

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROYECTO DE TRATADO POR EL QUE SE INSTITUYE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga *

Las raíces de la Unión Europea, una Comunidad de Derecho, están íntimamente conectadas con la dignidad, la igualdad, la no discriminación, la democracia y la libertad tanto de las personas como de los grupos, en cuanto valores básicos. Sin embargo, los Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas de 1951 y de 1957 no incluían en sus textos referencias a los derechos fundamentales. Son excepcionales algunas previsiones relativas al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, a la no discriminación sexual en materia laboral y a las clásicas libertades comunitarias (libre circulación de personas *versus* agentes económicos; en concreto, libre circulación de trabajadores —actividades asalariadas— y libre prestación de servicios y libertad de establecimiento —actividades no asalariadas—).

En esta situación fue el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) el que, a lo largo de años de jurisprudencia, acuñó un verdadero catálogo de derechos a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros y de los instrumentos internacionales en la materia; en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

* Sesión del día 2 de noviembre de 2004.

Dichos derechos, reconocidos y elevados al rango de *principios generales del Derecho Comunitario*, fueron protegidos por el Tribunal de Justicia de las entonces todavía —sólo— Comunidades Europeas (de «Unión» como tal, tan sólo podemos hablar cuando entró en vigor el tercer tratado de revisión a los Tratados instituyentes de aquéllas, es decir, a partir del 1 de noviembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht) *sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros*, de las que se inspira, en el marco de la *estructura y del límite de las competencias de las Comunidades Europeas*¹.

Pero dados los límites inherentes a la función jurisdiccional, era urgente que las Instituciones llamadas por los propios Tratados a decidir procediesen a dar una *solución normativa*, la cual, como vamos a ver, se ha producido de forma gradual, a lo largo de las distintas revisiones a los Tratados instituyentes —Acta Única Europea en vigor el 1 de julio de 1987, Tratado de la Unión Europea en vigor el 1 de noviembre de 1993, Tratado de Ámsterdam en vigor el 1 de mayo de 1999, Tratado de Niza en vigor el 1 de febrero de 2003— y que culminará —así lo esperamos— con la última? revisión a éstos, es decir, con la entrada en vigor del *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, o con la promulgación si hablamos en términos menos precisos de la *Constitución Europea*, en cuya *Parte Segunda queda incorporada una Carta de los Derechos Fundamentales*.

Mi propósito en este momento es analizar el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales contenida en la Constitución Europea. He de seguir el largo camino recorrido por las distintas Instituciones previstas por los Tratados en la lucha por dotar a la Unión Europea de una verdadera protección y defensa de los derechos fundamentales, lo que me lleva a:

- en una primera parte, examen de la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas;
- en una segunda, estudio de las distintas revisiones a los Tratados instituyentes de las Comunidades Europeas en esa búsqueda por incorporar los derechos fundamentales a los Tratados;
- en una tercera, estudio de la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales por la (Primera) Convención que elaborase ésta;
- por último, análisis de la Parte Segunda de la Constitución Europea.

¹ SSTJCE Internationale Handelsgesellschaft, de 17 de diciembre de 1970 (asunto 11/70, Rec. p. 1125), y Nold, de 15 de mayo de 1974 (asunto 4/73, Rec. p. 581).

Haremos finalmente unas reflexiones sobre si la Unión Europea debe adherirse al CEDH.

I. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En un principio la protección de los derechos fundamentales no figuraba en el articulado de los Tratados por los que fueron instituidas las tres Comunidades Europeas (Tratado de París de 1951 que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y Tratado de Roma de 1957 por el que se crearon la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, CEE y CEEA o Euratom). Ante esta ausencia o laguna, tuvo que ser el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) el que fuese configurando tal protección, a través de una labor casuística, dando lugar a lo que en la doctrina se conoce como protección pretoriana, la cual, pasó de un primer momento de *inhibición* (A) a un segundo momento de *protección* (B).

