989(39).

Más recientemente, el Parlamento, en su dictamen de 13 de marzo de 1996 sobre la convocatoria de la

actual CIG ha profundizado en estas dos vías, mostrando su preferencia por, además de la adhesión al CEDH, agrupar los derechos y obligaciones inherentes a la ciudadanía europea en un primer capítulo del Tratado bajo el nombre de Declaración de los derechos fundamentales y disposiciones relativas al ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los residentes en la Unión Europea(40).

Conviene recordar que estas dos vías suplementarias, la adhesión formal al CEDH y la inclusión de un catálogo propio de derechos fundamentales, han sido desarrolladas por el Parlamento, como dos posibilidades necesarias y complementarias, en su proyecto de Constitución aprobado el 10 de febrero de 1994(41).

Sobre la conveniencia de que la Comunidad Europea se adhiera al CEDH, la Comisión, por su parte, ha impulsado, como se verá en la Parte II de este trabajo, diversos informes.

En fin, antes de cerrar el presente apartado, debe citarse también la Declaración que la Comunidad y los Estados hicieron pública para celebrar el cuarenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre el 10 de diciembre de 1988(42).

#### 4.La inclusión de los derechos fundamentales en el TUE.

Como se acaba de constatar, todas las Instituciones comunitarias y los propios Estados han apoyado en múltiples ocasiones el reforzamiento de la protección comunitaria de los derechos fundamentales. Sin embargo, hubo que esperar hasta el Acta Única Europea en 1986, para ver reflejada en los Tratados la problemática del respeto de los derechos fundamentales al nivel comunitario y, además, de manera simbólica y declarativa, puesto que la única referencia a los derechos fundamentales, reflejo de los principios establecidos ya jurisprudencialmente, se encuentra en el preámbulo del Acta Única, en su considerando tercero.

Ahí se afirma que los firmantes del Tratado están: *"Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social"*.

Durante las negociaciones que condujeron al Tratado de Maastricht, varios Estados, y en particular España, apoyados por la Comisión, efectuaron propuestas para mejorar la protección de los derechos fundamentales de la Unión, incluyendo su adhesión al CEDH e, incluso, incorporando un catálogo de derechos fundamentales (como el Parlamento proponía) dentro del Estatuto de ciudadanía(43).

Teniendo en cuenta las dificultades formales y substanciales que la adhesión al CEDH presentaba (y presenta), así como la argumentación consistente en destacar el carácter universal de los derechos fundamentales, no adscribible a una categoría especial de ciudadanos, el compromiso final al que se llegó, plasmado en el artículo F.2 del TUE. fue el de limitarse a "institucionalizar", dentro de las Disposiciones comunes de la Unión, el acervo jurisprudencial, confiriendo a los derechos fundamentales la calidad de principios generales.

Es así como hay que interpretar este artículo F.2, redactado de la manera siguiente: *"La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario"*.

¿Cuál es el alcance de este artículo? Una lectura combinada del mismo con el artículo M, cuando estipula que salvo las modificaciones específicas del TUE *"...ninguna disposición del presente Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado"*, demuestra que el status de los derechos fundamentales y del propio

CEDH en el marco del derecho comunitario no ha cambiado(44).

La novedad principal que introduce este artículo F.2 es la de establecer que la obligación de respetar los derechos fundamentales no se limita exclusivamente al ámbito comunitario, sino que abarca al conjunto de la Unión, englobando así a los dos pilares intergubernamentales que regulan, respectivamente, la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la Cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (JAI). Prueba de esta voluntad de globalidad de los autores del TUE, es la inclusión dentro de la PESC y de la JAI de dos disposiciones específicas reforzando el artículo F.2, los arts. J.1.2 y K.2.1, respectivamente; mientras que en el ámbito del TCE no consideraron necesaria ninguna cláusula específica, prueba de que en el mismo se movían sobre un terreno conocido y en el que el acervo estaba suficientemente constatado (45).

Sin embargo, como se verá más adelante, la situación, jurídicamente hablando, no ha cambiado, porque el artículo L del TUE excluye del control jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo, no sólo la PESC y la JAI, sino también las Disposiciones comunes. Dicho de otro modo, el artículo F.2 no es justiciable. Aunque, para concluir, si bien es cierto que el dispositivo del TUE no aporta nada nuevo, sino que, como ya se ha indicado, codifica la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y, que, en términos de jerarquía normativa, los derechos fundamentales no son integrados en el "Derecho Constitucional de la Unión"; sí que consolida su conexión con el Derecho comunitario originario (lo que supone reconocerle expresamente un valor supralegislativo)(46).

Además, hay que reconocer también que, desde el punto de vista declarativo, este artículo F.2 no es especialmente satisfactorio, puesto que al limitarse al CEDH, parece ignorar al resto de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de los que los Estados miembros son parte(47).

Ahora bien, si el sistema de protección de los derechos fundamentales está asegurado en el Derecho comunitario, *¿por qué se sigue debatiendo doctrinalmente y, en ocasiones, políticamente esta cuestión y, en particular, por qué es objeto de discusión en las negociaciones de la actual Conferencia Intergubernamental (CIG) de revisión del TUE?*

La respuesta a este interrogante supone poner en evidencia las limitaciones del actual sistema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario y de la Unión. Ello será el objeto del siguiente apartado de este trabajo.

### C) Las carencias del sistema.

Si desde el punto de vista histórico puede afirmarse que el modelo conceptual de protección de los derechos fundamentales proviene, en lo esencial, de los años 70, en la práctica, cuando ante el Tribunal de Justicia se alega una vulneración de los derechos fundamentales, éste examina los textos constitucionales nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y deduce de estos instrumentos el subsiguiente derecho fundamental comunitario, pasando a formar parte de su sistema de fuentes, a título de principios generales del Derecho comunitario.

De esta forma, en su labor, el Tribunal de Justicia ha ido consolidando la existencia de determinados derechos fundamentales como son: el derecho de propiedad; al libre ejercicio de una actividad económica; al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia; a la libertad de expresión; a la no retroactividad de las disposiciones penales; a la defensa; y a un recurso jurisdiccional(48). Tal modelo se ha visto además codificado, como ya hemos visto, por el artículo F.2 TUE.

Pese a los buenos deseos, el sistema de protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario conoce limitaciones y presenta inconvenientes bastante evidentes.

*Una primera limitación*, a la que ya se ha hecho referencia, deriva del tenor mismo del TUE. Si es cierto, como se ha indicado, que *el artículo F.2* establece una vinculación entre el sistema comunitario de los



derechos fundamentales y el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes, y lo hace además en relación con los tres pilares de la Unión, no lo es menos que tal vinculación *carece*, en virtud del artículo L del mismo cuerpo legal, *de protección jurisdiccional*.

Si la cuestión no es especialmente grave en el pilar comunitario, puesto que existe un acervo jurisprudencial bien establecido y unidireccional, no deja de ser sorprendente que, independientemente de su carácter intergubernamental, no exista ninguna posibilidad de control jurisdiccional en los dos restantes pilares, y ello a pesar de versar sobre asuntos tan sensibles, desde la óptica de los derechos fundamentales, como son los de la Política Exterior y de Seguridad Común y los Asuntos de Justicia e Interior y que afectan, especialmente en este último, a derechos fundamentales reconocidos a nuestros ciudadanos al nivel estatal (salvo el indirecto de una reclamación contra un Estado ante los órganos del CEDH, si la Unión no se ajusta en su acción al objetivo de la protección de los derechos fundamentales enunciado en los arts. J.1.2 y K.2.1).

En efecto, el argumento avanzado de considerar que, en cuanto objetivo reconocido y declarado, tanto en la PESC como en la JAI, la obligación de respetar los derechos fundamentales no se impone sólo a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados *\_que encarnan por sí solos a la Unión, al carecer ésta de personalidad jurídica\_* y que, por consiguiente, la jurisprudencia comunitaria que establece que las exigencias vinculadas al respeto de los derechos fundamentales *"incumben igualmente a los Estados al aplicar la reglamentación comunitaria"*(49), no parece poder garantizar un control adecuado, puesto que esta extensión de la obligación para los Estados de respetar los derechos fundamentales en tanto *\_artículo F.2\_ principios generales del derecho comunitario*, se limita, como el propio Tribunal ha reconocido, al ámbito de competencias comunitarias(50).

Sin embargo, *el mayor inconveniente* del sistema actual de protección de los derechos en el ámbito comunitario (en sentido estricto, a partir de ahora, por lo que se acaba de señalar), radica en la *ausencia de un control externo a la actuación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Es verdad que, en la actualidad, está fuera de lugar el pensar que el Tribunal de Luxemburgo pudiera no tener en cuenta *\_no aludir\_* al CEDH y, en su caso, a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y a los diferentes textos constitucionales. Ahora bien, es posible que el Tribunal comunitario decida interpretar tales textos de forma restrictiva, produciendo una delimitación reductora del derecho fundamental comunitario. No deja de ser discutible que su actuación no pueda verse corregida ante una instancia externa a la comunitaria, como ocurre en el ámbito estatal respecto del CEDH.

Podría pensarse, acaso, que el problema que se suscita es menor, ya que, como se vio en su momento, el Tribunal de Justicia se había adscrito a un estándar máximo de protección de los derechos fundamentales comunitarios en su sentencia Nold.

Pero ocurre, sin embargo, que tal autocontrol que el Tribunal de Luxemburgo se impone no limita, como es claro, su jurisprudencia posterior. En ella encontramos, al menos, un claro ejemplo(51) en el que el Tribunal de Justicia desconoció (en puridad, entendió inexistente) el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de una empresa (persona jurídica), en contradicción flagrante con la importante y polémica sentencia del Tribunal Constitucional español 137/1985, de 17 de octubre, que sí había reconocido este derecho a las personas jurídico-privadas en territorio español(52).

La cuestión es aún más paradójica si se considera la posibilidad teórica, pero no por ello imposible, de que un Estado miembro de la Unión, que ejecuta de buena fe sus obligaciones comunitarias, se vea contestado ante los órganos encargados de la protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa; mientras que la propia Unión, auténtica responsable, en su caso, de la alegada vulneración, escapa a todo control externo.

Un buen ejemplo de este problema, que demuestra que no es una mera hipótesis de trabajo, lo constituye la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Cantoni del 15 de

noviembre de 1996 (as. 45/1995/551/637). En esta sentencia el Tribunal de Estrasburgo ha examinado la reclamación de un ciudadano francés, condenado por los Tribunales franceses, por vender productos para-farmacéuticos en un hipermercado del que era gerente, en aplicación del artículo L 511 del Código francés de salud pública. El reclamante invocaba el derecho reconocido en el art. 7.1 del CEDH, el cual consagra el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* y que, consecuentemente, impide una interpretación y aplicación extensiva de un tipo penal, mientras que, en este caso concreto, podría existir una aplicación jurisprudencial divergente de dicho artículo L 511, en función de la vaguedad de su enunciado(53).

Lo más interesante de esta sentencia, independientemente de que el Tribunal no estimara al final la reclamación, contrariamente a lo estimado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el momento de transmitir su informe al Tribunal el 12 de abril de 1995, es la afirmación tajante del Tribunal cuando declara en su sentencia que el argumento del gobierno francés según el cual el artículo L 511 de su Código de salud pública es una transcripción prácticamente literal del art. 1 de la Directiva comunitaria 65/65 del 26 de enero de 1965, en el que se define que es un medicamento(54), *"no impide que dicha disposición sea juzgada a la luz del art. 7.1 de la CEDH"*.

Junto a todas las carencias que se han glosado hasta ahora, que tienen en común centrarse en inconvenientes jurídicos, existen otras, de naturaleza política. Así, de un lado, nadie duda del valor simbólico, del refuerzo moral, en un momento de la construcción europea en el que el desafío central consiste en colocar al ciudadano en el centro de la misma, que supondría dotar a la Unión de un sistema explícito de derechos fundamentales y sometido, además, como ocurre con los Estados que la conforman, a un control jurisdiccional externo (55).

Además, de otro lado, teniendo en cuenta la próxima ampliación de la Unión a los países de Europa Central y Oriental, debe hacerse notar que existen ciertos interrogantes con respecto a la protección jurisprudencial y política que los Estados de Europa del este ofrecen a los derechos humanos, que un refuerzo de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales al nivel de la Unión contribuiría en gran medida a disipar(56).

Examinadas las limitaciones jurídicas y políticas del sistema actual de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en la segunda parte de este trabajo se pasarán a examinar, *las distintas soluciones que se han propuesto para el futuro y que están siendo objeto de discusión en el marco de la actual CIG*.

