

DE QUE HABLAMOS EN EUROPA CUANDO HABLAMOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Por PALOMA BIGLINO CAMPOS

SUMARIO

I. NOTA INTRODUCTORIA.—II. LOS ORÍGENES DE LA DUALIDAD.—III. LA GARANTÍA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES: A) *Los derechos reconocidos*. B) *Algunos problemas procesales*.—IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO. A) *La eficaz intervención del Tribunal de Justicia*. B) *Algunas consecuencias de la ausencia de declaración: la identificación entre derechos fundamentales y libertades económicas; el uso de la proporcionalidad*.—V. LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL CEDH EN EL PROYECTO DE TRATADO DE AMSTERDAM.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Las instituciones jurídicas no siempre tienen una propia racionalidad. Al contrario, algunas de ellas, si se examinan a simple vista, pueden parecer inconexas cuando no arbitrarias (1). Algo así puede ocurrir en caso de que se tome en consideración la situación de la protección supranacional de los derechos fundamentales en el contexto europeo. En este ámbito nos encontramos ante una situación que cualquier observador podría calificar de inexplicable.

En efecto, en estos momentos, los ciudadanos de muchos países gozan de la protección, muy eficaz en su conjunto, de sus propias instancias nacionales, algunas de las cuales prevén procedimientos especiales (como el recurso de amparo) ante jurisdicciones concretas (como el Tribunal Constitucional) para la defensa de sus derechos fundamentales.

Pero en caso de que estos mecanismos de garantía internos no atiendan a las pretensiones esgrimidas ante ellos, dichos ciudadanos pueden conseguir que inter-

(1) La observación es de J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*. Madrid, 1988, págs. 69-70.

vengan dos Tribunales supranacionales de distinto signo: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La única forma de explicar cómo se ha llegado a esta situación es recurriendo a la historia. Es cierto que el método histórico no sirve para resolver los problemas concretos que existen en el presente. Pero también es verdad que, al menos, puede servir para explicar las causas de su existencia. Es preciso, por lo tanto, empezar haciendo algunas alusiones a la más reciente historia europea, ya que de esta manera será posible aproximarse al objeto de análisis. Posteriormente convendrá detenerse en subrayar algunas de las ventajas y de los inconvenientes que ambos sistemas de protección plantean, para resaltar, por último, cómo la aproximación entre ambas vías permitiría, al menos, utilizar un lenguaje común al hablar en Europa de derechos fundamentales.

II. LOS ORIGENES DE LA DUALIDAD

En muchas ocasiones se ha puesto de manifiesto cómo, algunos años después del final de la segunda guerra mundial, se extendió por el viejo Continente un fuerte sentimiento europeísta. En realidad, bajo la aspiración de lograr una mayor integración entre los diferentes pueblos, latían motivos de distinta índole.

Era preciso, en primer lugar, lograr que el sistema democrático se consolidase definitivamente. Sólo de esta manera podría evitarse que Europa volviese a experimentar los horrores que habían supuesto movimientos tales como el nazismo o el fascismo y encontrar una bandera unificadora frente al peligro que podía llegar a suponer el avance del comunismo (2). Junto a estas razones de carácter eminentemente político hay que añadir otras de naturaleza también económica. En aquel momento existía ya la conciencia de que sólo mediante una mayor integración económica era posible reconstruir la economía europea, tan maltrecha después de la guerra.

Casi todos los autores que han estudiado con detalle el tema coinciden en afirmar que una de las etapas decisivas en la construcción de la Unión Europea fue el *Congreso de Europa*, organizado por el Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea. Dicho Congreso, que reunió a las más importantes organizaciones federalistas existentes en aquel momento, se celebró en La Haya del 7 al 11 de mayo de 1948.

Según A. Mangas (3), durante el mismo, se pusieron de manifiesto las dos grandes corrientes europeístas que siguen persistiendo en la actualidad. De una parte, existían los sectores partidarios de una mayor integración, que consideraban nece-

(2) L. I. ORTEGA: «El proceso de formación del Convenio Europeo», *El sistema de protección de los Derechos Humanos*, Madrid, 1983, pág. 63.

(3) En A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1966, págs. 9-10.

sario construir con el tiempo una Europa federal. De otra, los que preferían una unión más laxa, basada sobre todo en la cooperación intergubernamental. Cada una de esas corrientes desembocó en una organización distinta.

Serán las corrientes partidarias de una mayor integración las que, con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en abril de 1951, inicien el proceso de integración que ha culminado, por el momento, con el Tratado de Maastricht. Es cierto que los impulsores de las Comunidades intentaban lograr, a largo plazo, una unificación política. Pero el carácter limitado y estrictamente económico de las Comunidades hizo impensable un reconocimiento general y completo de derechos y libertades fundamentales. Como era difícil prever que en un ámbito tan restringido pudieran surgir violaciones de derechos consustanciales a la persona, los Tratados Constitutivos reconocieron solamente algunas facultades concretas en sectores muy determinados. Junto a aquellas libertades comunitarias que coinciden con derechos inherentes a dignidad de la persona, se prohibían ciertas formas de discriminación, sin que existiera, empero, una proclamación general del principio de igualdad (4).

Los sectores más reacios a realizar cesiones de soberanía optaron por crear un nexo de conexión de carácter mucho más político (5). Es así como surge el Consejo de Europa, cuya finalidad radicaba en aproximar a los países europeos reafirmando valores característicos del sistema democrático tales como el imperio del Derecho y el respeto a los derechos fundamentales (6). Tiene lógica que fuese en este contexto donde se elaborara, precisamente, el más importante catálogo de derechos fundamentales que todavía existe en la región: el *Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Esta sustancial diferencia, que marca el origen de la protección supranacional de los derechos fundamentales en Europa, se irá, sin embargo, difuminando con el tiempo. La razón radicará, fundamentalmente, en la evolución de la Comunidad Europea. Acabamos de ver cómo los derechos que aparecían recogidos en la primera redacción de los Tratados Constitutivos —la libertad y la igualdad— se proyectaban exclusivamente en un ámbito estrictamente económico. No tiene nada de extraño que, con el tiempo, los derechos reconocidos en el ámbito comunitario manifestaran

(4) Así por ejemplo, en su primera redacción, el Tratado de la Comunidad Económica Europea reconocía, en el artículo 7, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, mientras que el artículo 119 consagraba la igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

(5) A. MANGAS MARTÍN: ob. cit., pág. 9.