A) La primera fase de inhibición: el TJCE no protege los derechos humanos

Entendida como una materia que no había sido atribuida por los Estados miembros fundadores a las Comunidades Europeas en los Tratados instituyentes de las mismas, los derechos humanos *quedaban bajo la competencia de los Estados miembros, sin perjuicio* lógicamente de los compromisos internacionales que tuvieran que cumplir dichos Estados fundadores (así, entre otros, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH)*, la *Carta Social Europea de 1961 por ser todos ellos miembros del Consejo de Europa y Partes en dichos Convenios*, los *Pactos Internacionales de Nueva York de 1966, sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, es decir, los dos grandes instrumentos convencionales sobre la protección de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial como acuñara en su día Virally²).

² M. VIRALLY, *L' Organisation Mondiale*, París, Librairie Armand Colin, Collection U. Série Droit International Public, sous la direction de René-Jean DUPUY, 1972.

Y en el seno de la protección dispensada por ésta, muchos de estos Estados miembros de la Unión Europea pero miembros también de la Organización Mundial han ratificado además el *Protocolo facultativo* por el que se permite que tanto particulares como Estados partes en el mismo formulen reclamaciones y comunicaciones ante el Comité de Derechos Humanos, con sede en Ginebra.

Eran por tanto los propios órganos jurisdiccionales nacionales y, en su caso, los Tribunales constitucionales nacionales así como los órganos internacionales de control de los distintos instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos —entre ellos, y como más importante, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del CEDH con sede en Estrasburgo y que pertenece al mundo de la otra gran organización europea como es el Consejo de Europa— los que garantizasen dicha protección, quedando el Derecho Comunitario, y en consecuencia, también su órgano judicial, al margen de dicha protección.

Mas si bien puede argumentarse que el sistema no estuvo tan mal diseñado puesto que, a fin de cuentas, la propia construcción europea respondió en sus inicios al llamado modelo y métodos *funcionales* (*ideados por Jean Monnet según los cuales para llegar algún día a una Unión Europea era «conditio sine qua non» pasar previamente por una Unión económica*) lo cierto es que se plantearon problemas de protección de los derechos fundamentales en actuaciones que afectaban a determinadas empresas.

La primera ocasión en que se llevó al TJCE la violación de los derechos fundamentales por una norma comunitaria fue en el caso *Stork* (Sentencia de 4 de febrero de 1959, dictada en el asunto 1/58, Friedrich Stork y otros contra Alta Autoridad de la CECA). Unas empresas germano-federales impugnaron una decisión de la Alta Autoridad (actual Comisión Europea) de la CECA por entender que dicha decisión no había respetado los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros sino que venían a limitar el campo de actuación del TCECA. La respuesta del TJCE fue ni afirmar ni negar la existencia de tal protección por la Constitución nacional sino que se limitó a evitar todo enfrentamiento alegando que la Alta Autoridad tan sólo debía aplicar el Derecho Comunitario.

Sin embargo, incluso en esa primera época, ya en las conclusiones de los Abogados Generales de algunos asuntos, éstos acudieron a los principios generales del Derecho como forma para garantizar los derechos fundamentales (así, en el asunto *Comptoirs de Vente* as. 36/59, el Abogado General Lagrange estableció la conexión entre derechos fundamentales y principios generales del Derecho). El TJCE tardaría nueve años en admitir esta conexión.

B) La fase de protección: Sentencias recaídas en el caso Stauder de 1969, en el caso Internationale Handelsgesellschaft de 1970 y caso Nold de 1974

A partir de la Sentencia de 12 de noviembre de 1969 en el asunto Stauder, el TJCE inicia la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de

las Comunidades Europeas. Para hacerlo, escoge la vía de los principios generales del Derecho: «el Tribunal garantiza el respeto de los principios generales del Derecho de la Comunidad, de los cuales los derechos fundamentales forman parte».

Un nuevo paso se va a producir con la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft de 1970* cuando el TJCE acude a las *tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros* como modo de garantizar tal protección. Es más: como afirma Gosalbo Bono, la expresión «tradiciones constitucionales de los Estados miembros es más amplia que el término Constitución: el TJCE puede tomar en consideración los sistemas constitucionales de constitución no escrita, así como todas aquellas normas que configuran el llamado bloque de constitucionalidad, un Derecho común europeo».

