

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DE UN ORDEN CONSTITUCIONAL A PLENITUD

José Luis CABALLERO OCHOA\*

*A don Rodolfo Cruz Miramontes, jurista ejemplar, a quien me unen el lazo entrañable de la tierra chihuahuense y la amistad con la que me honra.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *De la Europa económica a la Europa de los derechos humanos.* III. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su impacto constitucional.* IV. *El Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa y la ausencia de un sistema de garantías.* V. *La vinculación con el Sistema Europeo de Protección a los Derechos Humanos.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliohemerografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Aunque fascinante, el tema del derecho de la Unión Europea no ha atraído la atención de muchos juristas mexicanos, aun y cuando se trata del modelo de integración entre Estados más acabado.<sup>1</sup> Uno de los expertos

\* Académico del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, ciudad de México.

<sup>1</sup> Si bien es cierto también se han publicado importantes ejercicios de reflexión al respecto. Por ejemplo, el número monográfico “La Unión Europea, una perspectiva mexicana”, coordinado por Enrique Linde Paniagua y Loretta Ortiz Ahlf, de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, núm. 4, Colex-Universidad Iberoamericana, ciudad de México, 1er. semestre de 2003.

que sí ha incluido esta temática en su vastísima doctrina en relación con el comercio exterior y el derecho internacional en general —especialmente a partir de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio entre México y la Comunidad Europea en 2000— ha sido don Rodolfo Cruz Miramontes, quien desde su agudo sentido jurídico nos ha ofrecido también en este tópico una importante reflexión.<sup>2</sup> La riqueza de esta aportación académica en torno a los temas del libre comercio cobra una singular valía, al acompañarse de un ejercicio profesional siempre dedicado a la defensa de los intereses nacionales en el exterior, especialmente ante los Estados Unidos.<sup>3</sup> Valgan, pues, las siguientes reflexiones como un reconocimiento a su trayectoria.

## II. DE LA EUROPA ECONÓMICA A LA EUROPA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Europa ha ido madurando un proceso de integración iniciado hace cincuenta años; justo en 1957, en que se firmaron los Tratados de Roma entre los primeros seis Estados miembros de lo que hoy conocemos como la Unión Europea (UE),<sup>4</sup> dando origen a un entramado normativo e institucional que alcanzaría una envergadura difícil de suponer en ese momento. Desde entonces se inició un camino para entender las claves de su unidad, en una lectura histórica que pasa necesariamente por el respeto a los derechos de la persona, especialmente a partir de la dura experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Esta circunstancia dejó claramente impresa en la conciencia colectiva de los europeos la necesidad de articular una alianza que permitiera el bienestar del continente a largo plazo, lo que derivó en un par de vertientes de integración, que hoy en día van teniendo su punto de confluencia precisamente en los derechos humanos.

Por un lado, mediante la conformación del Consejo de Europa, un organismo creado el 5 de mayo de 1949, y concebido justamente para lo-

<sup>2</sup> Especialmente en: Cruz Miramontes, Rodolfo, *Las relaciones comerciales y multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*, México, Universidad Iberoamericana-UNAM, 2003.

<sup>3</sup> De lo que da cuenta también en sus trabajos académicos. Véase por ejemplo su artículo “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas ‘cartas paralelas’”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

<sup>4</sup> Francia, Alemania, Bélgica, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

grar el acercamiento político de Europa a través de la protección de los derechos.<sup>5</sup> En este ámbito se suscribió el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el 4 de noviembre de 1950, en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953, y cuya ratificación es ahora condición para pertenecer al Consejo.<sup>6</sup> Es un tratado pionero en recoger los derechos vertidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos a dos años de su proclamación, y más de una década antes de la consolidación de esta Declaración a través de los dos grandes pactos gestores del sistema de protección de Naciones Unidas, a quienes serviría de modelo, aunque con mucho mayor alcance en sus efectos garantistas.<sup>7</sup>

El derrotero que tomó del sistema de protección a los derechos humanos afincado en el CEDH ha tenido un punto de inflexión a raíz de su Protocolo número 11, en vigor el 10. de noviembre de 1998, que modificó por completo la maquinaria procesal del Convenio al suprimir a la Comisión Europea de Derechos Humanos y otorgar el acceso directo de los particulares a la jurisdicción internacional (*ius standi*), en este caso, al comúnmente conocido como Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Por otra parte, y de forma paralela, encontramos el desarrollo que devino ulteriormente en la UE, y que inició como una vía de integración

<sup>5</sup> Pedro Pablo Miralles lo califica como “el lugar más amplio de encuentro de Europa”, destacándose el sitio que ocupa como el “sistema regional más desarrollado en la protección internacional de los derechos humanos”, Miralles, Pedro Pablo, “El proceso de integración europea: de las comunidades europeas a la Unión Europea”, en Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, COLEX, 2000, pp. 38 y 39.