(6) El artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa afirma que «Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero».

una creciente fuerza expansiva, y pusieran de manifiesto su eficacia para proteger a los ciudadanos en otros ámbitos de la vida diaria.

Este proceso de ampliación de los derechos fundamentales en las Comunidades europeas está relacionado con la propia evolución de dichas organizaciones, marcada por el reforzamiento de sus competencias y por el incremento de la intensidad de sus propios poderes. En la actualidad, las instituciones comunitarias pueden llegar a afectar facetas de las personas que, en un principio, era impensable que resultaran vulneradas por sus acciones, tales como el domicilio, la libertad de empresa, el derecho al trabajo, la libertad de residencia y circulación, entre otras. En consecuencia, la propia Unión Europea se ha impuesto la obligación de respetar los derechos fundamentales «tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (7).

Más adelante tendremos ocasión de volver sobre el artículo F.2 del TUE. Una vez descritas las causas que han provocado la dualidad en los mecanismos de protección y el solapamiento de las instancias judiciales supranacionales, conviene detenerse a examinar cuáles son los principales caracteres de ambos sistemas de garantía de los derechos fundamentales. Al compararlos, se podrá comprobar que cada uno de ellos compensa, con sus ventajas, los inconvenientes que presenta el otro.

III. LA GARANTIA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

A) *Los derechos reconocidos*

Antes he señalado que el Convenio Derechos Humanos constituye la declaración de derechos más completa y sistemática que existe en el ámbito europeo. Desde el punto de vista de su contenido representa un texto de un enorme relieve. En este contexto no es posible analizar con detalle su articulado. Aún así, conviene recordar que se asemeja notablemente a cualquiera de las declaraciones de derechos que suelen figurar en los textos constitucionales internos. Utilizando la clasificación de los derechos fundamentales configurada por C. Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, podemos afirmar que el texto reconoce los tradicionales derechos de libertad, tanto del individuo aislado (derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la libertad y a la seguridad, derecho a la tutela judicial, libertad de conciencia, derecho a la vida privada) como del individuo en relación con otros individuos (libertad de

(7) Artículo F.2 del TUE. Aun así, conviene recordar que, por lo dispuesto en el artículo L del mismo tratado, no existe control judicial de este precepto en lo que se refiere a la política exterior y de seguridad común y a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior.

expresión, reunión y asociación, derecho al matrimonio). Posteriormente, mediante diferentes protocolos se completaron estos tipos de derechos (8), a los que, además, se añadieron otros de diferente categoría como son los derechos políticos (derecho a elecciones libres (9) y derechos sociales (derecho a la instrucción (10)).

La doctrina está de acuerdo en afirmar la sustancial similitud que existe entre esta declaración de derechos y los recogidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, que lleva, precisamente, la rúbrica «De los derechos fundamentales y las libertades públicas (11)». Algunos autores llegan a afirmar que, en cuanto tratado internacional, y en virtud del artículo 96.1 de nuestra Norma fundamental, el Convenio forma parte de nuestro ordenamiento interno, por lo que sus normas constituyen derecho directamente aplicable en España (12).

Esta afirmación debe quizá matizarse. En realidad, el artículo 10.2 CE (13) atribuye a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, sobre todo, un valor interpretativo. En palabras del Tribunal Constitucional español, «el artículo 10.2 de la Constitución no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o convenios» (14).

En definitiva, y siempre en palabras del Tribunal Constitucional, la eficacia interpretativa del Convenio obliga a considerar que sus preceptos «en la práctica... se convierten en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución» (15).

Es esta perspectiva la que debe utilizarse para valorar adecuadamente la influencia que ha ejercido el Convenio en los países que lo ratificaron. Y desde este punto de vista, es innegable que ha marcado el sentido de muchas decisiones de los

(8) Así, por ejemplo, en el protocolo núm. 1, de 20 de marzo de 1952, se añadió el derecho de propiedad. En el Protocolo núm. 4 (16 de septiembre de 1963), la libertad de residencia y circulación. En el protocolo núm. 6 (28 de abril de 1983), la abolición de la pena de muerte, y en el protocolo núm. 7 (22 de noviembre de 1984) se perfeccionó el derecho a la tutela judicial, incluyendo el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal y el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces.

(9) Protocolo núm. 1.

(10) *Ibidem*.

(11) J. L. REQUEJO PAGÉS: «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pág. 184.

(12) J. DELGADO BARRIO: «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos humanos en la jurisprudencia Española», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, pág. 127.

(13) Sobre este precepto, F. REY MARTÍNEZ: «El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del art. 10.2 CE)», *Revista General de Derecho*, núm. 537, junio 1989.

(14) STC 36/1991, de 14 de febrero.

(15) *Ibidem*.

Tribunales Constitucionales de los países miembros, en cuestiones tales como las garantías reconocidas a los detenidos, el derecho al proceso debido o el principio de no discriminación (16).