Y en la Sentencia de 1974 *Nold*, el TJCE alude a los instrumentos internacionales de protección en los que los Estados miembros sean Partes.

II. LAS REVISIONES DE LOS TRATADOS INSTITUYENTES DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SU RELACIÓN CON LA BÚSQUEDA POR INCORPORAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS TRATADOS

Los Tratados instituyentes de las Comunidades Europeas y de la actual Unión Europea han sido objeto de diversas revisiones en forma solemne, respondiendo todas ellas —hasta el actual tratado de Niza— al llamado método funcional de integración, es decir, a una política pragmática de pequeños pasos, que sin incorporar ningún catálogo de derechos fundamentales como por el contrario lo hará la nueva Constitución Europea, sí ha tenido por resultado una cierta profundización en el proceso de protección de los derechos fundamentales por los Tratados instituyentes de las Comunidades/Unión Europea.

No obstante, antes de analizar éstos hemos de recordar que un Proyecto de Tratado que nunca pasaría de su fase de mero Proyecto y que respondía al otro gran modelo de integración europea —el llamado modelo federal o federalizante o simplemente constituyente— como fue el Proyecto de Tratado de la Unión Europea o Proyecto Spinelli de 14 de febrero de 1984, sí contenía un catálogo de derechos fundamentales.

**A) El primer Tratado de Revisión a los Tratados instituyentes:
el Acta Única Europea (en vigor el 1 de julio de 1987)**

El AUE sólo se refiere a los derechos fundamentales en el Preámbulo. Ello es lógico: el AUE es fruto del método intergubernamental de revisión y responde al deseo de lograr con carácter preferente un mercado interior, es decir, un espacio sin controles fronterizos en el que circulen libremente personas, servicios, capitales y mercancías.

Ahora bien, ello no impide que en los propios Tratados se incorporen nuevos derechos humanos, pero funcionalizados al servicio de una integración sobre todo económica.

**B) El segundo Tratado de Revisión: el Tratado de la Unión Europea,
TUE o Tratado de Maastricht (en vigor el 1 de noviembre de 1993)**

El 9 de noviembre de 1989 cae el muro de Berlín. Europa deja de estar dividida en dos bloques. Por lo que toca a la construcción comunitaria-europea, es cierto que la propia Acta Única Europea preveía una *nueva revisión* a los Tratados instituyentes de las Comunidades Europeas, mas *para hacer posible una unión económica y monetaria* (siguiente fase de la integración económica internacional), y la convocatoria de una Conferencia intergubernamental. No obstante, al ser la caída del muro de Berlín un acontecimiento histórico de tal magnitud que provocara un proceso de aceleración de la Historia y, por lo que se refiere al proceso de integración europea, la toma de conciencia de la necesidad de desarrollar ya no sólo la vertiente económica de Europa, sino también una incipiente Unión Europea, es decir, una vertiente política de Europa, los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en Consejo Europeo de Roma en 1990 decidieron la Convocatoria de una —única— CIG que tuviera en cuenta además de la vertiente de unión económica y monetaria también otra vertiente política, de la que surgió el Tratado denominado justamente de la *Unión Europea, el cual entraría en vigor el 1 de noviembre de 1993*.

Los derechos fundamentales se abordan ya no sólo en el Preámbulo sino también en el propio cuerpo del Tratado. Así, el art. F.2 positiviza en los Tratados lo que en la práctica había venido reconociendo el TJCE desde los años sesenta.

Artículo F:

1. La Unión respetará la identidad de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH de Roma de 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.

3. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas».

Este artículo F, por encontrarse entre las llamadas «Disposiciones Comunes» al Tratado de tratados que fue el TUE va más allá de las siempre existentes Comunidades Europeas y afecta a los otros dos grandes fenómenos de cooperación intergubernamental como son la PESC —Política Exterior y de Seguridad Común— y la creada *ex novo* por el TUE, Cooperación en los Asuntos de Justicia e Interior, la CAJI (actual Cooperación judicial y policial en materia penal tras el Tratado de Ámsterdam).