<sup>6</sup> Lo que era una práctica —de hecho Francia fue miembro del Consejo sin haber ratificado el CEDH por más de veinte años— se formalizó jurídicamente como obligación el 9 de octubre de 1993, en el marco de la reunión cumbre en Viena de jefes de Estado y de gobierno de los países miembros del Consejo.

<sup>7</sup> Además del CEDH y los trece protocolos que lo han actualizado, existen en el mismo Consejo otros instrumentos relevantes en la materia, que han venido a completar toda su aportación. Entre otros, en el área de los derechos sociales, la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, y su protocolo adicional de 1995, que estableció un sistema de reclamaciones colectivas. Además, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 1987; la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, de 1992; el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1995, y más de una decena de cartas y convenios en torno a la seguridad y cooperación en Europa.

comercial, aun antes de 1957, a través de la conformación de un mercado común europeo, cuyo soporte jurídico radicó originalmente en tres tratados internacionales,<sup>8</sup> que dieron lugar en su momento a la Comunidad Económica Europea. Este proceso, que en pocos años rebasó el ámbito comercial, se ha convertido en el paradigma contemporáneo más acabado para una integración entre Estados, mucho más allá del mercado común, como ha señalado Rodolfo Cruz Miramontes.<sup>9</sup>

Además, nos encontramos frente a un modelo de integración que de alguna suerte ha contribuido a subvertir el andamiaje sobre el que se edificó el modelo clásico de Estado-nación de corte liberal: de la legislación nacional, y en todo caso internacional, como únicas fuentes del derecho, a un complejo sistema de fuentes de alcance supranacional; el tránsito de la experiencia soberana del Estado como absoluta independencia y supremacía, a la cesión de atribuciones de esta naturaleza a las instituciones europeas; del énfasis en el positivismo jurídico a una construcción normativa multifactorial, que incluye a los principios y su interpretación en sede jurisdiccional, etcétera.<sup>10</sup>

El paso más contundente en este sentido ha sido transitar del esquema de la Comunidad Económica Europea hacia un espectro más amplio en la Comunidad Europea, a través del Tratado de la Unión Europea (TUE),<sup>11</sup> en vigor a partir del 1o. de noviembre de 1993, y que ha articulado una diversidad de temas torales en el derrotero comunitario, como la unión

<sup>8</sup> El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 1951; Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ambos de 1957.

<sup>9</sup> *Las relaciones comerciales y multilaterales...*, cit., nota 2, p. 79.

<sup>10</sup> Para una aproximación al tema de la evolución del pensamiento jurídico en el contexto de los llamados procesos de globalización véase Kennedy, Duncan, "Three Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-2000", en Trubeck, David M. y Santos, Álvaro, *The New Law & Economic Development. A critical Appraisal*, Nueva York-Cambridge, 2006.

<sup>11</sup> La Unión Europea ha tenido su fundamento en la constitución de la Comunidad Europea, que contiene en sí misma, pero de una forma más amplia, desde luego, las atribuciones propias de la Comunidad Económica Europea. En realidad, el Tratado de la Unión Europea reforma el Tratado de la Comunidad Económica Europea, creando esta nueva personalidad jurídica, y cediendo el conjunto de las atribuciones que le eran propias ya a la Comunidad Europea, con base en los tratados fundantes de las comunidades europeas. Señala así el artículo 8: "El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea se modificará de conformidad con las disposiciones del presente artículo, a fin de construir una Comunidad Europea. Los términos de Comunidad Económica Europea se sustituirán por los términos Comunidad Europea".

monetaria, la política exterior común, la defensa y seguridad comunitarias, así como la ciudadanía europea.<sup>12</sup>

A partir de este instrumento se inició de forma más diáfana, no sólo una comunicación con la vertiente institucional afincada en el CEDH, sino un acercamiento específico del derecho de la Unión a los derechos humanos, demostrando que ambos ejes de unidad europea no son vías paralelas, sino convergentes. De esta forma, en el también llamado Tratado de Maastricht se conforman como principios generales de derecho en la materia, las tradiciones constitucionales de los Estados vinculados a la Unión, así como los derechos consignados en el propio CEDH,<sup>13</sup> que ha adquirido una relevancia especial al constituirse como referente del ulterior desarrollo comunitario, y cuya vinculación al mismo debe especificarse para evitar problemas de legislación aplicable y jurisdicción competente, como señalaré más adelante.