Sólo a título de ejemplo de esta repercusión conviene señalar que, en estadística de Carlos Fernández de Casadevante, en el periodo comprendido desde 1980 hasta finales de septiembre de 1988, el Tribunal Constitucional español ha emitido 61 sentencias y 15 autos en los cuales interpreta determinados artículos de la Constitución relativos a derechos y libertades fundamentales con arreglo al Convenio europeo de 1950 (17). Además, los casos en los que el órgano de justicia constitucional ha llevado a cabo esta operación eran, sin duda, de auténtica relevancia y también polémicos. Así ocurrió en la Sentencia 53/1985, sobre el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal, mediante el cual se despenalizaron determinados supuestos de aborto. En dicha sentencia, el Tribunal se enfrenta a la interpretación del artículo 15 de nuestra Constitución, que utiliza la genérica expresión «todos» para determinar quiénes son los titulares del derecho a la vida. Para concretar el significado de dicho término, el Tribunal acude al artículo 2 del Convenio que, de manera más concreta, atribuye el derecho a la vida a las personas. Así, el Tribunal concluye que la despenalización de determinados supuestos de aborto, por afectar a quienes aún no son personas, no constituye una violación ni de la Constitución ni de los textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España.

Pero el grado de vinculación no se limita a los preceptos del Convenio, sino que es todavía mayor, porque se entiende que los órganos jurisdiccionales están vinculados, no sólo a dichos preceptos, sino también a la interpretación que los mismos han recibido por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dado que España ha declarado «obligatoria de pleno derecho» la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (18), el Tribunal Constitucional considera plenamente aplicable a la interpretación de nuestra Constitución la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (19). De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de igualdad se inspira, desde las primeras sentencias (20), en lo afirmado por el Tribunal de Estrasburgo (21). Es este último órgano el que ha señalado, por ejemplo, que la igualdad no prohíbe toda diferencia de trato,

(16) Sobre el tema, M. A. EISEN: «L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme», Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de l'Homme, París, 1990, págs. 137 y ss.

(17) C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ: *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España. Análisis de la Jurisprudencia Constitucional (1980-1988)*, Madrid, 1988, pág. 57.

(18) Declaración realizada por primera vez el 4 de octubre de 1979.

(19) Sobre esta jurisprudencia, J. DELGADO BARRIO: ob. cit., pág. 246.

(20) Véase, por ejemplo, la STC 22/1981, de 2 de julio.

(21) Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el artículo 14 del Convenio, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25, 1989, págs. 135 y ss.

sino que la desigualdad deviene discriminación ilegítima sólo si está desprovista de una justificación objetiva y razonable o cuando no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

B) *Algunos problemas procesales*

Si examinado desde un punto de vista meramente sustantivo puede afirmarse que el Convenio constituye un texto fundamental del Derecho constitucional europeo, no puede llegarse a la misma conclusión cuando se examinan los aspectos procesales de dicho texto.

Conviene aquí recordar que el Convenio no es sólo una declaración de derechos. En coincidencia con la opinión de quienes consideran que «el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es el fundamentarlos, sino el de protegerlos» (22), el Convenio pretende establecer mecanismos de garantía para los mismos.

Es en torno a esta faceta donde surgen las limitaciones más graves que afectan al texto del que hablamos. Inciden, en primer lugar, las dificultades que limitan el acceso a los órganos del Convenio y el complejo procedimiento diseñado para la actuación de dichos órganos. Será preciso tener en cuenta, en segundo lugar, las complicaciones que entraña ejecutar las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se ha escrito mucho acerca del difícil procedimiento para acceder al Tribunal de Justicia de Estrasburgo. Recordemos que, en caso de las demandas presentadas por particulares (art. 25), antes deberá actuar la Comisión, que intentará llegar a un acuerdo amistoso. Sólo si dicho acuerdo fracasa, podrá someter el asunto al Tribunal. Hay que tener presente, además, que la decisión de que intervenga el órgano jurisdiccional no siempre corresponde a los particulares. Esta facultad existe sólo cuando el Estado demandado ha ratificado el Protocolo núm. 9 (hecho en Roma el 6 de noviembre de 1990) (23). Hasta el momento, de los cuarenta países que han firmado

(22) N. BOBBIO: «Presente y porvenir de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982.

(23) En efecto, el artículo 5 de dicho Protocolo modifica el artículo 48 del Convenio introduciendo, entre los legitimados para someter un asunto al Tribunal, a «la persona física, la organización no gubernamental o el grupo de particulares que haya sometido el asunto a la Comisión» [art. 5.1.e)]. Aun así, en este supuesto, continúan existiendo diferencias en la tramitación frente a las demandas presentadas por la Comisión o las Altas Partes Contratantes. Los asuntos de los particulares deberán someterse primero a un Comité compuesto por tres miembros del Tribunal, que podrá decidir, por unanimidad, su inadmisión. Dicha comisión goza de un alto grado de discrecionalidad a la hora de tomar la decisión. En efecto, la inadmisión podrá proceder «si el asunto no suscita ninguna cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio ni se justifica, por otras causas, su examen por el Tribunal» (art. 5.2).

el Convenio, sólo han ratificado dicho Protocolo veintitrés, entre los que, por ejemplo, no se encontraba España ni Francia (24).

Este complejo procedimiento retrasa extraordinariamente la tramitación procesal de los asuntos. En estos momentos, una demanda individual presentada a la Comisión puede tardar seis años antes de ser resuelta por el Tribunal. Además, hay que tener presente que el recurso ante la Comisión tiene un carácter subsidiario, ya que es preciso agotar previamente todos los recursos internos antes de interponer la demanda (25). Por este motivo, suele ocurrir que, antes de poder acudir a Estrasburgo, hayan transcurrido seis años desde que comenzó el litigio ante las instancias nacionales (26).

Los problemas a los que se acaba de aludir se están incrementado y la situación puede ser todavía más grave, porque la Comisión y el Tribunal son víctimas de su propio éxito.

Hay que tener presente que el Convenio se concibió cuando el Consejo de Europa contaba sólo con 10 miembros (27). Sin embargo, en esta última década, sobre todo como consecuencia del proceso de transición desde el comunismo a la democracia que se ha verificado en los países del este de Europa, se han adherido al Convenio más países (28) que en los cuarenta años anteriores (29).

Este incremento puede afectar radicalmente al funcionamiento de los órganos del Convenio, especialmente a la Comisión (30). Pensemos por ejemplo que desde Polonia, en sólo dos años (31), se han registrado ante dicho órgano 256 nuevos asuntos.