Además, el TUE incorpora una nueva categoría jurídica al Tratado de la Comunidad Europea: la de «ciudadano de la Unión». Quienes gozan de esa categoría intermedia entre nacional y extranjero como son los denominados por el TUE «*ciudadanos de la Unión*», de la que tan sólo son titulares *los que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro* —lo cual es ciertamente criticable pues podrían ser ciudadanos de la Unión también quienes estuviesen en situación de residentes legales en algún Estado miembro— se vieron atribuidos por el TUE una serie de derechos —unos nuevos, otros ya existentes mas ciertamente reforzados— como fueron: el derecho de libre circulación y residencia; el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales; el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al P.E.; la protección diplomática y consular; el derecho de petición ante el P.E. y el derecho de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo.

C) La tercera revisión a los Tratados instituyentes: el Tratado de Ámsterdam (en vigor 1 de mayo de 1999)

El propio Tratado de la Unión Europea tenía prevista la convocatoria de una nueva revisión de los Tratados, esta vez *para reformar las Instituciones* con el fin de hacer frente a la entrada de nuevos Estados miembros, en concreto, los Estados de la Europa central y oriental que habían accedido a la democracia, muchos de los cuales se estaban convirtiendo —ya lo han hecho todos ellos— en miembros del Consejo de Europa y por ende en Partes del CEDH y que deseaban añadirse a la propia Unión Europea.

Pero de forma un tanto paradójica, la llamada Conferencia intergubernamental de 1996 de la que surgió el Tratado de Ámsterdam fracasó en todo el Capítulo institucional, lo que una vez más anunciaba una nueva CIG, la que tuvo lugar en el año 2000 de la que surgió el Tratado de Niza.

Volviendo al Tratado de Ámsterdam, éste es un Tratado que tiene disposiciones muy interesantes desde muchos puntos de vista (libre circulación de personas, tercer pilar o Cooperación judicial y policial en materia penal, etc...) y también por lo que toca a los derechos fundamentales.

Me refiero en concreto a la instauración de un mecanismo para garantizar el respeto de los derechos enunciados en el artículo 6 del que resulta que si las Instituciones de la Unión constatan la existencia de una violación grave y persistente de alguno de los derechos proclamados por un Estado miembro, el Consejo de la Unión podrá decidir la suspensión para ese Estado de determinados derechos derivados del TUE, incluido el derecho de voto.

D) La cuarta revisión a los tratados instituyentes: el Tratado de Niza, en vigor el 1 de febrero de 2003

Habiendo fracasado el Tratado de Ámsterdam en la reforma de las Instituciones para permitir la gran ampliación, en junio y octubre de 1999 tuvieron lugar dos Consejos Europeos en Colonia y en Tampere en los que se decidió elaborar una Carta de Derechos Fundamentales y convocar una nueva CIG para la reforma de las Instituciones.

Año y medio después, en Niza, se aprobó el Tratado de Niza que versa fundamentalmente sobre la reforma de las Instituciones y se proclamó —más no se incluyó en los Tratados por falta de acuerdo al respecto— la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual fue elaborada siguiendo un nuevo método por completo original cual fue la —primera— Convención para la elaboración de la Carta.

Por lo que se refiere a la reforma de los Tratados, puesto que el Tratado de Niza no pudo incorporar la Carta en su articulado, el Tratado de Niza incluye un *nuevo instrumento preventivo al artículo 7: el propio Consejo, antes de detectar la violación de derechos fundamentales puede declarar la existencia de un riesgo claro de violación grave de éstos por un Estado miembro y dirigirle las pertinentes recomendaciones.*

Paradojas de la Historia, si bien esta disposición fue establecida por el miedo a la falta de experiencia democrática de los antiguos Estados de socialismo real o comunismo, fue la llegada al poder en Austria del Partido Liberal liderado por Jörg Haider, en alianza de gobierno con el Partido Popular del democristiano Wolfgang Schüssel —o sea, la entrada de la ultraderecha en el Ejecutivo austriaco— lo que provocó no la aplicación como tal de dicho artículo 7 pero sí el estudio de las relaciones que debían mantener los entonces 14 Estados miembros con Austria. Finalmente, un Comité de Sabios formado por Marcelino Oreja, Marti Ahtisaari (ex presidente finlandés) y el jurista alemán Frowen revocó las medidas de ruptura de relaciones bilaterales, etc..., por entender dicho Comité de sabios que el nuevo Gobierno austriaco no violaba el espíritu del TUE.