## II. Las diferentes propuestas

Cuatro tipos de solución diferentes, que pretenden paliar las actuales carencias del sistema, están siendo objeto de debate en estos momentos. El primero y el cuarto, mantenimiento del status quo y adhesión al CEDH son soluciones ya clásicas, mientras que los otros dos exploran vías intermedias que suponen, tal vez, una serie de cambios más radicales con respecto a la manera de razonar sobre esta materia en el marco de la Unión.

### A) La confirmación de la solución pretoriana.

La primera solución posible es, claro, dejar las cosas como están. Pese a las carencias, que se acaban de describir, el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales no deja de presentar también algunas ventajas. Permite, en primer lugar, una adaptación camaleónica a la evolución de la sociedad y de los derechos, como consecuencia de residir en un existente, aunque no codificado conjunto

de principios generales del Derecho. Además, como ha señalado P.H. TEITGEN en un clásico trabajo (57), este sistema garantiza la existencia de un catálogo de derechos mucho más amplio del que los gobiernos estarían dispuestos a adoptar.

La confirmación del sistema actual supondría la incorporación de los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico comunitario por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de los principios generales del Derecho comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estos principios generales del derecho, a los que aludía el art. 215 TCE en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, son consagrados por la jurisprudencia comunitaria relacionada con los derechos fundamentales como fuente de Derecho comunitario especialmente apta para colmar las lagunas del sistema(58).

El mantenimiento del *status quo* supone la confirmación de un sistema de protección comunitaria autónoma(59), que convierte también a los derechos contenidos en el CEDH, a partir de la ya citada sentencia TJCE Rutili, en principios generales del Derecho comunitario. En este sentido, no parece inadecuado recordar con Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS que el mencionado Convenio "desempeña en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido"(60).

No es menos cierto, sin embargo, que esta afirmación debe completarse con otra, como señala el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA al indicarnos que el artículo F.2 TUE remite al Convenio Europeo, pero también a las tradiciones constitucionales comunes, lo que hace que el Tribunal de Luxemburgo no deba juzgar solamente con base en el texto del citado Tratado Internacional. Su jurisprudencia debe, por el contrario, tomar en consideración también las tradiciones constitucionales comunes, lo que permite justificar soluciones propias, y en ocasiones diferentes a las ofrecidas por el Tribunal de Estrasburgo(61).

Esta vía pretoriana, codificadora del acervo y de la experiencia jurisprudencial, está recibiendo en estos momentos un fuerte apoyo en las negociaciones de la CIG, en tanto mínimo común denominador al que todo el mundo puede suscribir y como forma de responder a la necesidad de mejorar los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, sin afectar a la autonomía propia del Ordenamiento jurídico comunitario y a su característica de primacía.

Es así que en las líneas generales de un proyecto de revisión de los Tratados que la Presidencia Irlandesa ha sometido el 5 de diciembre de 1996 a los Jefes de Estados y de Gobierno para su discusión en el Consejo Europeo de Dublín del 13 y 14 de diciembre de 1996, se propone incluir un nuevo art. 3C en el TCE estipulando que "*La Comunidad respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario*"(62).

Además, la Presidencia Irlandesa ha propuesto consolidar aún más el status de los derechos fundamentales en el marco de la Unión, mediante su inclusión entre los principios básicos generales de la Unión, propuestos en el artículo F.1 del Tratado y articulando un mecanismo nuevo de sanciones contra los Estados en los que se constate existe una violación grave y persistente de los principios en los que se basa la Unión (propuesta de artículo F bis)(63).

En todo caso, si se adoptare esta solución pretoriana, con la misma no se solucionaría el problema de la no aplicación de este control a los actos de la Unión, salvo que se modifique al mismo tiempo el artículo L del TUE, como ya se ha visto más arriba, para reconocer la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante vulneraciones de los derechos fundamentales de particulares en el ámbito de acción de la PESC y de la JAI(64).

Tampoco sería inadecuado configurar un procedimiento ágil para que los particulares pudieran acudir ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando, a su juicio, actos o disposiciones comu-

nitarias puedan afectar, de forma ilegítima, a sus derechos fundamentales. El propio Tribunal, en su Informe sobre la CIG para el Grupo de Reflexión, señalaba que cabe preguntarse si "*...el recurso de anulación previsto en el art. 173 del TCE y disposiciones concordantes de los otros Tratados, recurso que los particulares sólo pueden interponer contra los actos que les afectan directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que puedan resultar de la actividad legislativa de las instituciones*"(65).

Una posible solución en este sentido pasaría por modificar en esta CIG el art. 173, instituyendo un recurso directo de los particulares ante el Tribunal contra toda medida que desconozca sus derechos fundamentales, allí donde exista una laguna en el sistema de protección jurisdiccional, esto es, cuando la misma no esté asegurada ni por el actual apartado cuarto del art. 173, ni por los arts. 177 (prejudicial) ó 184 (excepción de ilegalidad).

Pese a todo, no parece que pueda prolongarse el actual sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, especialmente tras la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que ha matizado su anterior jurisprudencia derivada de la sentencia Nold, lo que puede generar nuevas reservas constitucionales nacionales(66); al tiempo que no impide la ausencia de un control externo en el marco europeo, como el caso *Cantoni* ya estudiado nos indica.

#### B)La reforma del entramado del sistema jurisdiccional comunitario.

El hilo conductor de las diferentes propuestas agrupadas en este apartado, es el de prever modificaciones en el TUE mediante las cuales se cree una jurisdicción (o recurso) ad hoc especializada en resolver los conflictos en materia de protección de los derechos fundamentales. De esta manera, se pretende hacer frente a las críticas contra la ausencia de un control externo de los derechos fundamentales, intentando, al mismo tiempo, salvaguardar la autonomía del orden jurídico comunitario.

La propuesta más concreta en este ámbito se debe al Comité de Sabios presidido por María de Lourdes PINTASILGO que, a instancia de la Comisión, elaboró entre 1995 y 1996 un informe bajo el título de "*Para una Europa de los Derechos Cívicos y Sociales*", el cual ha sido presentado como documento de trabajo a los negociadores de la CIG(67). El Comité propone, en concreto, la instauración de una nueva instancia de control jurisdiccional para controlar el respeto de los derechos fundamentales(68). Esta jurisdicción de apelación estaría compuesta por jueces no permanentes procedentes de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros(69).

Esta reforma en el sistema de protección de los derechos fundamentales en Europa haría posible, además, en opinión del Comité(70), una mayor coordinación de los órganos jurisdiccionales o constitucionales superiores en materia de derechos fundamentales, dando un contenido más preciso al artículo F.2 actual, que obliga al Tribunal de Luxemburgo a tomar en consideración las tradiciones constitucionales comunes de sus Estados en la materia. La duda que plantea esta solución es la de su viabilidad, sobre todo teniendo en cuenta los riesgos que la misma implica frente a las nociones de primacía, autonomía y coherencia jurisprudencial que, hasta ahora, han encontrado en el Tribunal de Luxemburgo su máximo garante.

En este mismo orden de ideas, podrían agruparse algunas propuestas, por el momento minoritarias, que han sido objeto de discusión en la CIG. En particular, se ha avanzado la idea de incluir en el TCE una disposición que permita \_previa conclusión de un acuerdo apropiado con todas las Partes del CEDH\_ que la conformidad de los actos comunitarios con los derechos fundamentales pueda ser sometida por los particulares a los órganos de control del CEDH.

Una segunda idea avanzada en este mismo sentido ha sido la de prever en el TCE la posibilidad que el Tribunal de Luxemburgo pueda plantear en vía prejudicial ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a iniciativa propia, o a petición de las partes, una cuestión de interpretación del CEDH o de la compatibilidad

entre un acto comunitario y el propio Convenio. Esta hipótesis exigiría también la conclusión de un acuerdo específico con la Partes en el CEDH. Con respecto a la otra opción, presenta la desventaja de una mayor tardanza en la resolución de un conflicto y de una mayor complejidad procesal, pero, a cambio, evita una subordinación del Tribunal de Luxemburgo ante el de Estrasburgo que no sea consentida por aquél.

Una observación final que puede realizarse en lo que se refiere a este tipo de propuestas es la del carácter obligatorio de la decisión que recaiga en un conflicto determinado y, especialmente, a los efectos de una condena contra un acto de las instituciones comunitarias ¿tendrán el mismo alcance que las actuales decisiones del Tribunal de Luxemburgo? Y, *a fortiori* ¿Este tipo de propuestas nos garantiza que no quedará abierta la puerta a un recurso contra un Estado que ha aplicado una decisión comunitaria ante los órganos de Estrasburgo?

### C) La elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales.

La elaboración de un *Bill of Rights* propio a la Unión, es una idea que resulta atractiva desde el punto de vista intelectual y simbólico. Baste con pensar en la importancia que para el constitucionalismo americano o francés han tenido sus Declaraciones de derechos del ciudadano en los albores de la Independencia del primero y de la Revolución del segundo. Además, entre la doctrina comunitaria que ha estudiado estos problemas, ha sido una hipótesis manejada de manera recurrente(71).

Esta posibilidad ha sido discutida, no tanto en el seno de la CIG en sentido estricto, sino, especialmente, en los trabajos del Grupo de reflexión que, presidido por Carlos WESTENDORP, preparó, de junio a diciembre de 1995, los trabajos de negociación(72).

En el curso de los mismos, a petición de la Presidencia, todos los Estados transmitieron a la secretaría del grupo lo que ellos consideraban, según su propio Derecho constitucional, constituir su catálogo de derechos fundamentales, con la idea de establecer un *corpus unico* que se incorporara como catálogo de la Unión, bien en el Preámbulo del nuevo Tratado, bien en un anexo. El estudio comparativo de dichos catálogos dejó bien claros los límites y las dificultades técnicas de tal ejercicio, dadas las diferencias de su rango jerárquico, contenido, destinatarios y garantías jurisdiccionales, salvo que el catálogo de la Unión fuera un mínimo común denominador que no añadiera nada nuevo a la formulación del actual artículo F.2 o, incluso, que fuera más reductor que el propio CEDH(73).

Por ello, en las discusiones de la CIG, la hipótesis más favorable a esta idea del catálogo, se ha limitado a evocar la posibilidad de incorporar al TCE algunas de las disposiciones más importantes del CEDH, a fin de precisar y dar un contenido determinado al actual artículo F.2.

Corresponde al Comité de Sabios presidido por M.L. PINTASILGO, al que ya se ha aludido, la propuesta más ambiciosa en materia de codificación de los derechos fundamentales de la Unión, proponiéndose una compilación progresiva de los mismos en varias fases(74).

En la primera fase, se propone que esta CIG precise el contenido de un zócalo mínimo de derechos fundamentales, adoptando para ello tres medidas: En primer lugar, la unificación de los Tratados en uno solo, con una numeración continuada de sus artículos; condición previa para un correcto ejercicio de los derechos fundamentales, pues es necesario que los mismos sean legibles. En segundo lugar, otorgar una base jurídica más sólida a la acción del Tribunal de Justicia en la aplicación de los derechos fundamentales, mediante la extensión de las referencias y criterios utilizados jurisprudencialmente para determinar los principios generales del Derecho comunitario, por un lado a la Carta Social Europea \_que se vería así incorporada indirectamente al Tratado\_ y, por otro lado, a los principales pactos internacionales de derechos humanos de los que son parte los Estados de la Unión. Finalmente, se deberían insertar en el Tratado una lista de derechos fundamentales (*Bill of Rights*) que afecten solo al ámbito comunitario, precisando qué derechos se benefician de una protección jurisdiccional inmediata y cuales tienen un carácter más

programático(75).

En una segunda etapa, organizada, en opinión del Comité de Sabios, por el propio Tratado que se está ahora negociando, en el que habría que incluir un artículo especial fijando una CIG a estos fines en el plazo de 5 años, se desarrollarían esos derechos más programáticos para materializar en un nuevo Tratado todos los derechos y deberes de los ciudadanos de la Unión. A este proceso, impulsado por el Parlamento a propuesta de la Comisión, estarían estrechamente asociados los Parlamentos nacionales, y en él participarían también las organizaciones no gubernamentales.

El objetivo final de este proceso sería que la Unión Europea acabara teniendo un catálogo de derechos fundamentales propios (así llamados por derivar expresa y concretamente del Derecho comunitario originario y por limitar los poderes del legislador comunitario).