Es cierto que la mayor parte de estos recursos son rechazados por la Comisión. A. M. Gross, en un interesante estudio acerca de la cuestión, ha señalado que, en la

(24) *Human Rigts Law Journal*, vol. 17, núms. 3-6, 1996, págs. 234 y ss.

(25) Artículo 26 CEDH.

(26) Q. C. Lord Lester of Heme Hill: «The European Convention in the new architecture of Europe», *Public Law*, primavera 1996, pág. 5.

(27) *Ibidem*, pág. 5.

(28) Desde 1990, entre dichos países se han adherido al Convenio, Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Moldavia, Polonia, Rumanía, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, República Macedonia, Ucrania y Croacia. Datos sobre este proceso en J. F. FLAUSS: «Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe», *European Journal of International Law*, vol. 5, núm. 3, 1994, pág. 401.

(29) Entre 1951 y 1990 se adhirieron al Convenio Grecia, Islandia, Turquía, República Federal Alemana, Austria, Chipre, Suiza, Malta, Portugal, España, Liechtenstein, San Marino y Finlandia.

(30) En efecto, en 1993, se registraron ante la Comisión 2.037 demandas, de las que 218 se declararon admisibles. Sólo un año más tarde, las demandas ascendieron a 2.927, de las que se declararon admisibles 348. Estos datos se han tomado de C. WARBRICK: «The European Convention on Human Rights», *Yearbook of European Law*, 1994, Oxford, 1995, pág. 601.

(31) Son los transcurridos desde el 1 de mayo de 1993, fecha en la que Polonia reconoció el derecho de presentar demandas individuales hasta el 17 de mayo de 1995. Los datos son de A. M. GROSS: «Reinforcing the New Democracies: The European Convention on Human Rights and the Former Communist Countries-A Study of the Case Law», *European Journal of International Law*, vol. 7, núm. 1, 1996.

mayoría de los casos, la inadmisibilidad proviene de que se denuncian asuntos sucedidos durante el período comunista en el área de expropiaciones y confiscaciones de propiedad. Otros supuestos se refieren al trato dado por las nuevas democracias a los dirigentes del régimen anterior, y plantean los límites a que deben estar sometidas las actuaciones contra ellos (32). En definitiva, se busca reparación frente a hechos acaecidos antes de que los países demandados reconociesen la competencia de la Comisión para entender de demandas individuales (33) o cuando ya había transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la resolución interna definitiva (34). Así, casi todos los asuntos han sido rechazados *ratione temporis* (35).

En cualquier caso, es previsible que las demandas ante la Comisión provenientes de estos países se incrementen en el futuro y que, si no adolecen de los defectos que se acaban de señalar, lleguen hasta el Tribunal.

En resumen, podemos afirmar que los problemas de carácter procesal restan eficacia a los derechos garantizados en el Convenio. Ya en la primera redacción de dicho texto, el mecanismo establecido para la protección de los derechos resultaba excesivamente complicado, dado que podía llegar a suponer la intervención de tres órganos distintos, como son la Comisión, el Comité de Ministros y el Tribunal. Con el tiempo estas limitaciones, lejos de superarse, se han agravado, a resultas del rápido incremento de los países que han ratificado el Convenio.

Son precisamente estas razones las que han motivado el inicio de un proceso radical de reforma del Convenio, mediante la elaboración de un nuevo Protocolo, el núm. 11 (36), abierto a la firma el 11 de mayo de 1994. En el mismo, la actual

(32) El mismo autor describe con detalle el caso que se refiere al ex-presidente búlgaro, Andrei Karlov Lukanov, detenido y procesado en su país cuando ya sólo era miembro de la Asamblea Nacional por haber participado en la concesión de ayudas a países en vía de desarrollo (Nicaragua, Cuba) que resultaron perjudiciales para la economía búlgara. Lukanov denunció ante la Comisión numerosos defectos de carácter procesal (así, el recurso contra su detención fue inadmitido por el Tribunal Supremo en ausencia del recurrente y de su abogado y, tras la publicación de un artículo en la prensa, se le había prohibido hablar a solas con su abogado) y otras violaciones de carácter sustantivo. En efecto, consideraba que había sido detenido sin indicios racionales suficientes, ya que la decisión de conceder la ayuda fue de naturaleza política y, además, conforme a las recomendaciones de la ONU. La Comisión, el 16 de enero de 1996, consideró admisible la demanda por violación del artículo 5.1.c) y 18 del Convenio, aunque desestimó las demás alegaciones (ob. cit., pág. 97).

Aunque el 2 de octubre de 1996 Lukanov fue asesinado a tiros, su caso ha sido objeto de pronunciamiento por el TEDH (S. de 30 de marzo de 1997), que ha estimado la demanda por violación de los preceptos antes mencionados.

(33) Artículo 25 CEDH.

(34) Artículo 26 CEDH.

(35) A. M. GROSS: ob. cit., pág. 90.

(36) Publicado en su traducción española en la *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 1, 1995, págs. 331 y ss. En uno de sus considerandos se señala expresamente que «es necesario y urgente reestructurar el mecanismo de control establecido por el Convenio, con el fin de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales previstas por el Convenio, a causa principalmente del aumento de las demandas de protección y del número creciente de miembros del Consejo de Europa».

Comisión y el Tribunal no permanente se sustituirán por un nuevo Tribunal, dotado de estabilidad y organizado de manera mucho más completa, que tendrá facultades para examinar asuntos que le sometan los Estados miembros y los particulares (37).

Sin embargo, aún es pronto para entrar a analizar con detalle dicho texto. En efecto, al ser un Protocolo de enmienda, necesita ser ratificado por todos los Estados integrantes del Convenio, lo que ha dificultado su entrada en vigor. Hay que tener en cuenta, además, que la reforma no logra superar el otro grave problema que afecta al sistema de protección supranacional de los derechos fundamentales en el ámbito del Consejo de Europa y que se refiere, como antes señalé, a la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (38).