Por su parte, el Tratado de Ámsterdam, del 2 de octubre de 1997, que modificó al propio TUE, así como los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, ha introducido la posibilidad de que el Consejo Europeo pueda iniciar acciones contra los Estados miembros por violaciones a sus compromisos en materia de derechos humanos, en lo que era el anterior artículo F.1 TUE, ahora artículo séptimo después de la entrada en vigor del primero. Si bien es cierto, esta reforma se ha considerado como menor en relación con las expectativas que había generado, introdujo de alguna suerte este procedimiento de coacción para el respeto a los derechos humanos por parte de los Estados,<sup>14</sup> fortaleciendo así el *cor-*

<sup>12</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, *Las relaciones comerciales y multilaterales...*, cit., nota 2, p. 107.

<sup>13</sup> Artículo 6o.: “1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. 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 de Derecho comunitario”.

<sup>14</sup> En su primer párrafo señala: “El Consejo reunido en su composición de jefes de Estado o de gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6o., tras invitar al gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones”.

*pus* normativo en materia de derechos contenido en los instrumentos del llamado derecho originario.

De esta manera, Europa se encuentra cruzada transversalmente por los derechos humanos, incluso a través de medidas de protección de determinados derechos que la sitúan como paradigma mundial. Por ejemplo, el Protocolo 12 al CEDH ha hecho efectiva, desde el 1o. de abril de 2005 en que entró en vigor, una prohibición general de discriminación, extensiva no sólo al ejercicio de los derechos contenidos en el Convenio, sino de forma autónoma, ante cualquier ley y cualquier autoridad de los Estados partes. De igual manera, el protocolo 13, en vigor a partir del 1o. de julio de 2003, ha suprimido la pena de muerte en forma definitiva, inclusive por delitos del orden militar en tiempo de guerra, como estableció en su momento el protocolo 6. Se trata del protocolo más avanzado en la materia, por cuanto el correspondiente a la ONU y el interamericano mantienen aún dicha excepción.<sup>15</sup>

En la práctica, un filtro muy importante para el ingreso a la Unión Europea ha sido mantener un expediente impecable ante el TEDH, lo que desde luego presupone la ratificación previa del CEDH, como ha ocurrido especialmente con respecto a las nuevas adhesiones, de diez Estados en 2004, y de dos en 2007, casi en su totalidad países provenientes de Europa del este.<sup>16</sup> De esta manera, los 27 miembros de Unión se encuentran entre los 46 Estados partes en el Convenio Europeo. Un caso emblemático es Turquía, que espera pacientemente su ingreso a la Unión —hasta ahora el más debatido— y que ha tenido que hacer frente a duras condenas por parte del TEDH, como fue la sentencia del 12 de mayo de 2005, *Caso Ocalan c. Turquía*, en el que el Tribunal condenó al Estado

<sup>15</sup> El tema de la abolición definitiva de la pena de muerte es sin duda el más avanzado en lo que respecta a la tutela del derecho a la vida previsto en el artículo 2o. CEDH. Los escenarios que siguen siendo aún más conflictivos y difíciles de asir, por decirlo de alguna manera en cuanto a la protección de este derecho y su interpretación, son: el uso desproporcionado de la fuerza por parte de agentes del Estado; las cuestiones del inicio de la vida (aborto voluntario) y fin de la misma (eutanasia y/o suicidio asistido); y la protección por parte del Estado ante riesgos específicos, como puede ser la forma de operación de los centros penitenciarios, o daños medioambientales. *Cfr.* Rey Martínez, Fernando, “La protección jurídica de la vida y el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión”, *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, núm. 4, 2005.

<sup>16</sup> En 2004: Chipre, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, República Eslovaca. En 2007: Bulgaria y Rumania.

por no haber sometido a un juicio justo al líder de la guerrilla separatista kurda, vulnerando el derecho al debido proceso previsto en el artículo 6o., CEDH.

Paulatinamente se ha iniciado el diálogo entre la jurisdicción del TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el ámbito de la protección de la persona y sus derechos, lo que establece un acercamiento de tipo constitucional para las jurisdicciones regionales y con efecto hacia los Estados, precisamente en este tema.