La solución puede parecer, a primera vista, atrayente. Desde un punto de vista simbólico supondría una equiparación entre los sistemas de protección nacionales y europeo. Así como los nacionales se ven favorecidos por unos derechos constitucionales, los ciudadanos de la Unión contarían también con unos (determinados) derechos comunitarios.

Sin embargo, la solución del catálogo comunitario de derechos presenta también problemas que deben ser, al menos, puestos de manifiesto. El más importante es que el mismo puede suscitar problemas con los órganos nacionales que tutelan los derechos fundamentales respecto de aquéllos que tengan un contenido menor en el marco de la Unión Europea. Este peligro puede verse conjurado, claro, si se utilizan en la elaboración de este catálogo las argumentaciones ya esgrimidas en relación con la solución pretoriana, como sería acudir a un catálogo de máximos (donde, de un lado, cada Derecho constitucional reconocido en una sola constitución debería, por sí mismo mismo, verse reconocido como derecho fundamental comunitario y donde, de otro, estos derechos comunitarios habrían de contar con las máximas garantías ofrecidas en cualquier ordenamiento nacional).

No parece, sin embargo, como la discusión en el Grupo WESTENDORP a la que ya se ha hecho mención demostró, que la generosidad de los gobiernos europeos permita, al menos a corto plazo, el establecimiento de un *bill of rights* europeo tan amplio. Es muy difícil, por no decir altamente improbable, que tal listado de derechos no se viera acompañado de una buena serie de reservas nacionales que limitarían (mejor, condicionarían) su contenido en los distintos territorios de la Unión. Esta solución tendría como efecto presente (aunque tal vez no querido) la existencia de un contenido desigual de los derechos fundamentales comunitarios en los distintos Estados miembros, lo que en sí mismo considerado no deja de ser bastante sorprendente(76).

Además, la existencia de un catálogo mínimo común denominador seguiría sin dar respuesta al problema del control externo en materia de derechos fundamentales.

#### D)La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

##### 1.La posición de las Instituciones comunitarias y de los órganos del Consejo de Europa.

Puede afirmarse que, en relación con las *instituciones comunitarias*, existe una corriente bastante amplia, al menos en lo que se refiere al Parlamento y a la Comisión, así como, parcialmente, en el seno del Consejo, que defiende como mejor solución desde el punto de vista intelectual y como la más completa desde el punto de vista práctico, la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esto haría que los derechos subjetivos reconocidos en el Convenio supusieran un límite efectivo a la actuación de las Instituciones comunitarias, actuación que se convertiría así en justiciable ante los órganos de Estrasburgo(77).

En particular, la Comisión ha realizado diversos informes y *memoranda* en favor de la adhesión de las

Comunidades Europeas al CEDH, aun cuando en un primer momento no se mostrara partidaria de realizar tal adhesión.

Así, en su informe dirigido al Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 1976(78), la Comisión declaró que, en su opinión, aún cuando la Comunidad se hallaba vinculada por los derechos fundamentales recogidos en el CEDH, con base en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, no era necesaria ni conveniente una adhesión formal al citado Tratado internacional. La Comisión hacía ver que no se apreciaban, con base en la jurisprudencia constante del Tribunal, carencias importantes en la garantía comunitaria de la protección de los derechos fundamentales y advertía de los problemas de fondo y técnicos que una operación de adhesión de las Comunidades al CEDH entrañaban.

Esta postura va a ser modificada a partir del memorándum realizado por la misma Comisión el 4 de abril de 1979(79), que va a defender la conveniencia de que las Comunidades se adhieran formalmente al CEDH. La Comisión va a reiterar su posición posteriormente en diversas ocasiones(80). La razón que justifica el cambio de criterio expresado por la Comisión es que ésta estima que las ventajas de la adhesión son más importantes que los problemas técnicos y políticos que, sin duda alguna, como veremos, suscita.

Lo cierto es que, sea o no la solución más convincente en materia de derechos fundamentales comunitarios, la voluntad de que la Unión se vincule formalmente al CEDH ha sido también expresada por otras Instituciones comunitarias.

En lo que se refiere al Parlamento Europeo, además de las Declaraciones ya examinadas anteriormente(81), conviene recordar, en los años 90 un informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos del Parlamento Europeo de 1993(82) en el que se defiende que la adhesión ofrece, cuando menos, una solución tangible a un problema que ha sido objeto de debate hace años; habiendo sido esta posición asumida expresamente por el Pleno del Parlamento en su votación del informe(83). Asimismo en su reciente dictamen sobre la CIG(84) el Parlamento Europeo incluía entre sus prioridades esenciales relacionadas con la ciudadanía europea la de la adhesión al CEDH.

La cuestión, en este momento, está sobre el tapete de la negociación. En abril de 1996, la delegación austríaca presentó en la CIG un documento de trabajo relativo a la adhesión de la Unión a la CEDH, incluyendo tres artículos estableciendo: *una base jurídica* específica, atribuyendo a la Unión la competencia para adherir al CEDH; *una cláusula de salvaguardia* para los Estados que se vieran condenadas por los órganos de Estrasburgo por ejecutar una disposición adoptada por la Unión; en fin, la *obligación para la institución/es condenada/s* por haber violado el CEDH, de tomar las medidas para solucionar la incompatibilidad de su acto con el Convenio.

Posteriormente, en el memorándum italo-austríaco de octubre de 1996 sobre los derechos fundamentales, se ha propuesto, más específicamente, añadir un apartado al artículo F del TUE en el que se atribuye a la Unión la competencia para adherirse al CEDH, sin que el status de los Estados miembros, en tanto parte ellos también del CEDH, se vea afectado.

Pero, a su vez, *los órganos del Consejo de Europa* han mostrado también cierto interés en que la Comunidad Europea adhiere al CEDH, pese a los problemas institucionales que ello conlleva. Fue en concreto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa quien realizó en 1980 un importante informe en el que se formulaba el deseo de que la Comunidad presentase en un futuro cercano una petición oficial de adhesión al CEDH, informe adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 29 de enero de 1981(85).

Cinco años más tarde, el Consejo de Europa definió(86) a las dos Organizaciones europeas como instituciones esenciales de la construcción europea, y, en 1987(87), establecía medidas concretas de colaboración, tales como el sistema de consultas, y muy especialmente la participación de la Comisión en la elaboración de Convenios del Consejo de Europa, en los que debería insertarse una cláusula permitiendo a la Comunidad ser parte en ciertos Convenios. De hecho, desde 1979, la Comisión de la Comunidad Europea participa en las reuniones del Consejo de Europa sobre derechos fundamentales.

## 2.El dictamen del Tribunal de Justicia 2/94 del 28 de marzo de 1996.

Recientemente, la adhesión al CEDH se ha, cuando menos, complicado. Ello ha sido así como consecuencia del importante dictamen 2/1994 emitido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 28 de marzo de 1996, en respuesta a la petición que le había dirigido el Consejo el 26 de abril de 1994, solicitándole se definiera sobre la cuestión siguiente: *La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950... ¿sería compatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea?* (88).

En este dictamen, el Tribunal se concentra en el examen de los dos problemas principales que plantea una posible adhesión de la Comunidad (y a fortiori de la Unión) al CEDH, esto es: *¿tiene la Comunidad la competencia para concluir un tal acuerdo?* y *¿es compatible dicha adhesión con las disposiciones del Tratado y, en particular, las relativas a las competencias del Tribunal?*(89).

Con respecto a esta última cuestión, la de la *compatibilidad*, el Tribunal no se pronuncia, puesto que "... no le ha sido dada al Tribunal ninguna precisión sobre las soluciones previstas en lo que se refiere a las modalidades concretas de esta sumisión de la Comunidad a una jurisdicción internacional"(90).

Por consiguiente, el Tribunal se concentra sobre la cuestión de la *competencia* de la Comunidad para adherir al CEDH. El Tribunal comienza por afirmar que, como resultado del art. 3B del Tratado (la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna), ésta solamente dispone de competencias de atribución. Y el respeto de este principio sobre las competencias de atribución se impone tanto en las acciones internas como en las acciones externas de la Comunidad.

En consecuencia, el Tribunal estima que en cada ocasión en que el Derecho comunitario establece competencias en el plano interno para la consecución de un objetivo determinado, la Comunidad tiene competencia para celebrar los acuerdos internacionales necesarios para la realización de ese objetivo, incluso en ausencia de una disposición explícita al respecto(91). Sin embargo, el Tribunal de Justicia hace ver que ninguna disposición del Tratado concede a las instituciones comunitarias, de manera general, el poder de promulgar normas o de concluir convenciones internacionales en materia de derechos del hombre(92).

A falta de competencias específicas expresas o implícitas al respecto, el Tribunal examina la posibilidad de que el art. 235 del TCE pueda constituir una base jurídica adecuada para la adhesión. Dicha disposición trata de suplir la ausencia de poderes de actuación concedidos expresamente o de manera implícita a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que tales poderes parecen no obstante necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a alcanzar uno de los objetivos fijados por el acuerdo(93).

Ahora bien, este artículo, según el Tribunal, no constituye un fundamento para ampliar el ámbito de las competencias de la Comunidad más allá del cuadro general de disposiciones del Tratado, y en particular de aquellas que definen los objetivos y las acciones de la Comunidad. No podría servir por tanto de fundamento para adoptar medidas que provoquen una modificación del Tratado por un procedimiento distinto del que éste prevé al efecto.

Amparándose en una jurisprudencia constante (94), el Tribunal de Luxemburgo recuerda que la Convención reviste una significación particular, pues los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios fundamentales del derecho cuyo respeto asegura el Tribunal, misión para la cual se inspira en principios constitucionales comunes a los Estados miembros y en los indicadores proporcionados por los instrumentos internacionales concernientes a la protección de los derechos del hombre a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido(95).

Por tanto, si el respeto de los derechos humanos constituye una condición de la legalidad de los actos



comunitarios, no es menos verdad "que la adhesión al Convenio [Europeo] entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario"(96).

En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que semejante modificación del régimen de protección de los derechos fundamentales, cuyas implicaciones serían fundamentales, tanto para la Comunidad, como para los Estados miembros, tendría una *envergadura constitucional*(97) y sobrepasaría por tanto los límites del art. 235. El Tribunal de Justicia concluye así su argumentación, afirmando que "la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio"(98).

No es exagerado decir que este dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha supuesto un jarro de agua fría para aquellas Instituciones que patrocinaban la urgente adhesión al CEDH. Sin embargo, parece claro que los impedimentos en los que el Tribunal justifica su posicionamiento, pueden ser evitados si existiera la voluntad política necesaria en los Estados y éstos decidieran afrontar el reto que supone modificar, de forma ciertamente sustancial, el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales y formalmente los Tratados comunitarios.

La actual CIG sería la ocasión adecuada para ello si esa voluntad existe, ya que el Tribunal lo que ha hecho en su dictamen es colocar a los Estados ante sus responsabilidades, esto es, alcanzar un acuerdo para insertar en el nuevo Tratado una base jurídica específica que posibilite la adhesión.

Ahora bien, antes de tomar una decisión en este sentido, es conveniente efectuar una evaluación de los inconvenientes y de las ventajas derivadas de la eventual adhesión de la Comunidad al CEDH. Es verdad que esta adhesión resuelve algunos problemas de importancia, pero no lo es menos que presenta también algunos inconvenientes que conviene no ignorar. Unos y otros son examinados en las siguientes líneas de este trabajo.

### 3.Las ventajas y los inconvenientes de la adhesión al CEDH.

En lo que se refiere, en primer lugar, a las *ventajas* de que se produzca tal adhesión debe citarse, ante todo, su alto valor simbólico. El CEDH haría las funciones de Carta de los Derechos de los ciudadanos de la Unión, lo que reforzaría la imagen de la misma Unión Europea y suministraría una buena dosis de seguridad jurídica a los nacionales de los Estados miembros que, de una forma u otra, se relacionan, directa o indirectamente, con los órganos comunitarios.

Ese reforzamiento de la imagen de la Unión Europea no solamente presentaría una dimensión interna (en las relaciones de la Unión con sus ciudadanos), sino que ofrecería cierta legitimidad a su política de ayuda al desarrollo en la que se suele exigir a los terceros Estados el respeto de los derechos humanos y, de manera más sensible, a los criterios a través de los cuales estamos juzgando la idoneidad de los Estados de Europa Central y Oriental para ser miembros de la Unión en la actual fase de nuestras relaciones conocida como "estrategia de pre-adhesión"(99).