El artículo 53 del Convenio obliga a las Altas Partes Contratantes a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte. Este precepto permite definir las Sentencias del Tribunal como obligatorias para los Estados que ratificaron el Convenio.

Pero esta obligatoriedad no supone, en absoluto, que las decisiones del órgano jurisdiccional tengan fuerza ejecutiva, sino que es compatible con reconocer a sus sentencias una eficacia meramente declarativa (39). Desde esta perspectiva, el artículo 50 de la norma antes citada señala que el Tribunal sólo puede declarar que una resolución o medida tomada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio. Pero, como ha reconocido el propio Tribunal reiteradamente en su jurisprudencia, carece de competencia para anular la sentencia de un Tribunal nacional o para ordenar a un Gobierno un comportamiento determinado (40).

La limitada eficacia de las decisiones de la Corte son una consecuencia directa de la naturaleza jurídica del Consejo de Europa y del propio Convenio. En efecto, estamos ante realidades de carácter internacional que carecen en sí mismas de poder ejecutivo y que no suponen una limitación externa de la soberanía de los Estados miembros. Son, en realidad, estos últimos los que deben buscar los medios que consideren más convenientes y más compatibles con su ordenamiento para hacer efectivas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (41). Y es aquí, precisamente, donde empiezan las dificultades.

(37) Sobre dicho Protocolo, por ejemplo, A. SALADO OSUNA: «El protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1994, págs. 943 y ss.

(38) En efecto, el artículo 46 del Protocolo, bajo la rúbrica «Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias», reproduce casi idénticamente los artículos 53 y 55 del texto de 1950.

(39) Acerca de estos extremos, J. VELU, R. ERGEC: *La Conventio Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, 1990, págs. 1047 y ss.

(40) Así, por ejemplo, S. Marckx (13 de junio de 1979); caso Pakelli (25 de abril de 1983).

(41) Sobre el tema, P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1987, pág. 113.

El problema no radica tanto en la posibilidad de actos de rebeldía de las autoridades de los Estados miembros ante decisiones del Tribunal de cuyo contenido disientan. Antes he señalado que la integración en el Convenio no supone una limitación externa de la soberanía, es decir, impuesta desde instancias ajenas al propio Estado. Pero es evidente que la ratificación de dicho texto, como de cualquier otro de naturaleza internacional, supone una autolimitación de la soberanía y, por lo tanto, asumir el deber de cumplir con los compromisos adquiridos.

Las dificultades a las que se hace referencia tienen un carácter mucho más técnico que político. Consisten en los obstáculos que, a veces, pone el propio ordenamiento interno para ejecutar las decisiones del Tribunal Europeo. Los redactores del Convenio eran conscientes de esta dificultad cuando, en el precepto arriba citado, encontraron un remedio para el caso de que el Derecho interno no permita reparar completamente el perjuicio que se ha ocasionado y que consiste en que el propio Tribunal Europeo conceda una satisfacción equitativa a la parte lesionada.

Cuando el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio ha sido provocada por una norma jurídica, el conflicto que se ha originado puede tener una solución relativamente sencilla. En efecto, los ordenamientos de los países miembros prevén, por lo general, mecanismos para remover dicha norma del sistema jurídico. Así cabe pensar que el remedio más eficaz es la declaración de nulidad de la norma, porque su expulsión del ordenamiento jurídico tiene efectos radicales al impedir nuevas aplicaciones de la norma aún a situaciones jurídicas surgidas durante su período de vigencia (42). En todo caso, cabe siempre que vuelva a actuar el órgano autor de la norma derogándola mediante otra posterior y atribuyendo a dicha derogación la máxima retroactividad que le permita su propio ordenamiento.

El problema es mucho más grave cuando la violación del derecho ha tenido su origen en una sentencia judicial. En efecto, como ya se tuvo ocasión de mencionar, uno de los requisitos para poder acceder a Estrasburgo es, precisamente, haber agotado todos los recursos internos (43). Este precepto, también característico del Derecho internacional, tiene la ventaja de salvaguardar la autonomía de los Estados a la hora de reparar, mediante distintas instancias judiciales, lo que se ha hecho mal. Pero, en su contra, cabe afirmar que produce un auténtico círculo vicioso. En efecto, sólo es posible acudir ante la Comisión cuando una sentencia interna es firme, es decir, cuando ha adquirido efectos de cosa juzgada. Pero dicho efecto es muy difícil de remover aún en presencia de una posterior decisión del Tribunal Europeo y aunque ésta denuncie que dicha sentencia vulnera los derechos fundamentales de las personas.

(42) De todas maneras, conviene tener presente que siempre será más sencillo declarar la nulidad de una norma inferior a la ley que una norma con fuerza de ley. En este último caso es preciso recordar que existen países que no conocen el control sobre las leyes (por ejemplo, el Reino Unido) y que, en otros países, el principio de presunción de validez de la ley, garantía de la seguridad jurídica, obliga a configurar de manera restrictiva los supuestos y procedimientos previstos para la declaración de inconstitucionalidad.

(43) Artículo 26 CEDH.

Existen algunos ordenamientos europeos que han sabido encarar este problema y, mediante reformas legislativas o una interpretación flexible de las normas existentes, han ampliado los supuestos de revisión judicial de las sentencias para incluir, entre los mismos, el hecho de que el Tribunal Europeo la haya declarado incompatible con el Convenio (44). Esta posibilidad no existe, sin embargo, en otros lugares, como es, por ejemplo, España.

El hecho de que ninguno de los supuestos de revisión previstos en nuestro ordenamiento prevea específicamente la posibilidad de reabrir un caso para resolver el conflicto que estamos examinando, ha dado lugar a situaciones jurídicas de una enorme complejidad. Para ilustrar esta afirmación conviene hacer referencia a un supuesto concreto que ha provocado una importante reflexión en nuestro país. Me refiero al asunto *Bultó*. Recordemos sucintamente los hechos.