### III. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU IMPACTO CONSTITUCIONAL

Peter Häberle ha señalado que con esta expansión garantista en el TEDH y en el TJCE asistimos a la conformación de verdaderos tribunales de constitucionalidad de tipo internacional y limitados de forma sectorial en sus competencias, al referirse al rubro de los derechos fundamentales.<sup>17</sup>

Los intentos en el marco de la UE han sido desde luego menores todavía en comparación con el desarrollo derivado del Convenio Europeo, pero ha iniciado ya su propio camino de constitucionalización, quizá no con la dimensión que hubiera de esperarse. Tal pareciera como si en el desarrollo europeo hubiera el prurito de no rebasar la expansión del CEDH, como si esta especie de “hermano mayor” no mereciera verse superado, especialmente en la articulación de un sistema de protección de mayores y más eficaces garantías, y por eso en los pasos que se han implementado por la UE se advierten al mismo tiempo contenciones excesivas. Me explicaré a continuación.

El primer ejercicio normativo para construir de forma independiente una vía de protección de los derechos en Europa ha sido claramente la pro-

<sup>17</sup> “Deben destacarse dos ‘tribunales constitucionales europeos’ en Luxemburgo y Estrasburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde mi perspectiva, se pusieron en marcha desde el principio para ser tribunales constitucionalmente autónomos sectorialmente limitados, esto es, en el marco del derecho constitucional de la Unión Europea (antes, Comunidad Económica Europea) o en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950”, Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 14, 2o. semestre de 2004, pp. 158 y 159.

clamación, el 7 de diciembre de 2000 en Niza, de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDUE), con mucho más desarrollo sustantivo que el CEDH, y que desde luego, pasados cincuenta años, es mucho más prolija en establecer el catálogo de derechos fundamentales, y más sofisticada en el detalle de su descripción. Para botón de muestra baste observar la prohibición de discriminar en el artículo 14, CEDH, con respecto a la correspondiente en el artículo 21, CDUE,<sup>18</sup> o la incorporación de derechos de los trabajadores, o la protección del medio ambiente, expandiéndose así a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, y no solamente a los civiles, como fue propio del Convenio Europeo.

La Carta no se incorporó al Tratado de Niza —contexto de su aprobación— ni a ningún otro instrumento convencional de derecho originario, sino que se adoptó como un documento político no normativo,<sup>19</sup> de manera que su naturaleza jurídica ha quedado en la forma de una declaración hasta que adquiera su conformación como norma vinculante, lo que no se advierte a corto plazo, al haberse incluido como parte dogmática del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (TCpE), que a estas alturas transita por un *impasse* en su aprobación. Aun cuando se estima que ante su proclamación, la Carta vincula a las instituciones que la han llevado a cabo —en concreto al Parlamento, Consejo y Comisión Europea—<sup>20</sup> se trata más de una formalidad más política que jurídica, de orientación, digamos, en lo que parece haberse sumado a las diversas previsiones de *soft law* en el derecho internacional.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Sencillamente los factores de discriminación previstos en el CEDH son once, aunque no limitativos: sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento; mientras que la CDUE amplía el espectro: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; se añade además el factor de la nacionalidad para los Estados miembros de la Unión.

<sup>19</sup> Cfr. Mangas Martín, Araceli y Liñán Nogueras, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 52.

<sup>20</sup> Linde, Enrique, “La universalización de los derechos fundamentales: ¿el sistema europeo como modelo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, núm. 2, 1er. semestre de 2002, p. 55. Me parece que se aplica por analogía la proclamación de los Estados de la Declaración Universal de Derechos Humanos con la que se vincularon en un esquema similar.

<sup>21</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, Alejandro, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, INAP, núm. 13, mayo-agosto de 2001, p. 157.

De cualquier forma, habría que señalar que ante el tropiezo del proyecto constitucional era de esperarse que ya se estuvieran tomando medidas puntuales para fortalecer a la CDUE, y a la fecha únicamente se ha tomado la decisión, a partir de enero de 2007, de abrir una instancia con facultades de supervisión, cuya función principal será publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos fundamentales en los países miembros de la UE. Se trata de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales. Es decir, nos encontramos con que, si inicialmente el desarrollo normativo específico en derechos fundamentales de la Unión adoptó la forma de una declaración, era necesario un tránsito más contundente para establecer un sistema de garantías efectivas para su aplicación, desde luego mediante su configuración en un tratado internacional específico, sobre todo habiendo pasado siete años desde su expedición.

Esta lentitud para dotar a la UE de un sistema propio de tutela de derechos fundamentales que haga avanzar una dimensión primordial de constitucionalidad para la Unión contrasta por otro lado con el empleo que le han dado los propios Estados en la interpretación de sus propios derechos fundamentales.