Esta adhesión también favorecería, en segundo lugar, como se acaba de insinuar, el principio de seguridad jurídica. Frente a la solución pretoriana, la vinculación de la Unión Europeo al respeto del CEDH y su sumisión a los órganos de Estrasburgo en materia de derechos fundamentales dota a la Unión de un catálogo común de derechos, recogidos en el mismo Convenio, y que, en muchos casos, tienen un contenido aprehensible, deducido de la precedente actuación de los órganos del Consejo de Europa.

Pero es que, además, y en tercer lugar, la adhesión al CEDH permite resolver problemas concretos, superando ciertas lagunas jurídicas. Se ha sugerido en la primera parte de este trabajo la posible existencia de algunas paradojas en el sistema actual de protección de los derechos, que permite que un acto comunitario escape al control de los órganos del Consejo de Europa, pero que posibilita que su ejecución,

realizada de buena fe por un Estado miembro, pueda ser recurrida ante los órganos de Estrasburgo.

Es cierto que hasta el asunto *Cantoni* ya mencionado(100), la Comisión Europea de Derechos Humanos ha mantenido que un acto nacional de ejecución de obligaciones comunitarias escapa al control previsto en el CEDH (101), pero debe recordarse que esta forma de ver el problema puede variar en el futuro, como de hecho ha ocurrido en el caso *Cantoni* en lo que respecta a la Comisión Europea de Derechos Humanos. De ahí que resulte altamente conveniente la citada adhesión.

El cuarto efecto beneficioso, quizás el más importante, es que la Unión Europea se sometería, como los Estados miembros que la conforman, a un control externo en lo relativo a los derechos fundamentales, representado por los órganos del Consejo de Europa. Como se ha visto en las primeras páginas de este escrito, la consagración de los controles heterónomos en materia de derechos fundamentales es general en los Estados europeos, pero no se había dado todavía en el marco de la Unión Europea. Puede surgir cierto recelo en que un órgano externo, en el que participan, después de la adhesión última de Croacia, 40 Estados europeos, muchos de ellos no comunitarios, puedan enjuiciar si los actos comunitarios respetan o no los derechos fundamentales, pero este es también, sin duda alguna, el principal efecto beneficioso de la adhesión al CEDH.

Ahora bien, incluso si de la CIG surgiera la voluntad política de adherirse al CEDH, esta voluntad no es, por sí sola, suficiente. Convertir esos deseos en realidad exige afrontar diversos *problemas* técnicos y de fondo de envergadura.

Algunos de tales problemas derivan de la propia estructura del Consejo de Europa, formada exclusivamente por Estados. La entrada de la Unión Europea en este entramado exigiría reformar la práctica integridad del CEDH, lo que debe contar con el asentimiento de todos los Estados que la sustentan, tarea que exigiría un largo lapso de tiempo.

Los problemas técnicos derivados de la eventual adhesión de la Unión Europea al CEDH, por relevantes que sean(102), pierden importancia si se comparan con otros de carácter sustancial, como son los referidos a su encaje con los ordenamientos nacionales y con el propio sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales comunitario.

Una cuestión que no ha sido acaso suficientemente subrayada es determinar, en su caso, cuál sería la concreta extensión material de la adhesión comunitaria al Convenio Europeo. Cuando se afirma, con cierta dosis de voluntarismo, que el CEDH es el Derecho común europeo en materia de derechos humanos se olvida, o se oculta, que las adhesiones estatales a este Convenio incluyen reservas en el mismo, que limitan y condicionan en ocasiones su alcance. Es discutible saber si la Unión Europea debería tomar en consideración tales reservas nacionales y adecuarse al mínimo contenido del Convenio aceptados por todos los Estados (al menos, por los que sean socios comunitarios) signatarios o si, por el contrario, debiera establecer unas reservas propias, distintas a las suscitadas por sus Estados miembros.

Más problemático es, si cabe, los efectos de que la Unión Europea acepte que un particular pueda impulsar un recurso individual ante los órganos del Consejo de Europa. Si se acepta que la idea de adhesión al CEDH se persigue no para que los derechos contenidos en el mismo sirvan de inspiración a la acción de la Unión (para eso basta el vigente artículo F.2 TUE), sino por la existencia de un control heterónimo en materia de derechos fundamentales, se comprenderá fácilmente que el establecimiento del recurso individual es ineludible, así como el reconocimiento de un efecto directo a las resoluciones provenientes de los órganos del Consejo de Europa.

Ahora bien, tres Estados (Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca) no conceden efecto directo a las resoluciones de Estrasburgo en sus ordenamientos jurídicos internos. Aunque ese problema puede ser neutralizado con la afirmación de que solamente los actos propiamente comunitarios se verían afectados por este control externo, parece difícil que los Estados citados acepten ese control en la aplicación del Derecho comunitario y puedan justificar en sus países el mantenimiento de sus posiciones actuales(103).

Un problema añadido deriva de la peculiaridad del Derecho inglés, en el que no existe un *Bill of Rights* supralegal y donde además el CEDH sólo tiene un efecto de Derecho internacional, y no un efecto directo en su sistema jurídico (lo que impide que pueda ser alegada ante sus propios Tribunales), a pesar de haber sido ratificado el Convenio Europeo por el Reino Unido. Este argumento fue el que determinó en gran medida que el artículo L del TUE excluyera el F.2 del control del Tribunal de Luxemburgo(104).

También puede suscitar problemas prácticos la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que declaren que un acto comunitario conculca alguno de los derechos contenidos en el Convenio Europeo. Así, debe entenderse la propuesta austríaca de abril de 1996 a la que ya se ha hecho referencia, en la cual, después de prever un artículo capacitando a la Unión para adherir al CEDH, se proponía un segundo artículo permitiendo que un Estado condenado en Estrasburgo por una violación por él cometida cumpliendo con una obligación resultante de un acto de la Unión, pueda solicitar de la misma un resarcimiento adecuado; así como la obligación general para las instituciones de la Unión (tercer artículo) de adoptar las medidas necesarias para cumplir (ejecutar) una sentencia condenatoria de Estrasburgo contra un acto de las mismas.

Finalmente, parece claro que de realizarse la adhesión debería reformarse el artículo F.2 del TUE. Y esto porque, como ya se ha indicado, este precepto alude, en la actualidad, además de al CEDH, a las tradiciones constitucionales comunes. Y con base en estas últimas, el Tribunal de Luxemburgo podría justificar soluciones propias y distintas a las ofrecidas en Estrasburgo, lo que podría ocasionar tensiones jurisprudenciales y empañar el sentido y el alcance del propio acto de adhesión al CEDH. Es claro que sería necesario esclarecer esta cuestión, probablemente en las disposiciones del Tratado dedicadas a las competencias del Tribunal.

Hasta aquí se ha puesto de manifiesto algunos de los problemas que la adhesión al CEDH puede suscitar. Junto a éstos, interesa cuestionarse no ya si la citada adhesión es posible, sino también, si es conveniente. Se trataría de saber si la adhesión va a mejorar o no el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales. En efecto, más allá de esa modificación, no menor, del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, puede siempre suscitarse si la adhesión del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la sumisión al control en este campo de los órganos del Consejo de Europa *resuelve todos los problemas*.

La respuesta a este interrogante debe ser negativa. El CEDH recoge un número limitado de derechos concebidos para servir de límite a las actuaciones estatales. No resuelve, y esto es lógico, todos los problemas que en materia de derechos fundamentales puedan suscitarse en el marco de la Unión Europea \_como tampoco lo hace en el marco estatal(105)\_. Y es que, debe recordarse, una vez más, la autonomía del Derecho comunitario, exige en ocasiones redimensionar determinados derechos fundamentales y dotarse en otras de derechos específicos, como son, por ejemplo, las libertades económicas contenidas en el TCE, a las que ya se ha aludido en las primeras páginas de este trabajo. Es por ello posible la existencia de discrepancias justificables entre las jurisprudencias de los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo.

### III. Algunas reflexiones finales

Podría pensarse que estamos, nuevamente, en el comienzo del discurso que inspira este trabajo. Un resumen apresurado y poco constructivo haría hincapié en que el actual sistema de protección de los derechos fundamentales en la Comunidad es poco satisfactorio y que, además, no existen propuestas que puedan generar otro que lo sea en mayor medida.

Pero tal vez si sea posible, pese a todo, extraer algunas conclusiones útiles para el establecimiento de un moderno sistema comunitario de protección de los derechos humanos.

La principal es hacer notar que las soluciones examinadas hasta ahora no son ni exclusivas ni, mucho menos, excluyentes. Es posible, en efecto, que la solución más conveniente provenga de la combinación de varias de las que se han señalado. Debe hacerse notar que la corriente que se decanta por una solución de este tipo está presente, no sólo en un plano doctrinal, sino también en el entorno de la CIG(106), frente a tesis más ortodoxas que defienden la necesidad de adherirse al Convenio Europeo como un mal menor, como un paso intermedio, hacia la realización de un catálogo comunitario de derechos fundamentales(107).

Si se piensa detenidamente, esta protección múltiple de los derechos humanos no es un fenómeno desconocido para los Estados, ya que, en ocasiones, añaden a la protección ofrecida por sus ordenamientos constitucionales, la de los derechos subjetivos que, con independencia de su contenido, novedoso o no, se contienen en ciertos Tratados internacionales. Esta forma de ver el problema permite además resolver los problemas derivados de la especificidad y de la autonomía del Derecho comunitario.

Puede por ello indicarse ya que si bien la solución de la adhesión al CEDH por parte de la Unión Europea sigue siendo la hipótesis de trabajo más atractiva y garantista, al menos formalmente, no es, sin embargo, suficiente, ya que no asegura debidamente los derechos subjetivos que solamente se reconocen en el ámbito comunitario o que su especificidad condiciona. En esta misma línea argumental, la solución del establecimiento de un catálogo propio de derechos, se presenta como irrealista en los momentos actuales y poco efectiva en la práctica por sí sola, ya que, si bien permitiría plasmar una lista de derechos adaptada a la realidad de la Unión Europea, no hace *per se* efectivo el sometimiento a una instancia de control externo.

En conclusión, el problema de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea debe ser abordado conjugando diversas soluciones de las que en estos momentos se están examinando en la CIG y que se han estudiado en este trabajo, siempre y cuando se consiga un posicionamiento unívoco entre las diferentes delegaciones. Las reticencias que en esta materia mantienen ciertos Estados deben ser superadas porque lo que está en juego es la propia consideración de que la Unión Europea constituya una organización de Derecho, en la que sus ciudadanos gocen de ciertos derechos subjetivos que limitan, efectivamente, al legislador de la Unión.

En este sentido, en nuestra opinión la mejor solución para mejorar el sistema de protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea, está muy próxima del espíritu de las propuestas italo-austríacas presentadas en la CIG.

Creemos que son compatibles tres medidas concretas:

La primera es la inclusión en el nuevo Tratado de la Unión de una *cláusula habilitante que permita la adhesión futura al CEDH*, una vez resueltos los problemas técnicos del status institucional que la Unión tendría en el mismo y establecida claramente su limitación a los actos de las instituciones de la Unión, para salvaguardar así a los Estados miembros en su ejecución de buena fe de los actos de la Unión.

La segunda medida sería la *modificación del actual artículo F* que esta vez sí "constitucionalice" la vía y el acervo pretoriano, para la cual será necesario incluir entre los instrumentos jurídicos internacionales "fuente de inspiración", los principales en la materia de los que los Estados de la Unión son parte.

En tercer lugar es deseable, en todo caso, una *reforma del artículo L*, para que este precepto no excluya del control interno jurisdiccional ningún área de la Unión, en los supuestos en los que pueda existir una violación de un derecho fundamental.

Es conveniente, para concluir, hacer ver que, además, estamos en un momento especialmente propicio para perfeccionar el sistema comunitario de protección de los derechos y para impulsar la adhesión de la Unión Europea al CEDH.

Y lo es no sólo a causa de la CIG, sino porque el mismo Consejo de Europa, tal y como se puso de manifiesto en su Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Viena del 9 de octubre de 1993, pretende reforzar su posición como garante de los derechos humanos modificando los mecanismos de control del CEDH y, en este sentido, se invitó en dicha Cumbre a la Comunidad a participar como observadora en sus

trabajos de reforma(108). Así, la Unión, si decidiera solicitar su adhesión al CEDH, tiene una ocasión única de exponer sus problemas desde dentro e, incluso, de proponer modificaciones que permitan encontrar una solución apropiada a su status institucional dentro del sistema del Consejo de Europa.

#### IV. Bibliografía

AKEHURST, M.: *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, British Yearbook of International Law, 1981, págs. 29-51.

ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario*. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid, 1994.