III. LA ELABORACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA (PRIMERA) CONVENCIÓN

La Carta de los Derechos Fundamentales que fuera proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000 en el marco del Consejo Europeo de Niza fue el resultado de un procedimiento original y sin precedentes en la historia de la Unión Europea, al ser elaborada por un *órgano ad hoc de composición multipartita* la llamada *Convención* integrada por un total de 119 miembros de los cuales además de los representantes intergubernamentales presentes en las clásicas CIGs estaban: 16 representantes del PE —presididos por Íñigo Méndez de Vigo—; 30 representantes de los Parlamentos nacionales; los 15 representantes de los jefes de Estado o de Gobierno; un representante de la Comisión Europea, y cuatro observadores: dos representantes del TJCE y dos del Consejo de Europa.

Es procedente destacar la composición de la Convención y su forma de trabajar: primó la transparencia y la participación. Todos los documentos «se colgaron» en la página web de internet y a ella pudieron acceder y expresar sus opiniones todos cuantos quisieron. Como comentan muchos «convencionales» fue la participación ciudadana la que provocó «el descubrimiento de nuevos derechos», por ejemplo, la participación de las llamadas «asociaciones de personas mayores» llevó a la protección de éstas en la Carta.

IV. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y LA PARTE SEGUNDA DE LA MISMA EN LA QUE QUEDA INSERTADA LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Fruto de una segunda Convención esta vez «sobre el futuro de Europa», el *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, fue adop-

tado por consenso el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, y en él la Carta de los Derechos Fundamentales ha quedado incluida en la Parte Segunda de su articulado:

Título I: Dignidad.

Título II: Libertades.

Título III: Igualdad.

Título IV: Solidaridad.

Título V: Ciudadanía.

Título VI: Justicia.

Título VII: Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta.

V. LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH. UNA CUESTIÓN QUE SIGUE PENDIENTE

Debe anotarse que sólo alguno de los derechos fundamentales que figuran en la Carta —la cual trata de hacerlos más «visibles», adaptándolos a la evolución de la sociedad, del progreso social y de los desarrollos científicos y tecnológicos— son de «creación propia», pues la mayoría han sido directamente —o casi directamente— tomados del CEDH, y otros corresponden a derechos ya reconocidos por vía jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito de la jurisprudencia de Estrasburgo se contemplaba ya los derechos de las personas privadas de libertad, bajo el ángulo de los artículos 3 (prohibición de las torturas y de los malos tratos) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) CEDH —aunque tales derechos no estén, a diferencia del caso de la Carta, específicamente recogidos en su articulado—; por ejemplo, en la STEDH *Peers c. Grecia* de 19 de abril de 2001, o de los minusválidos, por ejemplo en la STEDH *Price c. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001³, o respecto de derechos

³ Tal y como se indica en las explicaciones relativas al texto completo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, la lista de derechos que, por ahora y sin descartar la evolución del Derecho, de la legislación y de los Tratados, puede considerarse correspondiente a los derechos del CEDH, son los siguientes :

1. Artículos de la Carta cuyo sentido y alcance son idénticos a los de los artículos correspondientes del CEDH:

— el artículo 2 corresponde al artículo 2 del CEDH (derecho a la vida);

— el artículo 4 corresponde al artículo 3 del CEDH (prohibición de las torturas y penas y tratos inhumanos y degradantes o derecho a la integridad de la persona);

— los apartados 1 y 2 del artículo 5 corresponden al artículo 4 del CEDH (prohibición del trabajo forzado y de la esclavitud);

— el artículo 6 corresponde al artículo 5 del CEDH (derecho a la libertad y seguridad);

de «tercera generación» tales como la protección del medioambiente, por ejemplo, las SSTEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994 y *Guerra y otros c. Italia* de 19 de febrero de 1998, que examinan la cuestión desde el punto de vista del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, protegido por el art. 8 CEDH, o la STEDH *Öneriyildiz c. Turquía*, de 18 de junio de 2002, que concluye a la vulneración del art. 2 CEDH (derecho a la vida), y de la protección de datos, por ejemplo, STEDH *Leander c. Suecia* de 26 de marzo de 1987.