De esta manera, la sentencia del Tribunal Constitucional español (TCE), 292/2000, del 30 de noviembre, se refiere al artículo 8o., CDUE, para argumentar en torno al derecho a la intimidad y en lo referente a la protección de datos personales,<sup>22</sup> configurando el contenido de este derecho fundamental por reenvío del artículo 10.2 de la Constitución española, que establece un criterio hermenéutico de los derechos fundamentales con relación a los tratados internacionales en la materia suscritos por España.<sup>23</sup>

Claro está que en esta resolución en concreto el Tribunal fue cuidadoso en señalar la aplicación del artículo 10.2, CE, para los tratados sobre derechos humanos —“los tratados y acuerdos internacionales sobre las

<sup>22</sup> Esta disposición señala: “1. Toda persona tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

<sup>23</sup> A la letra: “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”.

mismas materias”, señala la disposición—, y no en el ámbito del derecho de la Unión Europea, pero de cualquier forma lo relevante es que la argumentación en torno a los contenidos del derecho se ha formulado atendiendo a estos parámetros, como lo ha señalado el TCE en la Declaración 1/2004, del 13 de diciembre.<sup>24</sup>

Es cierto que la CDUE no es un tratado en sentido formal para ser objeto de las remisiones que llevan a cabo diversas Constituciones para la interpretación de los derechos fundamentales con respecto a los contenidos en la norma convencional. Sin embargo, su consideración debe empezar ya a ubicar el piso mínimo de los derechos fundamentales en Europa, que han explicitado y trascendido en cierta forma la redacción del CEDH, como he observado ya con respecto al alcance de la discriminación, y en otras materias, como el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia.

El caso español es interesante, además, porque el artículo 10.2 constitucional sí tendrá efectos de remisión expresa a los contenidos de la CDUE una vez que ésta se convierta en un instrumento vinculante a través de su adopción o desarrollo por parte de un tratado, y en este sentido la posibilidad de que el TJCE se convierta en intérprete objeto de la remisión del propio artículo 10.2, de la misma forma como ocurre con respecto al TEDH. De esta manera, si ulteriormente no se llega a establecer la relación precisa entre el derecho de la Unión en materia de sus propios derechos fundamentales y el CEDH, podemos encontrar criterios diversos entre dos tribunales de tipo transnacional que vinculen igualmente a un tribunal constitucional en la interpretación de los derechos.

#### IV. EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA Y LA AUSENCIA DE UN SISTEMA DE GARANTÍAS

El segundo ejercicio normativo para dotar de autonomía la vertiente de los derechos fundamentales ha sido la incorporación de la CDUE al

<sup>24</sup> En el FJ 6, párrafo cuatro, se señala: “Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la Constitución, ‘constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración’ para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución [STC 29/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con *referencia*, precisamente a la propia Carta de Niza]” (las cursivas son mías).

TCpE, como una especie de parte dogmática del tratado constitucional, que desde luego ha permitido el establecimiento de una Carta de derechos perfectamente exigibles y justiciables, aunque no suficientemente soportada en un sistema específico de tutela; es decir, estamos ante otra contención que no permite el despliegue pleno de los derechos fundamentales europeos. De esta manera, aun cuando esta incorporación fue una decisión acertada, a efecto de determinar su virtualidad y consolidar su presencia jurídica en el derecho de la Unión, no ha resultado un ejercicio del todo plausible.

En realidad, un problema previo y principal ha sido el revés que ha sufrido el Tratado constitucional en los últimos dos años. Las perspectivas de su aprobación a partir de su adopción por parte de los jefes de Estado y de gobierno de la UE el 29 de octubre de 2004, y que eran muy halagüeñas hacia mediados de 2005, se tornaron desastrosas después de que dos de los seis pilares de la UE (Francia y Holanda) rechazaran el Tratado por medio de sendos procesos de referéndum popular, lo que provocó un brusco freno en las aspiraciones de unificación constitucional. De esta forma, y aunque un año después —en junio de 2006— quince países, de los entonces 25, habían aprobado el Tratado: Bélgica, Chipre, Lituania, Hungría, Eslovenia, Estonia, Italia, Malta, Grecia, Austria, Eslovaquia, Alemania, Letonia, Luxemburgo y España, estos dos últimos como un caso único de aprobación por vía de referéndum, la situación de los votos en negativo, que hizo suponer un “efecto dominó” sobre las subsiguientes ratificaciones, provocó la suspensión de estos procesos en los ocho países restantes: Reino Unido, República Checa, Dinamarca, Irlanda, Polonia, Portugal, Suecia y Finlandia; panorama que se ha mantenido, salvo la aprobación finlandesa el 5 de diciembre de 2006, como un *impasse* del proceso de consolidación europea hasta bien entrado 2007.