\_ *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1989.

\_ *Derechos fundamentales y Comunidades Europeas*, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Enterría. Volumen II, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, págs. 799 y ss.

BACIGALUPO, Mariano: *¿Vinculan los derechos fundamentales nacionales a los gobiernos de los respectivos Estados miembros en su participación en la fase ascendente de la normación comunitaria? El caso alemán*. Gaceta Jurídica de la CE 1993 (Boletín 88), págs. 5 y ss.

\_ *La constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea en Alemania (la Senetchnia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)*. Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia D-121 (1994), págs. 7 y ss.

BAÑO LEÓN, J.M.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 22 de Octubre de 1986*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1987, págs. 227 y ss

BARNARD, C.: *An Irish Solution*, New Law Journal, 1992 (6548), págs. 526, 533.

BOCCIO VÁZQUEZ, J. M.: *Comunidades europeas y derechos humanos*. Fundación Juan March. Madrid, 1986.

BONET, G.: *"La protection des droits des individus dans L'Europe communautaire". Autour du rapport Tindemas* (Colloque d' Athènes). Genève, 1976.

CANNIZZARO, E.: *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le Corti Costituzionali italiana e tedesca*, Rivista di Diritto Internazionale, 1990 (fasc.2), págs. 372 y ss.

CAPOTORTI, Fausto: *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*. Rivista di Diritto Internazionale, 1980, págs. 5 y ss.

CARRILLO SALCEDO, J. A.: *"La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas"*. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPO, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.). *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*. Cívitas, Madrid, 1986. Vol. II.

\_ *Vers la réforme du mechanisme de controle institué par par la Convention Eurpéenne des Droits de l'Homme*, Revue Générale de Droit International Public, 1993 (3), págs. 629 y ss.

CASADO RAIGÓN, R.: *La actualidad de los derechos fundamentales y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950*, en Cuestiones actuales de Derecho comunitario europeo (Coord. J.M. Peláez Marón), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, págs. 71 y ss.

CLAPHAM, A.: *A Human Rights Policy for the European Community*. Yearbook of European Law 1990, págs. 309 y ss.

\_ *Human rights and the European Community: A critical Overview*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1991.

CLOOS, J.; REINESCH, G.; VIGNES, D. y WEYLAND, J.: *Le Traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, ed. Bruylant, Bruxelles 1993.

COHEN JONATHAN, G.: *"La Convention européenne des droits de l'homme et la Communauté européenne"*. Mélanges Fernand Dehousse. Vol. I. Institut d'Études juridiques européennes. Bruselas, 1979.

\_"Droits de l'homme et pluralité des systèmes européens de protection internationale". Revue des Droits de l'Homme 1972.

\_"Le Parlement européen et les droits de l'homme". Revue du Marché Commun 1978.

COLE, D.: *"Going to England": Irish Abortion Law and the European Community*, Hastings International and Comparative Law Review, 1993 (Fall), págs. 113-142.

CONSTANTINESCO, V.; JACQUÉ, J.P.; KOVAR, R. y SIMON, D.: *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*. Economica, Paris 1992.

CONSTANTINESCO, V.; KOVAR, R. y SIMON, D.: *Traité su l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*. Economica, Paris 1995.

COPPEL, J. y O'NEILL, A.: *The European Court of Justice: taking rights seriously?* Common Market Law Review 1992, págs. 669 y ss.

CHUECA SÁNCHEZ, A.G.: *"Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea"*. En AAVV *Derecho español y Derecho comunitario europeo*. Seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, dirigido por F. Mariño Menéndez. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1987. págs. 88-91.

\_"Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea". Bosch ed. Barcelona, 1989.

\_"Los principios generales en el ordenamiento jurídico comunitario", Revista de Instituciones Comunitarias, 1983 (3), págs. 863 y ss.

DARMON, M.: *Juridictions constitutionnelles et Droits communautaire*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1988.

DAUSES, A.: *"La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire"*, Revue Trimestrielle de Droit Européen 1984, pág. 403.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *La competencia consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirs.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Tecnos, Madrid 1993, págs. 592 y ss.

DÍEZ PICAZO, Luis María: *"¿Una Constitución sin declaración de derechos?"*. Revista Española de Derecho Constitucional 32 (1991).

DRZEMCZEWSKI, A.: *"The domestic application of the european human rights convention european community law"*, The International and Comparative Law Quarterly 1981.

\_"European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study", Ed. Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1983.

DUBOUIS, Louis: *Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes: objet et portée de la protection*, en FAVOREU, L. (dir.): *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Actes du second colloque d'Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1982, págs. 450 y ss.

EMBED IRUJO, A.: *Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1983.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: *Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al dictamen 2/94 del TJCE, del 28 de marzo de 1996)*. Revista de Instituciones Europeas 1996, págs. 817 y ss.

FAVOREU, L. (dir.): *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Actes du seconde colloque d'Aix-en-Provence 19-21 fevrier 1981, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille. Paris, 1982.

FÉRNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la*

*protección de los derechos humanos: un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, 1985 (3), págs. 701-709.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: *El control del Derecho interno que infrinja el Derecho comunitario europeo y el alcance del art. 10.2 en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1991 (72), págs. 573 y ss.

FERRARI BRAVO, L.: *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità Europee alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Rivista di Diritto Europeo, 1979 (4), págs. 347 y ss.

FONSECA MORILLO, Francisco J.: *Les travaux de préparation de la Conférence intergouvernementale, en L'Union européenne après Cannes*, Institut d'Etudes Européennes, ULB, Bruxelles 1995.

FROWEIN, J.A.: *Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe*, en CAPPELLETI, M.; SECCOMBE, M. y WEILER, J.H.H.: *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*. Berlin 1986, Vol. I, book 3, págs. 300 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*. Bologna 1992

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TIZZANO, A. y ALONSO GARCÍA, R.: *Código de la Unión Europea*. Civitas, Madrid 1996.

GAVARA DE CARA, J.C.: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994.

HÄBERLE, P.: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Edición dirigida por LÓPEZ PINA, A. Madrid, 1991, págs. 99 y ss.

HANF, Dominique: *Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht* Revue Trimestrielle de Droit Européen 1994, págs. 391 y ss.

HALL, Stephen: *Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights*. European Law Review 1196, págs. 129 y ss.

JACOBS, F.G.: *The Convention and the English Judge*, en *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour to W.J. Wiarda*, Ed. Carl Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1988, págs. 273 y ss.

JACQUÉ, J. P.: *"Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme"*, en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, París, 1991, págs. 325 y ss.

JASON, C. y O'NEILL, A.: *"The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?"*, CMLR, 1992-94, págs. 669 y ss.

JENNINGS, R.: *Human Rights and Domestic Law and Courts*, en *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour to W.J. Wiarda*, Ed. Carl Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1988, págs. 295 y ss.

KROGSGAARD, L.B.: *Fundamental Rights in the European Community after Maastricht*, Legal Issues of European Integration, 1993 (1), págs. 99 y ss.

LANG, J.T.: *The Sphere in Which Member States Are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, Legal Issues of European Integration, 1991 (2), pp 23 y ss.

LENAERTS, K.: *Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue*, European Law Review, 1991 (5), págs. 367 y ss.

LINAN NOGUERAS, Diego J.: *Los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea*. Ponencia en las XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Exteriores. Andorra, 23.9.1995.

\_"Derechos fundamentales y de ciudadanía en la Constitución europea". En *La Constitución Europea*, dirigido por M. OREJA, Actas de El Escorial, Universidad Complutense de Madrid. 1994.

LÓPEZ GARRIDO, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*. Tecnos, Madrid, 1986.

LOUIS, Jean-Victor: *El ordenamiento jurídico comunitario*. 5ª ed. Oficina de Publicaciones de la Comunitàes Europeas. Luxemburgo, 1995.

MANGAS MARTÍN, Araceli: *Derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Cuadernos de Derecho y Comercio 1988 (sept.).

\_Derechos fundamentales en la Comunidad Europea, en Cuadernos de Derecho y Comercio, sept. 1988, págs. 11 y ss.

\_Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados Miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en G.C.RODRÍGUEZ IGLESIAS y D.J. LIÑÁN NOGUERAS (dirs.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, págs. 55 y ss.

MANGAS MARTÍN, Araceli & LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. McGraw Hill. Madrid, 1996.

MATIA PORTILLA, Francisco J.: *Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio*. Revista General de Derecho 573 (1992)

\_El Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Mc Graw Hill, Madrid 1997 (en prensa).

MARCOUX, L. *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique Européenne*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1983 (4), págs. 691 y ss.

MENDELSON, M.: *The Impact of European Community Law on the Implementation of the European Convention on Human Rights*. Yearbook of European Law 1983, págs. 99 y ss.

MENGOZZI, P.: *La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale fra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, Diritto Comunitario e degli scambi Internazionali, 1987 (3), págs. 479 y ss.

MIGUEL ZARAGOZA, Juan de: *Métodos de integración del Convenio Europeo de Derechos del Hombre en el sistema comunitario*. En AAVV. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992. *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*. Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez. Universidad Carlos III. Madrid, 1993.

MINCH, M. y PAULIN, B.: *The European Community and the European Convention of Human Rights*. En Government and Opposition 1988, págs. 31 y ss.

MOITINHO DE ALMEIDA, J.C.: *Evolución jurisprudencial en materia de acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria*. Universidad de Granada, *Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados Miembros*. Colección Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos, Serie Seminario Permanente, nº 4, Granada, 1991.

\_La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunitàes Europeas, en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (dir. G.C. Rodríguez Iglesias y D.J. Liñán Nogueras), Ed. Civitas, 1993, págs. 97 y ss.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*. Civitas. Madrid, 1980.

NACIMENTO, P.: *Il Tribunale Costituzionale tedesco e il Diritto comunitario*, Quaderni Costituzionali, 1991 (Abril), págs. 157-165.

O'LEARY, S.: *The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: An Examination of the Abortion Information Case*, European Law Review, 1992 (2), págs. 139 y ss.

\_The Relationship Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community law, CMLR, 1995-2, págs. 519 y ss.

PAREJO ALFONSO, Luciano: *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. Revista Espa-



ñola de Derecho Constitucional 1981, nº 3.

PÉREZ VERA, Elisa: *El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*. Revista de Instituciones Europeas 1993, págs. 459 y ss.

PESCATORE, P.: *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*. Cahiers de Droit Européen 1968/6  
\_La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention Européenne des droits de l'homme. En Protecting human rights. The European dimension 1988. Studies in Honour to G.J. Wiarda. Ed. C. Heymanns, Munich 1998, págs. 441 y ss.

\_La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire. VII Congrès International de Droit Européen, Bruselas, 2 a 4 de octubre de 1975.

\_Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire. Actes du 12ème Congrès de la FIDE. París, 1986.

\_The protection of human rights in the European Communities. Common Market Law Review 1972

\_L'ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire. Pres-ses Universitaires de Liège. Liège, 1975.

PIPKORN, Jörn: *La Communauté Européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme 1993, págs. 221 y ss.

RECCHIA, G.: *Corte di Giustizia della Comunità Europea e tutela dei diritti fondamentali della giurispruden-za costituzionale italiana e tedesca. Verso un "catalogo" europeo dei diritti fondamentali?*, en *La Corte Costituzionale tra Diritto interno e diritto comunitario (Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 15 e 16 ottobre 1990)*, Ed Giuffrè, Milán, 1991, págs. 123 y ss.

ROBERTSON, A.H., y MERRILLS, J.G. *Human rights in Europe*, Ed. Manchester University Press, Manchester-Nueva York, 1993.

ROBLES MORCHÓN, G. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: *Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 203 y ss.

\_La protección de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en *El Defensor del Pueblo en el tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III, Madrid, págs. 1993, págs. 203 y ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y WOELKER, U.: *Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de Octubre de 1986*, Revista de Instituciones Europeas, 1987 (3) pág. 667 y ss.

ROTTOLA, A.: *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario*, Rivista di Diritto Europeo, 1978, págs. 219 y ss.

RUIZ JARABO COLOMER, D.: *Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comuni-dad europea*, Revista de Instituciones Europeas, 1990-1, págs. 151 y ss.

SASSE, C.: *"La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne"*. Mélanges Fernand Dehousse. Vol. II. Institut d'Etudes juridiques européennes. Bruselas, 1979.

SCHERMERS, H.G.: *The Communities under the European Convention on Human Rights*, Legal Issues of European Integration, 1978 (1), págs. 1 y ss.