El 9 de mayo de 1977, sobre las quince horas, dos hombres penetraron en el apartamento donde se encontraba el empresario catalán José María Bultó haciéndose pasar por empleados de la compañía del gas. Después de inmovilizar a la criada y permitir de este modo la entrada a otros individuos, encerraron al empresario y fijaron en su pecho un aparato explosivo. Le exigieron un rescate de quinientos millones de pesetas y, tras darle las instrucciones para la entrega, precisaron que después del pago le indicarían como desactivar el aparato. J. M. Bultó volvió a su domicilio y, poco antes de las diecisiete horas, el aparato explotó provocándole la muerte inmediata.

En octubre de 1980, las investigaciones policiales condujeron a la detención de tres presuntos autores, Barberá, Messegué y Jabardo. Los dos primeros fueron condenados por la Audiencia Nacional (45) a treinta años de reclusión mayor, como autores de un delito de asesinato; Jabardo fue condenado a doce años y un día de prisión por complicidad en la comisión del mismo delito. Los condenados agotaron la vía jurisdiccional interna, acudiendo primero en casación ante el Tribunal Supremo (46) y, posteriormente, ante el Tribunal Constitucional en recurso de amparo. Ambos órganos jurisdiccionales confirmaron casi íntegramente lo decidido por la

(44) Así, por ejemplo, ocurre en Luxemburgo, donde el artículo 443.5 del *Code d'Instruction Criminelle* prevé que se puede revisar la sentencia, entre otros supuestos, cuando resulte de una decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa o de una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También Noruega y Austria, entre otros países, prevén una solución similar. En otros casos (por ejemplo, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia) existe la posibilidad de reabrir el asunto considerando la sentencia del Tribunal Europeo como un hecho nuevo. Sobre el tema, P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: ob. cit., págs. 125 y ss.; N. BUISÁN GARCÍA: «La eficacia en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pág. 440.

(45) S. de 15 de enero de 1982.

(46) Por Sentencia de 27 de diciembre de 1982, dicho órgano desestimó los recursos de Barberá y Messegué, aunque casó la sentencia de la Audiencia Nacional en lo concerniente a Jabardo al absolverle del delito de complicidad de asesinato y condenándole a seis años de prisión por colaboración en banda armada.

primera instancia. Es más, el Tribunal Constitucional (47) declaró inadmisibile el recurso por ser manifiestamente infundado, con lo que no entró en el fondo del asunto.

El único remedio jurídico que quedaba en manos de los recurrentes era acudir a los órganos del Convenio. En la sentencia de 6 de diciembre de 1988 (48), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara, por diez votos contra ocho, que ha existido una violación del Convenio.

Para la mayoría de los magistrados, el traslado tardío de los demandantes de Barcelona a Madrid «debilitó, sin duda alguna, su posición en el momento crucial en el que necesitaban todas sus fuerzas para defenderse». Además, la sustitución durante el juicio del Presidente y de otro Magistrado (49) no fue advertida ni a los demandantes ni a sus defensores. Por último, según el Tribunal, pruebas muy importantes no fueron presentadas y discutidas de manera adecuada durante la vista, en presencia de los acusados y bajo el control del público. En razón de estas consideraciones, el Tribunal estimó que resultó vulnerado el derecho a un proceso justo y público, recogido en el artículo 6.1 del Convenio.

No es momento de entrar a valorar el contenido de la Sentencia, aunque el resultado de la votación pone suficientemente de manifiesto lo polémico de su contenido. Conviene sólo resaltar las dificultades que entrañó su ejecución. Aunque la Audiencia Nacional acordó la suspensión de las condenas (50), el Tribunal Supremo anuló dicha decisión, por considerar que no existían recursos ordinarios en nuestro ordenamiento que pudieran atribuir a la Sentencia de Estrasburgo alguna eficacia interna (51). Contra este fallo, los recurrentes tuvieron que acudir nuevamente en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que finalmente, en la Sentencia 245/1991, dio ejecución a la decisión del Tribunal Europeo y, al reconocer el derecho de los recurrentes a un proceso público con todas las garantías, anuló las Sentencias en las que los procesados resultaron condenados, ordenando retrotraer las actuaciones al inicio de las sesiones del juicio oral (52). Una vez concluido éste, fueron absueltos por falta de pruebas.

Las repercusiones que tuvo esta Sentencia sobre el ordenamiento jurídico interno fueron intensas y numerosas (53). Pero, sobre todo, conviene poner de manifiesto que en España, mientras el legislador no considere oportuno establecer cauces pro-

(47) Auto 173/1983, de 20 de abril.

(48) Asunto Barberá, Messegué y Jabardo.

(49) El Presidente tuvo que ausentarse debido a la enfermedad de un familiar y el otro magistrado se vio impedido, ya que había dejado de pertenecer a la sección competente.

(50) Auto de 29 de junio de 1989.

(51) Sentencia de 4 de abril de 1990.

(52) Acerca de esta Sentencia, especialmente, J. L. REQUEJO PAGÉS: «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, págs. 179 y ss.

(53) Puestas de manifiesto, sobre todo, en el voto particular a la misma formulado por el Magistrado V. Gimeno Senda.

cesales adecuados, parece que el único medio de garantizar la eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo es interponer un recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, la ausencia de remedios procesales ante la jurisdicción ordinaria obliga a configurar al máximo Tribunal como el único órgano capaz de garantizar los derechos fundamentales, aún en los supuestos de sentencia firme (54).

Esta solución es, evidentemente, peculiar de España. Pero, por ser consecuencia de la propia naturaleza jurídica del Convenio, no es muy distinta de la que podemos encontrar en otros países miembros.

En definitiva, puede afirmarse que la situación dista de ser satisfactoria. El hecho de que las sentencias del Tribunal Europeo carezcan de ejecutividad obliga a los ciudadanos, que han debido superar un arduo camino para obtener una decisión a su favor, a empezar otro proceso ante sus propias autoridades, lo que supone una nueva dilación y un alto coste para conseguir la debida reparación de la violación de un derecho (55).