-
- el artículo 7 corresponde al artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar);
 - el apartado 1 del artículo 10 corresponde al artículo 9 del CEDH (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión);
 - el artículo 11 corresponde al artículo 10 del CEDH (libertad de expresión e información), sin perjuicio de las restricciones que puede aportar el Derecho comunitario a la potestad de los Estados miembros de establecer los regímenes de autorización a que se refiere el artículo 10, apartado 1, tercera frase del CEDH;
 - el artículo 17 corresponde al artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH (derecho a la propiedad privada);
 - el apartado 1 del artículo 19 corresponde al artículo 4 del Protocolo Adicional núm. 4 (prohibición de expulsiones colectivas);
 - el apartado 2 del artículo 19 corresponde al artículo 3 del CEDH, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos;
 - el artículo 48 corresponde a los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH (presunción de inocencia y derechos de la defensa);
 - los apartados 1 (salvo la última frase) y 2 del artículo 49 corresponden al artículo 7 del CEDH (principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y penas).
2. Artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio:
- el artículo 9 abarca el ámbito del artículo 12 del CEDH (derecho a contraer matrimonio), pero su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple;
 - el apartado 1 del artículo 12 corresponde al artículo 11 del CEDH (derecho de reunión y de asociación), si bien su ámbito de aplicación se amplía al nivel de la Unión Europea;
 - el apartado 1 del artículo 14 corresponde al artículo 2 del Protocolo Adicional del CEDH (derecho a la educación), si bien su ámbito de aplicación se amplía a la formación profesional y continua;
 - el apartado 3 del artículo 14 corresponde al artículo 2 del Protocolo Adicional del CEDH, por lo que se refiere a los derechos de los padres;
 - los apartados 2 y 3 del artículo 47 corresponden al apartado 1 del artículo 6 del CEDH (derecho a la tutela judicial efectiva), si bien la limitación a los contenciosos sobre derechos y obligaciones de carácter civil o las acusaciones en materia penal no es pertinente respecto del Derecho comunitario y su aplicación;
 - el artículo 50 corresponde al artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía al nivel de la Unión Europea;
 - por último, los ciudadanos de la Unión Europea no pueden considerarse extranjeros en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario debido a la prohibición de cualquier discriminación basada en la nacionalidad. Las limitaciones contempladas por el artículo 16 del CEDH en materia de extranjería no les serán por lo tanto aplicables en ese contexto.

Sólo en algunos casos, como decíamos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha ido más lejos, acogiendo derechos que todavía no se contemplan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista del Derecho Comunitario o del Derecho de la Unión Europea, la interpretación de los derechos fundamentales que él mismo ha creado, adaptados a situaciones que le son propias, corresponde en exclusiva a las jurisdicciones comunitarias. Sin embargo, en los supuestos en los que adopta como tales los derechos del CEDH, el TJCE debe seguir la interpretación dada a los mismos por el Tribunal de Estrasburgo (TEDH), aunque puede sobrepasarla, proporcionando una protección mayor.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo I-7, «Derechos Fundamentales», incluido en el Título Segundo «Los Derechos Fundamentales y la Ciudadanía de la Unión», de la Primera Parte del Proyecto de Constitución Europea, *además de reconocer por parte de la Unión los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales recogida en la segunda Parte de la Constitución Europea, afirma que «la Unión procurará adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», precisando que la adhesión a dicho Convenio no afectará a las competencias de la Unión que se definen en la Constitución*⁴.