\_Human Rights Protection in Europe: The Court of Justice and the European Court of Human Rights, en *Contemporary International Law Issues: Opportunities at a Time of momentous Change*, Proceedings of the Second Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 22-24, 1993, La Haya, 1994.

SCHERMERS, H.G. y WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Communities*, Ed. Kluwer, Deventer-Boston, 1992.

SCHWARZE, J.: *The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights*, Common Market Law Review, 1986 (2), págs. 401 y ss.

STEIN, Torsten: *La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht*. Revista de Instituciones Europeas 1994, págs. 745 y ss.

TEITGEN, P.-H.: "*La protection des droits fondamentaux dans le jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*", en AAVV. *L'adhésion des Communautés européennes a la Convention européenne des droits de l'homme* sous la présidence de W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH. Vander editeur. Bruselas, 1981.

TESAURO, G.: *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo, 1992 (2), págs. 426 y ss.

TORRES UGENA, Nila: *Textos Normativos de Derecho Internacional Público*. Civitas, Madrid 1996.

TOURET, Corinne: *L'exercice du droit de suffrage des citoyens de l'Union aux élections européennes*. Revue Française de Droit Constitutionnel 1995, págs. 503 y ss.

VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Bruylant, Bruxelles 1990.

VERGES, J.: *Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du Droit communautaire*, en *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Ed. Dalloz, París, 1991, págs. 513 y ss.

VILLEVIEILLE, J.F.: *La ratification par la France de la Convention Européenne des droits de l'homme*. Annuaire Français de Droit International 1973, págs. 922 y ss.

WAELEBROEK, Michael: "*La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés Européennes?*" en *Semaine de Brugges 1965 Droit communautaire et Droit national*. De Tempel. Brugges, 1965.

WEILER, J.H.H.: *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*. Washington Law Review 1986, págs. 1103 y ss.

— *The European Court at a crossroads: Community Human Rights and Member States*. En *Du Droit International au Droit de l'Intégration*. Liber Amicorum Pierre Pescatore. Ed. Nomos, Baden-Baden, 1987, págs. 821 y ss.

WEILER, J.H.H. y LOCKHART, N.J.S.: "*Taking Rights Seriously*" *Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence*-Part I, CMLR, 1995-1, págs. 51 y ss. Part II, CMLR, 1995-1, págs. 51 y ss

DE WITTE, B.: *Community Law and National and Constitutional Values*, Legal Issues of European Integration, 1991 (2), págs. 1 y ss.

## NOTAS

(1) Así, por ejemplo, en el modelo español la Constitución prevé dos importantes garantías suplementarias de naturaleza jurisdiccional en lo que toca a los derechos fundamentales. La primera es la referida al establecimiento de un procedimiento preferente y sumario en defensa de los mismos, al que alude el art. 53.2 CE, precepto que en puridad no puede entenderse desarrollado, puesto que, como es sabido, tal procedimiento es establecido en una ley preconstitucional (la 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, de 26 de diciembre de 1978). La segunda garantía suplementaria es la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda conocer, en vía de amparo constitucional, de la (presunta) vulneración de un determinado grupo de derechos fundamentales debida, en todo caso, a los poderes públicos (arts. 53.2 CE y 41 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

(2) En efecto, la compleja interdependencia de los derechos impide explicitar debidamente a qué grupo de los citados en el texto deben adscribirse algunos de ellos. Así, por ejemplo, es polémica la ubicación del derecho a realizar discursos políticos de carácter público en ese esquema, ya que, si bien presenta una faceta típica de derecho fundamental de naturaleza civil conectada con las libertades ideológicas y de expresión, ofrece también una dimensión de naturaleza política, en cuanto actuación dirigida a captar afiliados o votos.

(3) Además, estas normas internacionales referidas a la protección de los derechos fundamentales suelen constituir la regla de conformidad para interpretar las normas nacionales relativas a los derechos fundamentales. Así, el Título Primero de la Constitución Española "De los derechos y deberes fundamentales", comienza con un art. 10, en cuyo párrafo 2 se establece que: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*".

(4) Para examinar más en detalle todos estos textos, véase la compilación de Nila TORRES UGENA: *Textos Normativos de Derecho Internacional Público*, Cívitas, Madrid 1994.

(5) Puede ser acaso conveniente recordar, brevemente, el perfil de estos órganos del CEDH que se acaban de citar.

La Comisión Europea es un órgano formado por un nacional de cada Estado miembro del Consejo de Europa. Su determinación concreta proviene de su elección por el Consejo de Ministros por mayoría absoluta de sus votos, basada en una lista elaborada por la Mesa de la Asamblea Consultiva (ante la que previamente cada Estado ha presentado tres candidatos \_dos de los cuales deben poseer su nacionalidad\_). Su mandato, de seis años, es renovable.

El Tribunal Europeo se compone de jueces independientes, elegidos mediante voto mayoritario de la Asamblea Consultiva, con base en una lista de candidatos presentada por los Estados miembros. Su mandato, de nueve años, es también renovable.

En cuanto al *Comité de Ministros*, de acuerdo con el art. 14 del Estatuto del Consejo de Europa, está compuesto por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros, o por sus suplentes, llegado el caso.

(6) Debe hacerse notar que una importante modificación del procedimiento se prevé en el Protocolo número 11 al CEDH, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994. Este Protocolo tardará aún en entrar en vigor, puesto que exige la ratificación de todas las partes del Convenio. La novedad más importante prevista en el mismo es la actuación del TEDH a través de Comités (y, también, como antes, en Salas y en Gran Sala) (art. 27). El texto del citado protocolo se encuentra en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TIZZANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Código de la Unión Europea*. Cívitas. Madrid, 1996, págs. 787 y ss.

(7) Conviene recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo adquiere valor interno en España, de conformidad con nuestra Constitución. El Tribunal Constitucional así lo ha dejado sentado en las ocasiones en las que esta cuestión se ha planteado. Véase, por ejemplo, su sentencia del 20 de julio de 1993 en el asunto 254/1993 (identificación del contenido de los derechos constitucionales por referencia a los internacionales).

(8) De obligada lectura para tener una visión más detallada del funcionamiento de los órganos encargados de la protección de los derechos fundamentales y del procedimiento a seguir, véase VELU, Jacques y ERGEC, Rusen: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles 1990, págs. 699 a 1.136.

(9) En virtud del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, la CEE ha pasado a denominarse oficialmente Comunidad Europea (CE). Por ello, a partir de ahora, las referencias al

Tratado se harán con las siglas TCE.

(10)Arts. 117 a 122 TCE; y 123 a 125, referidos al Fondo Social Europeo.

(11)En *La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés Européennes?* Semaine de Brugges 1965: Droit Communautaire et droit national. De Tempel, Brugges, 1965, págs. 305-317. No deja de ser curioso, además de atractivo, el planteamiento del profesor Waelbroek, en un momento histórico en el que algunos Estados comunitarios (Francia) no se habían adherido, como tales, al CEDH. Una demostración jurídica de como la teoría de la sucesión de estados no podía ser aquí aplicable, puede verse en el trabajo de Juan A. CARRILLO SALCEDO *La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas*, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y MUÑOZ MACHADO, Santiago (dirs.). *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*. Vol. II. Cívitas. Madrid, 1986, págs. 17 y ss., especialmente pág. 21.

(12)Estos datos se extraen del magnífico trabajo de Juan DE MIGUEL ZARAGOZA: *Métodos de integración del Convenio Europeo de Derechos del Hombre en el sistema comunitario*, en Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992: *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*. Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez. Universidad Carlos III. Madrid, 1993, págs. 225 y 226.

(13)En particular, recuérdese su artículo clásico, aparecido en el nº 6 del Cahiers de Droit Europé en de 1968: *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, págs. 656 y ss.

(14)Vid. las sentencias Stork (Asunto 1/58, *Rec.* 1958-59, págs. 43 y ss.), donde el Tribunal de Luxemburgo entiende imposible comparar una norma comunitaria con los arts. 2 y 12 GG y Comptoirs de vente du charbon de la R.V.H.R. (Asuntos acumulados 36, 37, 38/59 y 40/59, S de 15 de julio de 1960, *Rec.* 1960, págs. 857 y ss.).

(15)No debe olvidarse que las principales sentencias comunitarias en lo referido al efecto directo del Derecho comunitario y a su primacía se dictaron en 1963 (sentencia Vand Gend & Loos, asunto 26/62, sentencia de 5 de febrero, *Rec.* 1963, págs. 1 y ss.) y 1964 (sentencia Costa-ENEL, asunto 6/64, sentencia de 15 de julio, *Rec.* 1964, págs. 1.145 y ss.), respectivamente.

(16)Vid., por ejemplo y entre la doctrina española, LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*. Tecnos. Madrid, 1986, págs. 123 y ss. También, ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, ed. Ceura, Madrid 1988, págs. 46 y ss.

(17)No debe olvidarse que la sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 14/64 del 24 de febrero de 1964 en el caso en el sobre la compatibilidad de la ley de monopolio de electricidad italiano con la propia Constitución italiana (ley que fue también contestada por un particular \_Costa\_ en relación con el Derecho Comunitario, lo que se tradujo, a través de un recurso prejudicial, en la conocida sentencia Costa/ENEL del Tribunal de Justicia comunitario ya citada), sostenía una visión excesivamente formal de la ley de adhesión a los Tratados comunitarios, entendiendo que podía ser modificada por una simple Ley posterior.

(18)En efecto, las sentencias más polémicas dictadas por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano son posteriores en el tiempo.

Nos referimos, en el caso alemán, a las sentencias Solange I (1974) y Solange II (1986); y, en el caso italiano, a las sentencias Frontini (1974) y Granital (1984). Ambos Tribunales se reconocen una competencia residual en defensa de los derechos constitucionales en el ámbito comunitario.

Entre la amplia doctrina existente, vid. MENGOZZI, Paolo: *La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale fra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, en *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1987-3, págs. 479 y ss. En España, RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: *Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Homenaje al prof. Díez de Velasco, ed. Tecnos, Madrid 1993, págs. 1.175 y ss.

El Tribunal Constitucional Alemán ha confirmado esta jurisprudencia en su reciente Decisión *Soweit*, de 12 de octubre de 1993, también llamada por algunos autores Solange III, en relación con la constitucionalidad del Tratado de Maastricht.

Entre otros muchos comentarios doctrinales a esta sentencia, vid. Dominik HANF: *Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht*, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1994/3, págs. 391-423; Mariano BACIGALUPO: *La constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea en Alemania (la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)*, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia D-121* (1994), págs. 7-45 y, especialmente, Torsten STEIN: *La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht*, en *Revista de Instituciones Europeas* 1994/3, págs. 745-769).

(19)Asunto 2 de septiembre de 1969. *Rec.* 1969, págs. 419 y siguientes. En vía prejudicial se cuestiona si la obligatoriedad dentro del Derecho alemán de bonos nominados para la obtención de mantequilla a precio reducido es compatible con los principios generales de Derecho comunitario en vigor (pág. 420), en cuanto a la divulgación del nombre del beneficiario a los vendedores (en concreto, podría violar los arts. 1 y 3 de la GG).

(20)*Rec.* 1969, pág. 425.

(21)Véase la nota a pie de página nº 13.

(22)*Rec.* 1970, pág. 1.125. En español, en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (selección) CEE. Secretaría de Estado para las relaciones con las Comunidades europeas. Madrid, 1984, pág. 119 y siguientes. La Sociedad en cuestión pretendía la invalidez del reglamento 120/67 del Consejo, por atentar contra los arts. 2.1 y 14 de la GG.

(23)Pág. 122. Vid., también, la sentencia TJCE *Koster*, *Rec.* 1970, págs. 1.161 y ss. En español, en *Jurisprudencia...*, cit., págs. 131 y ss. (especialmente, pág. 140).

(24)Sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Rec.* 1974, págs. 491 y ss.

(25)Pág. 508.

(26)El Tribunal de Luxemburgo alude también al Protocolo Adicional de 28 de marzo de 1952.

(27)A través del Decreto 4360. La ratificación se efectuó mediante una ley de autorización (Ley 73-1.227, de 31 de diciembre de 1973). Para estudiar la concreta ratificación del Convenio por Francia (plazos, reservas,...) es recomendable la lectura del trabajo de J.F. VILLEVIEILLE: *La ratification par la France de la Convention Européenne des droits de l'homme*, en *Annuaire Français de Droit International* 1973, págs. 922 y siguientes.

(28)Vid. entre otras, la sentencia *Rutili*, de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, *Rec.* 1975, págs. 1.219 y ss.

(29)Pág. 508.