Un solo dato puede servir para ilustrar la situación que se acaba de apuntar: según el Magistrado J. V. Gimeno Sendra, en su voto particular a la S. *Bultó*, de una totalidad de 259 Sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo desde 1960 hasta finales de 1991, tan sólo en dos supuestos (56) los Estados condenados procedieron a la ejecución *in integrum* de las decisiones de la Corte de Estrasburgo.

Como resumen de lo expuesto hasta el momento puede afirmarse que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales constituye una completa y acabada declaración que, sin embargo, por su naturaleza de pacto internacional, tiene una eficacia jurídica directa limitada, marcada por el carácter meramente declarativo de las Sentencias del Tribunal Europeo y las dificultades para acceder a dicho órgano.

(54) Sobre este tema, la STC 245/1991 indica: «En otros términos, la nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, con supuestos como el presente, existiendo Sentencia firme, si le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo. En consecuencia, el artículo 55.1 LOTC permite que puedan ser anuladas por este Tribunal Sentencias firmes y, como tales, intangibles frente a los órganos judiciales.»

(55) Ante esta situación, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ ha señalado la conveniencia no sólo de modificar la legislación interna, sino también el propio Convenio. Esta autora sugiere introducir en el mismo «una cláusula conforme a la cual los Estados partes se comprometiesen *expressis verbis* a ejecutar en sus órdenes internos las sentencias en cuestión, a las cuales habría de atribuirseles valor ejecutivo. Dicha modificación encuentra, además, ejemplos en el Derecho Internacional contemporáneo. Así el Pacto de San José contempla el carácter ejecutivo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos por lo que se refiere a aquellas decisiones judiciales que —como las adoptadas por el TEDH en aplicación del artículo 50— reconocen al particular una reparación equitativa de naturaleza indemnizatoria. Por virtud de su artículo 68.2, los particulares pueden reclamar directamente ante los tribunales de su Estado —por vía ejecutiva— el pago de la reparación en cuestión, utilizando para ello los mecanismos procesales previstos en las respectivas legislaciones internas». «Ejecución en España de las Sentencias del TEDH», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, vol. 2, págs. 547 y ss.

(56) Cita los casos *Piersack* y *Underpertinger*, donde resultaron condenados, respectivamente, Bélgica y Austria.

La incidencia del Convenio es, básicamente, de naturaleza indirecta. Sus preceptos adquieren eficacia sobre todo a través de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que, a la hora de aplicar los derechos fundamentales del ordenamiento interno, reconocen fuerza vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO

La situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea es muy distinta de la que se acaba de describir, tanto que puede calificarse de opuesta. Como podremos comprobar a continuación, la ausencia de una declaración de derechos, completa y sistemática, se compensa paradójicamente mediante una activa garantía jurisdiccional de los mismos.

Es frecuente comparar la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea con el tratamiento que éstos han tenido en el ordenamiento inglés. Este sistema jurídico nunca ha conocido una declaración de derechos como las que se difundieron en el continente europeo a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que se elaboró en 1789, al comienzo de la Revolución Francesa. A pesar de ello, los derechos fundamentales han formado parte de la constitución material del Reino Unido desde 1628, cuando el Parlamento impuso al Rey Carlos Estuardo el primer Bill of Rights. Desde estos primeros orígenes, los derechos fundamentales británicos han estado siempre garantizados mediante instrumentos de protección judicial, que habilitaban a los ciudadanos a acudir ante los Tribunales para su salvaguarda. También en el ámbito Comunitario la vía utilizada para la protección de los derechos fundamentales no ha consistido en elaborar una declaración de derechos de carácter general, sino en establecer vías adecuadas para la protección de los mismos.

Al comienzo de estas páginas se ha realizado una breve referencia al motivo principal por el que las Comunidades Europeas, en sus orígenes, no prestaron atención al problema de los derechos fundamentales. Se pudo analizar, entonces, cómo el carácter estrictamente económico de las Comunidades hizo preciso reconocer, tan sólo, algunas libertades en el ámbito de las relaciones productivas. Ahora podemos añadir que dicha laguna se explica también por razones de naturaleza política.

Así, aunque todos los países que integran la Comunidad son sistemas democráticos, existen profundas divergencias tanto en el tipo de derechos fundamentales reconocidos, como en el grado de protección que se les dispensa (57). Además, los Estados miembros han manifestado serias reticencias a la hora de comprometerse en la ratificación de textos que, aunque establecidos como límites para la acción de los

(57) Algunas de ellas se han puesto de manifiesto recientemente en el Informe del Comité de Sabios (Informe Pintasilgo): «Por una Europa de los derechos cívicos», elaborado en Bruselas, octubre 1995-febrero 1996.

poderes comunitarios, podrían incidir también sobre la actuación de dichos Estados miembros, afectando a lo que recogen preceptos que gozan de rango constitucional.

Estas dificultades explican el fracaso de los distintos intentos, protagonizados por diferentes Instituciones Comunitarias, para elaborar una declaración de derechos. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo adoptó el 12 de abril de 1989 una completa declaración sobre los Derechos y Libertades fundamentales (58) que, sin embargo, carece de cualquier eficacia jurídica. Por otra parte, el proyecto de Constitución de la Unión Europea, que recoge también una lista de Derechos Humanos garantizados por la Unión, fue aprobado por el Pleno del Parlamento Europeo en 1994 por una holgada mayoría, pero como punto de partida para una posterior reflexión y no como un acto de carácter definitivo (59).