Por otra parte, afirma este artículo en su apartado tercero que *los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.*

Para llegar a la última redacción del mencionado artículo I-7, ha sido preciso insistir, en el Seno del Grupo de trabajo II de la Convención, sobre la idea de que la adhesión de la CE/UE al CEDH no afectará a la autonomía del Derecho de la Unión Europea. En efecto, en la medida en que el TEDH se limita a pronunciarse sobre el respeto de las obligaciones que resultan del CEDH, sin interpretar el

⁴ Recordemos que cuando el TJCE en 1994 se pronunció sobre esta cuestión, entendió que la adhesión implicaría modificaciones fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, lo cual sobrepasaría, por su naturaleza, los límites del artículo 235 del Tratado CE, por lo que la misma sólo podría realizarse a través de una modificación de dicho Tratado. Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Rec.1996-3, págs. I-1773 y sigs.

Derecho nacional de los Estados partes, no existe razón alguna para creer que interviendrá en la interpretación del Derecho de la Unión, respecto del cual el TJCE seguirá siendo, como lo es el TEDH respecto al CEDH, el árbitro supremo.

Ya en la temprana STEDH *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979, se mencionaba que el objetivo de la actuación del TEDH no es el examen abstracto de textos legales, competencia que recae en las jurisdicciones del Estado en cuestión, sino el comprobar si su aplicación por estas últimas a los demandantes es compatible o no con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las competencias del TEDH no se verán modificadas en caso de adhesión de la UE al CEDH, y seguirá sin tenerlas para, como ocurre en la actualidad respecto de los Estados Partes, anular actos u ordenar o sugerir medidas concretas para solucionar la vulneración constatada, pues ello corresponde exclusivamente a los Estados Partes (como correspondería, en su caso, a las Instituciones de la Unión). Además, según el principio de subsidiariedad, el TEDH vela porque, al aplicar el CEDH a casos concretos, se deje a las Partes suficiente margen de apreciación, lo que le permitirá también tener en cuenta el carácter específico del Derecho de la Unión Europea. En el ejercicio concreto de su control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basa siempre en la interpretación del Derecho aplicable dada por los Tribunales nacionales.

Por lo tanto, y a diferencia del TJCE, el TEDH sólo puede constatar la compatibilidad, o no, de una situación determinada con el CEDH, pero no imponer una interpretación precisa. Por lo que se refiere al Derecho Comunitario, hasta ahora, en ausencia de adhesión de la UE al CEDH, las disposiciones comunitarias sometidas al control del TEDH lo han sido en tanto que disposiciones que han pasado a formar parte del Derecho propio del Estado contra el que se interpone la demanda en cada caso, por lo que el Tribunal de Estrasburgo limita su examen a la forma en la que fueron aplicadas por dicho Estado en concreto. Y ello aún cuando la disposición nacional transcriba casi literalmente el texto de la directiva comunitaria pues esta actitud no sustrae al Estado Parte en cuestión del control por el TEDH⁵.

En caso de adhesión de la Unión Europea al CEDH, la relación entre el TEDH y el TJCE no podrá considerarse como «jerárquica», puesto que cada Tribunal sólo se pronuncia en su ámbito jurídico propio sin invadir el ámbito del otro: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos actuará simplemente como una jurisdicción especializada, que lleva a cabo un control externo y adicional, limitado exclusivamente al respeto del CEDH, dejando totalmente intactas la autoridad y la importancia del Tribunal de Justi-

⁵ Ver STEDH *Cantoni c. Francia* de 15 de noviembre de 1996, par. 30.

cia de las Comunidades Europeas, de la misma forma que dejará intactas las de los Tribunales Constitucionales o las de los Tribunales Supremos nacionales, a los que nada impide ejercer su función rebasando, si lo estiman necesario, las normas mínimas establecidas en el CEDH, como prevé expresamente su artículo 53.