(30)Vid., en este punto, las importantes aportaciones de C. SASSE: *La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne*, en *Mélanges à Fernand Dehousse*, op. cit., vol. II, págs. 298 y 299 y Pierre PESCATORE en: *La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire*, en VII Congrès International de Droit Européen, Bruselas, 2 a 4 de octubre de 1975- pág. 7). En este mismo sentido DUBOUIS, Louis: *Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes: objet et portée de la protection*, en *Actes du seconde colloque d'Aix-en-Provence 19-21 fevrier 1981*, sous la direction de L. FAVOREU): *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille. París, 1982, pág. 450.

En la doctrina española, Francisco Javier MATIA PORTILLA: *Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio*. *Revista General de Derecho* 573 (1992), pág. 5.174.

(31)En este caso se alude al artículo titulado *The protection of human rights in the European Communities*, *5 Common Market Law Review* 1972, págs. 73 y ss., en el que Pierre Pescatore afirma que es difícil

imaginarse como el Derecho comunitario puede mantener su autoridad si fracasa en el logro de alcanzar un nivel de protección que es considerado esencial en algún Estado miembro singular.

(32) Paradigmática es la sentencia Hauer, de 13 de diciembre de 1979 (asunto 44/79; en castellano, en *Jurisprudencia...*, págs. 499 y ss.), en la que el Tribunal de Luxemburgo recuerda lo apuntado en sus anteriores asuntos Stork, Internationale Handelsgesellschaft mbH, y Nold, todos ya citados, y alude al primer protocolo adicional al CEDH y al articulado de varias Constituciones nacionales.

Un recorrido bastante completo sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y las técnicas de protección de los derechos fundamentales, puede seguirse en RUIZ JARABO COLOMER, Dámaso: *Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad europea*, en Revista de Instituciones Europeas 1990-1, págs. 151 y ss.

En la doctrina anglosajona ha existido últimamente una interesante polémica sobre la seriedad o no del tratamiento que el Tribunal de Justicia otorga a la cuestión de la protección de los derechos fundamentales. La polémica comenzó con un artículo titulado *The European Court of Justice: taking rights seriously?* aparecido en *Common Market Law Review* 1992, págs. 669 y ss y en el que sus autores, Jason COPPEL y Aidan O'NEILL, negaban tal seriedad. Creo que la réplica efectuada en la misma revista en 1995 por J.H.H. WEILER y Nicolas J.S. LOCKHART y titulada "*Taking rights seriously*" *seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence* (págs. 51 y ss. y págs. 579 y ss.), demuestran que el Tribunal asume muy en serio su tarea de garantizar la protección de los derechos fundamentales, vía su incorporación como principios generales.

(33) Supplément al BCEE 5/75.

(34) DOCE C 103/77, pág. 1. Se puede consultar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TIZZANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Código*, cit., pág. 725.

(35) Vid. en Bull. CCEE 1974-3 y Bull. CCEE 1978-3 y la solemne sobre la Unión Europea en la Revista de Instituciones Europeas 1983, págs. 729 y ss.

(36) Bull. CCEE 7/8-1986, punto 2.4.4.

(37) Vid. en PARLEMENT EUROPEEN: *Projet de Traité instituant l'Union européenne*. Division des publications du PE, Luxembourg 1984.

(38) Bull. CCEE 4-1989, pág. 10.

(39) DOCE C 324 del 24 de diciembre de 1994, págs. 219 y ss.

(40) Vid. texto del dictamen en el DOCE C 96 del 1 de febrero de 1996, págs. 77 y ss. Esta declaración debía reconocer, cuando menos, el derecho de no discriminación por razones de raza, sexo, edad, religión o discapacidad y, en especial, la igualdad en el tratamiento de hombres y mujeres en todos los aspectos de la vida social y económica, la abolición de la pena de muerte y de todos los actos racistas y una definición de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. También se reconocerían en tal declaración los derechos políticos europeos, incluyendo un sistema electoral uniforme para las elecciones europeas.

(41) DOCE C 61 del 28 de febrero de 1994. Vid. un comentario más detallado en LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Derechos fundamentales y de ciudadanía en la Constitución Europea*, en Marcelino OREJA (dir.): *La Constitución Europea*, Madrid 1994, págs. 75 y ss.

(42) Bull. CCEE 12-1988, pág. 33, punto 1.3.2.

(43) Véase esta discusión en CLOOS, J.; REINESCH, G.; VIGNES, D. y WEYLAND, J.: *Le Traité de Maastricht. Genèse, Analyse, Commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 1993, págs. 118 y 162 y ss. Un excelente recorrido sobre las diferentes posibilidades existentes y el análisis de lo hecho en la materia por el TUE, puede seguirse en LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: "*Los Derechos Humanos en el ámbito de la Unión Europea*", en *Andorra en el ámbito jurídico europeo*, XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 21-23 de septiembre de 1995. M. Pons, Madrid 1995, págs. 329 y ss.

(44) Véase en este sentido, el interesante desarrollo que hace Ricardo ALONSO GARCÍA en las págs. 616 y 617 de su manual *Derecho comunitario*, ed. R. Areces, Madrid 1994. En particular su reflexión sobre la intención de mantener el status quo en la materia dada la especial situación de Irlanda y el Reino Unido frente al CEDH nos parece muy acertada. No hay que olvidar el efecto indirecto que el caso Grogan (asunto 159/90, sentencia del 4 de octubre de 1991), en cuanto ilustrativo del efecto expansivo del Derecho comunitario, tuvo en los negociadores de la CIG en lo que se refiere a los derechos fundamentales, aún cuando su expresión directa fuera el famoso Protocolo 17 estableciendo que el TUE no afectaba a la aplicación del art. 40.3.3 de la Constitución Irlandesa.

(45) "*Los objetivos de la política exterior y de seguridad común son los siguientes:*

-...

-...

-...

-...

- *el..., así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*"

(Artículo J.1.2)

"*Las cuestiones a las que se refiere el art. K.1 se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos.*"

(Artículo K.2.1)

(46) Véase este desarrollo en el comentario al artículo F que figura en CONSTANTINESCO, Vlad; KOVAR, Robert y SIMON, Denys: *Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*. Economica, Paris 1995, especialmente págs. 86 y ss.

(47) Véase este desarrollo en MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw Hill, Madrid 1996, págs. 590 y ss.

(48) Examinados en las sentencias Hauer (cit.); Kuhn (as. 289/91, *Rec.* 1993, pág. 4.461); National Panasonic (as. 136/79, *Rec.* 1980, pág. 2.033), VBVB (as. 63/82, *Rec.* 1984, pág. 1), Kirk (as. 63/83, *Rec.* 1984, pág. 2.689), Hoffman-La Roche (as. 85/76, *Rec.* 1979, pág. 511) y Unectef (as. 222/86, *Rec.* 1986, pág. 4.097).

(49) Vid. las sentencias en los casos Wachauf del 13 de julio de 1989 (as. 5/88, *Rec.* 1989, pág. 2.609) y Bostock del 24 de marzo de 1994 (as. 2/92, *Rec.* 1994, pág. 955).

(50) Sentencias del 15 de julio de 1985, Cinéthèque (asuntos 60 y 61/84, *Rec.* 1985, pág. 2.605) y del 30 de septiembre de 1987, Demirel (as. 12/86, *Rec.* 1987, pág. 3.719).

(51) Sentencia Chemical Ibérica y otros, de 17 de octubre de 1989 (asuntos acumulados 97, 98 y 99/87, *Rec.* 1989, pág. 3.165).

(52) Como ha analizado en extensión Francisco Javier MATIA PORTILLA, *Op. cit.*, págs. 5.165-5.229. Deben citarse, además, en la misma dirección, las sentencias Hoechst, de 21 de septiembre de 1989 (asuntos 46/87 y 227/87, *Rec.* 1989, pág. 2.859) y Dow Benelux, de 17 de octubre de 1989 (as. 85/87, *Rec.* 1989, págs. 3.137). Debe hacerse notar, además, que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Niemietz, de 16 de diciembre de 1992 ha entendido aplicable el art. 8 CEDH a los locales profesionales (Cour Européenne des Droits de l'Homme, série A nº 251-B).

(53) Sentencia todavía no publicada, se ha trabajado sobre el texto íntegro en francés de la sentencia del Tribunal distribuido el 15 de noviembre de 1996.

(54) Directiva 65/65 sobre la aproximación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas

relativas a las especialidades farmacéuticas (DOCE L 369 del 09.02.65). Es interesante señalar que, en sus considerandos, el Tribunal de Estrasburgo analiza la principal jurisprudencia comunitaria referida a esta Directiva 65/65, la cual había tenido ya que pronunciarse sobre la definición del término medicamento, encontrando, en cuanto al fondo, problemas similares a los del caso *Cantoni*. Ello demuestra la imposibilidad de hacer compartimentos estancos entre ambas jurisdicciones.

(55) Baste con recordar, en este punto, el valor simbólico que ha tenido el estatuto de la ciudadanía contenido en el TUE. Vid. O'LEARY, S.: *The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law*, en *Common Market Law Review*, 1995, págs. 519 y ss.

(56) No es ajeno a este problema la posibilidad, apoyada por un gran número de delegaciones en la CIG, de modificar el art. 0 del TUE con vistas a la ampliación, estableciendo que podrá ingresar en la Unión todo Estado miembro que respete los principios de la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el estado de Derecho.

(57) TEITGEN, P.H. "*La protection des droits fondamentaux dans le jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*" en *L'adhésion des Communautés européennes a la Convention européenne des droits de l'homme*, bajo la présidence de W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Vander editeur. Bruselas, 1981. pág. 32.

(58) Vid. PESCATORE, Pierre: "*Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire*". Actes du 12ème Congrès de la FIDE. París, 1986.

(59) La expresión es de Manfred A. DAUSES en "*La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*". *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1984, págs. 422y ss.

(60) RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil-Carlos: "*La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*". En *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea* (Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992). Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez. Universidad Carlos III. Madrid, 1993.

(61) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*. Bologna 1992.

(62) *Presente y Futuro de la Unión Europea*. ADAPTAR LA UNIÓN EUROPEA EN BENEFICIO DE SUS PUEBLOS Y PREPARARLA PARA EL FUTURO. Documento de la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, CONF 2500/96, anexo a las conclusiones del Consejo Europeo de Dublín, pág. 16.

Conviene recordar que en las negociaciones de la CIG, la cuestión de una mejor protección interna de los derechos fundamentales, aparece estrechamente vinculada a la noción de la no discriminación más allá de la no discriminación en razón de la nacionalidad prevista en el actual art. 6 del TCE. En este sentido, en este mismo documento, la Presidencia Irlandesa propone incluir un nuevo art. 6 bis en el TCE previendo la adopción de medidas adecuadas para prevenir toda discriminación "... por motivos de sexo, de origen racial, étnico o social, de religión, de discapacidad, de edad o de orientación sexual" (vid. pág. 17).

(63) Véase, en el mismo documento, en las págs. 14 y 15.

(64) Es muy esclarecedor comprobar que las dos propuestas de reforma del artículo L presentadas en la CIG, una española y otra italo-austríaca, se limitan a ampliar el campo de acción, y por consiguiente de control, del Tribunal de Luxemburgo al artículo F, manteniendo así la exclusión de la PESC y de la JAI.

(65) TRIBUNAL DE JUSTICIA: "*Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*". Luxemburgo, mayo de 1995, págs. 15-16.

(66) En especial la sentencia *Chemical Ibérica* ya citada del 17 de octubre de 1989. Vid. las notas nº 51 y 52.

(67) El Comité estuvo formado, aparte de por María de Lourdes PINTASILGO, por Jean-Baptiste de FOUCAULD (relator), Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Hartmut KAELBLE, Louka KATSELI, Frédéric PASCAL, Bengt WESTERBERG y Shirley WILLIAMS. Sus trabajos se desarrollaron entre octubre de 1995 y



febrero de 1996, y el informe puede ser consultado en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, TIZZANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Código*, op. cit., págs. 755 y ss.

(68)Página 32 del Informe. Debe hacerse notar que el Comité de Sabios propugna, también, otras soluciones que por motivos metodológicos trataremos *infra*.

(69)Página 33 del Informe.

(70)Ídem.

(71)Vid. un desarrollo más amplio en LENAERTS, K. *Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue*. European Law Review 1991, págs. 367

y ss. En la doctrina española, FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: *La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH): Un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario*, en Revista de Instituciones Europeas 1985, págs. 701 y ss., especialmente, págs. 709 y ss.