No parecen existir perspectivas claras en relación con el futuro de la Unión en el sentido de recuperar integralmente el Tratado constitucional, por lo que algunos especialistas apuntan a que la única posibilidad es la renegociación del instrumento en su conjunto, para hacerlo más digerible, incluso independizando a la CDUE, como ha señalado el analista británico Timothy Garton.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Garton Ash, Timothy, “¿Quién habla por Europa?”, *El País*, Madrid, 9 de abril de 2007, sección Opinión, p. 11.

Actualmente encontramos la CDUE incorporada en todos sus términos como parte II del texto constitucional, salvo algunas consideraciones adicionales atinentes a su debida aplicación e interpretación.

Así, el artículo II-111 reproduce casi en idénticos términos el artículo 51 CDUE, y establece:

Artículo II-111. *Ámbito de aplicación.*

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución.

Por su parte, el artículo II-112 reitera lo establecido en el artículo 52, CDUE, con la adición expresa de los puntos cuatro y cinco:

Artículo II-112. *Alcance e interpretación de los derechos.*

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los

Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de dichos actos.

Sobre esta incorporación casi *ad literam* de la Carta original se ha señalado que se trata de una especie de añadido sin vida propia, un “convidado de piedra” al ejercicio constitucional, como la ha caracterizado Pedro Cruz Villalón,<sup>26</sup> y que no llega a consolidar un sistema tutelar de derechos, en contraste con el desarrollo de esta temática de manera tangencial en otros documentos europeos,<sup>27</sup> aunque también las voces en este sentido se han manifestado divergentes.<sup>28</sup> A mi juicio, la CDUE no se ha incorporado con la debida fuerza al TCpE; un signo claro de esta debilidad es que en los tropiezos que ha tenido en su proceso de ratificación durante 2005 y 2006 no se han escuchado voces expresando lo lamentable que ha podido ser no contar con el tratado constitucional por su tutela de derechos fundamentales a través de la Carta incorporada.

<sup>26</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La Constitución inédita*, Madrid, Trotta, 2004, p. 115.

<sup>27</sup> Cruz Villalón señala que la CDUE supuso la incorporación a la UE de una declaración propia de derechos “singular y sistemática” a la manera de los Estados miembros, pero que esto en realidad no devino en el origen de un sistema tutelar de los derechos, presente en el marco competencial de la UE desde finales del siglo pasado. *Ibidem*, p. 118.

<sup>28</sup> En este sentido, habrá que atender al comentario del internacionalista Francisco Aldecoa: “La Carta destaca por recoger una formulación avanzada, incluyendo nuevos derechos a los ya protegidos por el Convenio Europeo de 1950 y las tradiciones constitucionales, resultando su gran conquista la inclusión de los derechos económicos y sociales colectivos, a pesar de las protestas del Reino Unido e Irlanda, que no los contemplan. Igualmente introduce derechos de nueva generación, como pueden ser los derivados de la biotecnología o los de acceso a los documentos públicos y la transparencia”, Aldecoa Luzárraga, Francisco, “Comentarios al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ¿Qué es? ¿Un Tratado o una Constitución?”, en Aldecoa, Francisco (ed.), *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, 2a. ed., Madrid, Real Instituto Elcano, 2004, p. 52.

En un sentido muy diverso, y más bien muy crítico en torno al modelo económico y de organización político-social detrás de la Constitución para Europa se encuentra el libro editado por Pedrol, Xavier y Pisarello, Gerardo (eds.), *La ilusión constitucional. Una crítica al proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa*, Madrid, El Viejo Topo, 2004.

Estas disposiciones son especialmente relevantes. El artículo II-111 regula las competencias de la CDUE en el marco de la Unión, lo que implica la presencia de dos sistemas tutelares en cada Estado: el propio de la UE en aplicación de los actos derivados de su dinámica en cada uno de los países miembros, y el de procedencia doméstica, que además deberá ser acorde con lo previsto en el CEDH. La redacción además advierte que el marco competencial de la UE permanece intacto ante la asunción constitucional de la CDUE, por lo que su ámbito de competencias estaría vinculado necesariamente a las otras competencias de la Unión, como afirma Enrique Linde,<sup>29</sup> ya que la disposición precisa que la Carta “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución”.