El artículo 52 párrafo 3 de la Carta, incorporado al Proyecto de Constitución Europea como artículo II-52, pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta incorporada al Proyecto de Constitución Europea y el CEDH, sentando el principio de que, en la medida en que los derechos reconocidos en dicho Proyecto de Constitución Europea corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH. De ello resulta en particular que el legislador, al fijar las limitaciones a tales derechos, debe respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, sin que ello afecte ni a la autonomía del Derecho comunitario ni a la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pudiendo la Unión Europea (y cada uno de los Estados Partes en el CEDH), garantizar una protección más amplia.

A la vista de lo expuesto, comprobamos que si la Unión Europea como tal no formara parte del sistema, como parece ser el objetivo perseguido, no habría Juez en el Tribunal elegido a título de la Unión, que actúe como «representante» del Derecho de la misma. Y es preciso recordar que, en el sistema del Convenio, la presencia del Juez denominado «nacional» resulta esencial, por aportar al Tribunal en sus trabajos un conocimiento profundo del Derecho cuestionado en la demanda. Este conocimiento profundo parece tanto más crucial en el caso de adhesión de la Unión Europea, habida cuenta del carácter específico del Derecho de la Unión Europea y de la necesidad de garantizar un desarrollo armonioso de este Derecho con el CEDH. Tampoco habría en tal caso representación de la Unión Europea en el Comité de Ministros cuando éste procede, en virtud del artículo 46 CEDH, a supervisar la ejecución de las sentencias, y esta representación resulta necesaria para ejercer esta función, debiendo servir, en el caso específico de la Unión Europea, para, además, esclarecer en el Comité de Ministros las competencias limitadas de la Unión Europea ⁶.

⁶ Para el desarrollo de este apartado se ha seguido fundamentalmente el documento CONV 295/02 y, en particular, la ya citada contribución del Sr. Fischbach, Juez del TEDH, de 26 de septiembre de 2002. Puede consultarse igualmente el doc. CONV 354/02.

Se han examinado otras posibilidades de garantizar la necesaria coherencia entre la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y la de Luxemburgo que verse sobre derechos fundamentales. Estas posibilidades (en las que voluntariamente no entramos en un examen pormenorizado en aras de una confesada deseable adhesión) consisten en la creación de un «panel» mixto que solucione los conflictos que puedan surgir cuando el Tribunal de Luxemburgo quiera interpretar un derecho fundamental de forma diferente a la interpretación del mismo dada por el TEDH, o bien en el desarrollo de un sistema de cuestiones prejudiciales por el cual el TJCE sometería al TEDH las cuestiones relativas a la interpretación del CEDH (lo cual, como ya hemos apuntado, produciría el efecto de alargar el procedimiento hasta que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncie, e impide o dificulta el desarrollo de la competencia contenciosa de este último en el resto de los casos).

Como conclusión nos adherimos por nuestra parte a la idea expresada por Fischbach⁷, según la cual, incluso sin adhesión formal, las vías de acceso a los dos Tribunales europeos generan una situación muy próxima a la adhesión de facto, que lleva aparejada todos los inconvenientes de la adhesión de iure —el riesgo de censura del Derecho Comunitario, tal y como lo interpreta el TJCE y lo aplican después los Estados Miembros— sin sus ventajas, en particular, la participación de las Comunidades como (co-) defensoras de los derechos humanos, en todas las fases del procedimiento de Estrasburgo. De ahí que la adhesión de la Unión Europea al CEDH constituya a nuestros ojos la forma más certera de seguir en la vanguardia de la protección de los derechos y de las libertades en y por Europa.

Nota cero: Aunque a veces se utilizan indistintamente las expresiones «derechos humanos» y «derechos fundamentales», se trata de realidades jurídicas diferentes. Los derechos humanos son los propios de todos los seres humanos existentes, sea cual sea el lugar en que vivan, sea cual sea el color de la piel que tengan. Los derechos fundamentales, por el contrario, son los que están en la base y ampara un ordenamiento concreto. No son los mismos derechos fundamentales los que encontramos en los varios regímenes constitucionales. Cada ordenamiento jurídico-político abriga unos determinados derechos fundamentales. Son los cimientos del correspondiente (y no siempre el mismo) edificio.

⁷ M. FISCHBACH, «Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 12, núm. 1-2, 15 septembre 2000, págs. 7 (8-9).