(72)Vid., sobre la creación de este Grupo y sus objetivos, FONSECA MORILLO, Francisco: *Les travaux de préparation de la Conférence intergouvernementale*, en *L'Union européenne après Cannes*, Institut d'Etudes Européennes, ULB, Bruxelles 1995.

Vid. GRUPO DE REFLEXIÓN: *Informe para la Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96)*. Secretariado General al del Consejo de la Unión Europea, Bruselas 1996.

(73)Vid. el considerando 35 del informe del Grupo (pág. 45).

(74)Este informe presta una especial atención a los derechos sociales. En relación con éstos se propone incorporar los derechos más concretos en esta materia a un catálogo de derechos:

\_ incluir en el Preámbulo del nuevo Tratado una declaración en favor de las políticas de protección social que, aunque carente de efectos normativos directos, la dotaría de un *valor* comunitario e interpretativo posibilitador de nuevas políticas comunitarias;

\_ reconocer como nuevo objetivo de la Comunidad la protección social;

\_ y completar y perfeccionar la Carta Comunitaria de Derechos sociales de los trabajadores.

\_ Se propone también la mejora del contenido y del alcance de los derechos contenidos en el arts. 117 y ss. TCE.

(75)Gozarían de protección jurisdiccional inmediata los siguientes derechos: igualdad ante la ley; prohibición de toda discriminación; igualdad entre hombres y mujeres; libertad de movimientos en el seno de la Unión; derecho a elegir una profesión y un sistema educativo en el seno de la Unión; derecho de asociación y de defensa de los derechos; y derecho de negociación y acción colectiva.

Hay que recordar que en los debates de la CIG se ha discutido también la inclusión de algunos derechos socioeconómicos, como son los relacionados con un medio ambiente sano, la igualdad de oportunidades y la protección de la salud.

(76)En efecto, parece discutible que un derecho fundamental comunitario carezca de ese elemento *\_debido*, como tantos otros, a la dogmática alemana de los derechos fundamentales, conocido como contenido esencial. Este contenido esencial debiera ser idéntico para todo ciudadano de la Unión, con independencia de su nacionalidad de origen, lo que hace criticable la existencia de reservas nacionales en el contenido de este hipotético catálogo comunitario de derechos fundamentales.

Sobre el contenido esencial vid, entre otros muchos, PAREJO ALFONSO, Luciano. *"El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981"*. Revista Española de Derecho Constitucional 3 (1981), y, en relación con el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, GAVARA DE CARA, Juan C. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994.

Es cierto que la doctrina más reciente (vid. MATIA PORTILLA, Francisco Javier. *El derecho fundamental*

a la inviolabilidad del domicilio, manuscrito en prensa, a aparecer en Mc Graw Hill, Madrid 1997, págs. 392 y ss.) defiende, en ocasiones, la existencia de un contenido relativo o condicionado por las circunstancias que, en cada caso, lo limitan (lo que sitúa como eje central del control sobre la actuación del legislador al principio de proporcionalidad). Pero esto no permite minimizar la nota de generalidad y uniformidad que debe respetarse en el desarrollo de los derechos fundamentales.

Por esto último, no deja de ser paradójico que el ejercicio de ciertos derechos fundamentales ya incluidos en el TUE y vinculados al estatuto de ciudadanía hayan sido legislativamente desarrollados a través de directivas, como ha ocurrido en

relación con el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas al Parlamento Europeo (Directiva 93/109 CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, DOCE L 329 del 30 de diciembre de 1993, págs. 34 y ss.). Parece más conveniente, sino necesario, desarrollar los derechos fundamentales comunitarios a través de reglamentos comunitarios, que impidan una excesiva diferencia de tratamiento entre los nacionales de los distintos Estados miembros, como parece haber ocurrido. Vid. TOURET, Corinne. "L'exercice du droit de suffrage des citoyens de l'Union aux élections européennes". En *Revue Française de Droit Constitutionnel* 23 (1995), págs. 503 y ss.).

(77) Lo que se pretende no es tanto que la Unión declare compartir el contenido y el espíritu del Convenio Europeo, lo que ya forma parte de su acervo y de sus principios fundamentales, sino el de ser parte del CEDH y permitir el recurso directo de los ciudadanos ante los órganos de Estrasburgo si se produce una eventual lesión de los derechos contenidos en el CEDH.

Conviene recordar, como ya se ha explicado con anterioridad que España propuso, en el marco de la CIG de 1991, incluir entre las disposiciones relativas a la ciudadanía un artículo que dijera que la Unión Europea hace suya el Convenio Europeo de Derechos Humanos, disposición que finalmente no fue recogida como tal (lo que fue criticado por el Parlamento en su resolución sobre los resultados de la CIG, el 7 de abril de 1992). Vid. LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Los Derechos Humanos...* op. cit., en especial, págs. 339-341.

(78) *The protection of fundamental rights, as Community law is created and developed*, Bull. CCEE, suplement 1976-5. Un resumen crítico se encuentra en MINCH, M. y PAULIN, B. "The European Community and the European Convention of Human Rights", en *Government and Opposition* 1988, págs. 31 y ss. (especialmente, págs. 40-47).

(79) Bull. CCEE, supplément 1979-2.

(80) Vid. así, su Comunicación de 19 de noviembre de 1990, que puede consultarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TIZZANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Código*, op. cit., págs. 745 y ss.). En 1991, la Comisión, en su contribución a la CIG, proponía la adhesión a la CEDH en los arts. X.1 y X.2 sobre la ciudadanía en la Unión política (Bull. CCEE 2-1991, pág. 81). Dos años más tarde, el 26 de octubre de 1993, la Comisión publicaba un nuevo documento de trabajo donde se examinaban las cuestiones referidas a la base jurídica de la adhesión y al monopolio de jurisdicción del Tribunal (documento de trabajo de los servicios de la Comisión SEC(93) 1679).

(81) Véanse, en concreto, las notas a pie de página 37 a 41 de este trabajo.

(82) Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo de 8 de diciembre de 1993 (documento SEC 90 2087 -C 3-0022/93)).

(83) Resolución de 18 de enero de 1994 en relación con el Informe de la Comisión que se acaba de citar, publicada en el DOCE C 44 de 14 de febrero de 1994, págs. 32 y ss.

(84) Dictamen emitido en virtud de lo dispuesto en el artículo N del TUE y aprobado en su sesión del 13 de marzo de 1996. Vid. la Resolución en el DOCE C 96 del 01.04.96, págs. 77 y ss.

(85) Informe elaborado por los diputados BLENK y KRIEPS y terminado el 12 de diciembre de 1980. Fue sometido al pleno de la Asamblea y adoptado por ésta mediante su Resolución 745(81). Vid. en *documents*

de *señce 1980-81*, vol Doc VII, documento 4649. Este dato, como los siguientes, se extraen de DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: *Métodos...*, op. cit., págs. 226 y ss.

(86) Resolución 85(5), de 24 de mayo. Ídem DE MIGUEL ZARAGOZA, pág. 226.

(87) *Arrangement* de 16 de junio de 1987. Ídem DE MIGUEL ZARAGOZA, págs. 226-227.

(88) Rec. 1996, págs. 1.759 y ss. Se ha utilizado la versión española que figura en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, TIZZANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Código...*, op. cit., págs. 760 y ss.

De alguna manera, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 12 de octubre de 1993 sobre la constitucionalidad del TUE, impulsó a la petición oficial del Consejo, quien venía dudando sobre su conveniencia desde 1990, cuando, la Comisión, en el memorándum del 19 de noviembre ya citado, instó formalmente al Consejo a autorizar la apertura de negociaciones para adherir al CEDH.

Conviene recordar que el art. 228.6 "*El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo N del tratado de la Unión Europea*", es considerado por la doctrina como un mecanismo de control previo de la "constitucionalidad" de los Tratados. Vid. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *La competencia consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirs.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid 1993, págs. 592 y ss.

(89) Un análisis detallado de este dictamen y del examen de estas dos cuestiones, aparece en ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: *Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?* (Comentario al dictamen 2/94 del TJCE, del 28 de marzo de 1996, en Revista de Instituciones Europeas 1996, págs. 817 y ss.

(90) Página 77, considerando nº 21. Como afirma la profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ en el trabajo ya citado, con esta evacuación procesal de la cuestión de la compatibilidad, el Tribunal ha desaprovechado una ocasión excelente para entrar en los problemas de fondo sobre esta cuestión, cerrando en falso, sobre la base de un argumento competencial (como se verá a continuación), el problema real subyacente: el de la conveniencia de someter a las instituciones comunitarias a un control externo que garantice el respeto efectivo de los derechos humanos en el desempeño de sus funciones (vid. págs. 837-838).

(91) Página 773, párrafo 26.

(92) *Ibidem*, párrafo 27.

(93) *Ibidem*, párrafo 29. Sobre el significado de este artículo, vid. el análisis hecho por C. FLAESCH MOUGIN en CONSTANTINESCO, Vlad; JACQUÉ, Jean-Paul; KOVAR, Robert y SIMON, Denys (dirs.): *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, economica, Paris 1992, págs. 1.509 y ss.

(94) Véase, por ejemplo, sentencia del 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. 1989-I, pág. 2.925, punto 41.

(95) Página 773, párrafo 33.

(96) *Ibidem*, párrafo 34.

(97) La expresión subrayada se utiliza en el párrafo 35 (pág. 773).

No defiende el mismo parecer la Comisión de las Comunidades Europeas, que había afirmado, en 1990, que el art. 235 TCE era apoyo suficiente para realizar la adhesión al Convenio Europeo, ya que "*no se trata de dotar de una nueva competencia a la Comunidad, sino de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en las acciones ejercidas por la Comunidad dentro de sus competencias*" (Comunicación de 19 de noviembre de 1990, cit., pág. 749, punto 7). Sin embargo, el parecer del Tribunal de Justicia había sido adelantado en el trabajo ya citado de Juan Antonio CARRILLO SALCEDO. *La protección...*, especialmente págs. 23 y ss.

(98) Páginas 773 y 774 (párrafo 36 y fallo, respectivamente).

(99) Conviene recordar que esta estrategia de pre-adhesión corresponde a los criterios fijados en el Consejo Europeo de Copenhague en junio de 1993, según los

cuales, era una condición esencial para un día comenzar formalmente las negociaciones de adhesión con los países de Europa Central y Oriental, que estos efectúen una transición, no sólo hacia las economías de mercado, sino una política, en la cual sus "standards" de respeto a los derechos y libertades fundamentales, y a las reglas de la democracia y del Estado de Derecho, sean equiparables a las de los actuales Estados de la Unión.

(100) Vid. notas 54 y 55.

(101) Decisión de 9 de febrero de 1990 en el asunto C.M. y Cia. contra República Federal de Alemania, núm. 13258/1987. El asunto versaba sobre una multa impuesta en virtud de lo establecido en el art. 85 TCE. La información se extrae de la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990, cit., pág. 748, nota 4.

(102) Como son los relacionados con la participación institucional de la Unión Europea en los órganos del Consejo de Europa (vid. por ejemplo, el citado Memorándum de la Comisión de las Comunidades Europeas de 1979, cit., puntos 36 y ss.; y su Comunicación de 19 de noviembre de 1990, cit., puntos 5 y ss. del Anexo II; o, entre la doctrina, CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *La protección...*, op. cit., págs. 23-24); o los problemas del estatuto en tanto Alta Parte Contratante de la Unión al mismo tiempo que sus Estados miembros (a este respecto, véase FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio F.: *La adhesión...* op. cit., págs. 715-716).

(103) Vid., a este respecto, DRZEMCZEWSKI, A.Z.: *European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative Study*, Clarendon press, Oxford 1983.

(104) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *I diritti...*, op. cit.

(105) Vid, en particular, VELU, Jacques y ERGEC, Rusen: *La Convention...*, op. cit., en sus consideraciones finales, págs. 1.137 y ss.

(106) Vid., una vez más, el informe de sabios titulado "Para una Europa de los Derechos Cívicos y Sociales", o la comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990, ambos documentos ya citados.

(107) Como puede deducirse de algunos pasajes del Memorándum de la Comisión de 1979, cit., especialmente en su introducción.

(108) Las conclusiones de esta cumbre figuran en el documento del Consejo de Europea SUM(93)2 del 9 de octubre de 1993 (Vid. en especial, el Anexo I). Con ulterioridad, este paralelismo entre la CIG y la propia reforma de los mecanismos del CEDH ha sido puesto en evidencia en varias resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; la última es la Resolución 1108 (1997) adoptada por la Asamblea el 28 de enero de 1997 (documento FRES 1108. WP 140328019721F).