De ahí se refuerza la concepción de que la CDUE, al no crear un sistema verdaderamente tutelar de los derechos fundamentales a partir de sus propias competencias, resulta insuficiente como una propuesta de constitucionalización de los mismos. Finalmente, como ha afirmado Javier Pérez Royo, el sistema de derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo no es otra cosa que un sistema tutelar de garantías.<sup>30</sup>

Por otra parte, el artículo II-112.2 establece que “los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas”. Me parece que este aspecto refleja también que en realidad la CDUE ha sido un añadido al texto constitucional, que pierde fuerza en esta dinámica centrífuga. Resulta que además de carecer de un sistema de tutela de los propios derechos catalogados, existen otros integrados en diferentes partes del TCpE, incorporados de la normativa anterior que se extrapoló al Tratado, y que se ejercen en la forma prevista en su momento.

Esta falta de armonización de los derechos fundamentales en una vía que confluya hacia la CDUE representa un problema adicional de integración de los derechos fundamentales en los Estados, porque no sólo se trata

<sup>29</sup> Linde Paniagua, Enrique, *El sistema de competencias de la Unión Europea en el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa*, Madrid, Colex, 2006, p. 257.

<sup>30</sup> Pérez Royo, Javier, “Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 12, 1992.

de articular la dimensión nacional con la del CEDH y la propia de la UE, sino que esta última pareciera ostentar diversas formas de aplicación e incluso de vinculación al CEDH. Una la prevista por el artículo II-112. 3: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”. Otra, la que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la propia Carta, presente en otras partes de la estructura normativa de los diversos instrumentos que se incorporaron de algún modo al TCpE. De esta forma, tampoco se ha arropado debidamente a la CDUE en el proyecto constitucional.

#### V. LA VINCULACIÓN CON EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Todos los caminos conducen a Estrasburgo, dirá el reconocido experto en derechos fundamentales Alejandro Saiz, quien señala que en última instancia, tanto por disposición de la CDUE, considerada bajo la redacción de los artículos II-111 y II-112, TCpE, como por la interpretación que hacen los tribunales constitucionales en la construcción de sus derechos fundamentales, especialmente el español, por aplicación de su artículo 10.2 constitucional, será el TEDH el que tenga la última palabra sobre el contenido mínimo de los derechos fundamentales en Europa.<sup>31</sup>

Esto me lleva al tercer intento europeo de una construcción constitucional independiente sobre derechos fundamentales, y que puede resultar más expansiva que la permitida por la naturaleza jurídica actual de la CDUE, o la estructura prevista en el marco del TCpE. Me refiero a la adhesión expresa de la UE al CEDH.

Por una parte, ya desde el CEDH se ha hecho un pronunciamiento. El Protocolo 14, un documento de enmienda al mecanismo procesal afinchado en el TEDH —aún sin entrar en vigor— ha abierto la puerta a esta posibilidad al adicionar un nuevo párrafo al artículo 59, CEDH, correspondiente a la firma y ratificación del instrumento, permitiendo de manera

<sup>31</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro, “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en López, Antonio *et al.*, *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 75.

expresa la incorporación facultativa de la Unión, al señalar escuetamente: “La Unión Europea podrá acceder a esta Convención”.

En contraste, y de forma más contundente, se ha dejado ver esta apertura por parte de la UE, al incluir en el artículo I-9.2 del TCpE una previsión que expresamente establece este propósito: “La Unión se adherirá al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución”.

Aun cuando presumiblemente el TCpE no entrará en vigor en la forma que se ha previsto, me parece que de cualquier forma esta intención se sostendrá en el futuro. Habrá que esperar entonces a la dimensión exacta del tratado internacional que para este efecto —y ante la regulación en el propio CEDH, una vez que entre en vigor el protocolo 14— seguramente suscribirán la Comunidad Europea y el Consejo de Europa, para conocer las implicaciones concretas del alcance jurisdiccional e interpretativo de ambas vertientes.

Previsiblemente se tratará de una adhesión que permita la interacción de ambos catálogos mínimos de derechos, susceptibles de ampliación por otras vías, como sus propias normas prevén, de tal suerte que se abata un problema complejo de colisiones normativas. Esto es, si el CEDH es susceptible de ampliación por otra vía, como establece el artículo 53,<sup>32</sup> y lo mismo sucede con la previsión correspondiente de la CDUE, también en su propio artículo 53,<sup>33</sup> será posible inicialmente que los derechos de los Estados puedan optar por el instrumento más garantista, sin atentar contra el otro. Se trata de una densificación de los derechos fundamentales de carácter doméstico a través de dos medios de aplicación, como apunta Alejandro Saiz.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en Cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

<sup>33</sup> “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

<sup>34</sup> *Idem*.

De cualquier forma, el mecanismo de adhesión de la UE al CEDH permitirá una conformación análoga a la de los Estados, es decir, el TJCE como un tribunal constitucional que interpretará sus propias normas de conformidad con el estándar mínimo marcado por el CEDH a través del TEDH. No obstante, un problema adicional, y en el que los Estados deberán trabajar en su momento, es la forma de recepción interna del TEDH y del TJCE, porque los ordenamientos domésticos europeos, en atención al principio de primacía que estructura la vinculación normativa de la UE, regularmente conceden una mayor estatura a éste que a aquél, como claramente se contempla en el caso español, cuyo artículo 93 soporta la atribución de competencias derivadas de la Constitución a las instituciones europeas.

## VI. CONCLUSIÓN

La construcción europea de los derechos fundamentales comienza a encontrar su propio camino. Además del fortalecimiento de las provisiones atinentes a esta temática en la evolución del derecho originario, desde los tres primeros tratados, hasta los últimos ejercicios de Maastricht (1992), Ámsterdam (1997) o Niza (2000), se ha generado un espacio de reconocimiento propio a través de la proclamación de la CDUE en el contexto del último tratado. A partir de entonces se ha configurado una estructura independiente que ha tenido tres momentos particularmente relevantes:

1. La propia proclamación en Niza de la Carta, como una declaración de derechos fundamentales, que ha permitido dotarlos de mayor presencia en Europa, como señala en su preámbulo.
2. El primer intento para establecer una dimensión vinculante de estos derechos, al asumirlos en un tratado internacional de claras implicaciones constitucionales, ha sido considerarlos como su propio catálogo de derechos fundamentales. Me parece que ha sido la mejor alternativa posible, con independencia del derrotero del tratado constitucional.
3. Finalmente, la intención de vinculación de la Unión Europea al CEDH, y que se cristalizará de alguna forma con la entrada en vigor del protocolo 14.

Lamentablemente, estos intentos no han estado acompañados de un sistema de protección articulado ni de garantías específicas. En este sentido, habrá que atender que el fortalecimiento de los derechos fundamentales es primordial para continuar la consolidación de la unidad de Europa, que precisamente se ha desarrollado en este ámbito como en ningún otro. De esta manera, el constitucionalismo europeo será eficaz en la medida en que sitúe claramente su propia vertiente de protección de derechos fundamentales, más allá de la CDUE, y de que se vincule específicamente al CEDH para evitar duplicidades en su aplicación por parte de las jurisdicciones domésticas.

## VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco, “Comentarios al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ¿Qué es? ¿Un tratado o una Constitución?”, en ALDECOA, Francisco (ed.), *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, 2a. ed., Madrid, Real Instituto Elcano, 2004.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *Las relaciones comerciales y multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*, México, Universidad Iberoamericana-UNAM, 2003.
- , “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas ‘cartas paralelas’”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La Constitución inédita*, Madrid, Trotta, 2004.
- GARTON ASH, Timothy, “¿Quién habla por Europa?”, *El País*, Madrid, 9 de abril de 2007, sección Opinión.
- HÄBERLE, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, UNED, núm. 14, 2o. semestre de 2004.
- KENNEDY, Duncan, “Three Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-2000”, en TRUBECK, David M. y SANTOS, Álvaro, *The New Law & Economic Development. A critical Appraisal*, Nueva York-Cambridge, 2006.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, *El sistema de competencias de la Unión Europea en el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa*, Madrid, Colex, 2006.

- , “La universalización de los derechos fundamentales: ¿el sistema europeo como modelo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, núm. 2, 1er. semestre de 2002.
- y ORTIZ AHLF, Loretta (coords.), “La Unión Europea, una perspectiva mexicana”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex-Universidad Iberoamericana, México, núm. 4, 1er. semestre de 2003.
- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- MIRALLES, Pedro Pablo, “El proceso de integración europea: de las comunidades europeas a la Unión Europea”, en LINDE PANIAGUA, Enrique *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2000.
- PEDROL, Xavier y PISARELLO, Gerardo (eds.), *La ilusión constitucional. Una crítica al proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa*, Madrid, El Viejo Topo, 2004.
- PÉREZ ROYO, Javier, “Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 12, 1992.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “La protección jurídica de la vida y el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión”, en PELÁEZ MARÓN, José, *Anuario de Derecho Europeo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, núm. 4, 2005.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en LÓPEZ, Antonio *et al.*, *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- , “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, INAP, núm. 13, mayo-agosto de 2001.