Los distintos países miembros han logrado llegar a un acuerdo, fundamentalmente a la hora de reconocer dentro del ámbito Comunitario determinados derechos de naturaleza política. Son los incluidos en el Tratado de la Comunidad Europea, tras la reforma operada en Maastricht (60), bajo la rúbrica *Ciudadanía de la Unión*, que da título al nuevo artículo 8. El estatus de ciudadano de la Unión se atribuye a todos los que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro y resulta, sobre todo, del conjunto de facultades características de lo que Jellineck denominó *Status civitatis* (61), por permitir a sus titulares participar activamente en la vida colectiva, cooperando en la formación de la voluntad de los órganos públicos (62).

Pero aún en este ámbito, la eficacia de los derechos comunitarios es bastante limitada, como consecuencia de la propia estructura de la Comunidad Europea. La ausencia de un solo pueblo europeo motiva que la soberanía se ejercite a través de cada uno de los Estados miembros, por lo que éstos siguen siendo los principales protagonistas de la política comunitaria. En consecuencia, los derechos políticos de los ciudadanos europeos no sólo actúan frente a las instituciones de la Comunidad, sino también frente a los órganos de los Estados miembros (63). Pero además, el

(58) En la misma se contienen derechos civiles, políticos y sociales, con un contenido similar al reconocido en la mayoría de los Estados miembros.

(59) Acerca de este tema, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «El proyecto de Constitución Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 9 y ss.

(60) Estas disposiciones se introducen por el artículo G.C del TUE.

(61) *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, 1912, págs. 127 y ss. Traducción al italiano revisada por el autor sobre la segunda edición alemana. Prefacio de V. E. ORLANDO.

(62) Junto a la libre circulación de personas [art. 8.A)], el TCE reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo y en las elecciones municipales en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de residencia [art. 8.B)]; el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el derecho a acceder al Defensor del Pueblo europeo [art. 8.D)]. Además se reconoce al ciudadano europeo el derecho a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro [art. 8.C)]. Sobre la noción de ciudadanía europea, P. BIGLINO CAMPOS: «Ciudadanía europea y legitimidad democrática», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 9, 1995, y la bibliografía allí citada.

(63) Un buen ejemplo de ello es, precisamente, el derecho de voto reconocido en el artículo 8.B) TCE.

papel residual del Parlamento europeo en el proceso de toma de decisiones obliga a considerar que los ciudadanos europeos expresan su soberanía sobre todo cuando participan, a través de las instituciones de sus Estados miembros, en la formación de la política comunitaria (64).

Es verdad que la dispersión es, al menos hasta el momento, una característica casi inherente al ordenamiento Comunitario. Pero la que acabamos de reseñar, precisamente por afectar a los derechos fundamentales, reviste una especial gravedad, con repercusiones de naturaleza política y jurídica.

Antes que nada hay que tener en cuenta que la mayor parte de los países que forman parte de la Unión Europea han codificado sus propias declaraciones de derechos. Estos textos constituyen un punto básico de referencia para los ciudadanos, no sólo por ser garantías de la dignidad de la persona, sino también por constituir el fundamento de la legitimidad del poder. Como es sabido, desde las revoluciones liberales, el poder político no puede justificarse por sí mismo, sino sólo como instrumento para asegurar el bienestar de los miembros de la comunidad. Y la única manera de alcanzar este objetivo es, precisamente, asegurando los derechos que son inherentes a la dignidad de la persona. La ausencia de una declaración de derechos en la Unión Europea puede conducir a cuestionar el poder que ejercitan las instituciones comunitarias, sobre todo si tenemos en cuenta que este poder no sólo se intensifica progresivamente, sino también que afecta cada vez más directamente a los ciudadanos.

También desde sus orígenes, las declaraciones de derechos son un límite al poder. La ausencia de un texto de este tipo en el ordenamiento Comunitario podría haber conducido a un debilitamiento de los controles con graves consecuencias jurídicas en un doble plano. Por una parte, se habrían atenuado los límites que afectan a los poderes comunitarios, dado que, en caso de violación de los derechos de las personas, no habría existido un parámetro para medir la validez de sus actos y declarar su nulidad. Pero además impedía exigir a los Estados miembros el respeto de los derechos fundamentales, no de sus propios ciudadanos (a lo que están obligados en virtud de sus correspondientes constituciones), sino también de los ciudadanos de la Comunidad que son súbditos de otros Estados miembros.

Pero precisamente el hecho de que los derechos fundamentales sean un elemento imprescindible de la cultura jurídica europea obligó a encontrar un remedio para esta situación. La solución llegó de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, dado que este órgano, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo, cuenta con eficaces medios de control.

(64) Esta fue la solución adoptada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su S. de 12 de octubre de 1993 ante la pérdida de influencia del derecho de voto, reconocido en la Ley Fundamental de Bonn, que podía suponer la aprobación del Tratado de la Unión (la decisión citada aparece traducida al Castellano por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y publicada en la *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1993, págs. 975 y ss.).

A) *La eficaz intervención del Tribunal de Justicia*

No es este el momento de entrar a detallar las diferentes vías procesales que permiten al Tribunal de Justicia controlar el cumplimiento de los derechos fundamentales. Conviene tan sólo recordar cómo a través del recurso de anulación puede verificarse que las instituciones comunitarias respeten lo previsto en el propio ordenamiento (65). De otro lado, las limitaciones que afectan al recurso por incumplimiento (66) ha provocado que el control sobre los Estados miembros se ejercite sobre todo a través de la cuestión prejudicial recogida en el artículo 177 del TCE, porque mediante la misma el juez nacional se ha convertido en un auténtico juez Comunitario.

Los primeros supuestos en los que se plantearon cuestiones de derechos fundamentales llegaron al Tribunal a través del recurso de anulación. En efecto, fueron particulares quienes plantearon dudas acerca de la validez de actos adoptados por instituciones de las Comunidades que podían vulnerar derechos fundamentales (67). La ausencia de una declaración comunitaria provocó que, en estos casos, se alegase la violación de facultades reconocidas en las Constituciones de los Estados miembros, argumento tajantemente rechazado por el Tribunal en cuanto que incompatible con la uniformidad del Derecho Comunitario.

Estas decisiones del TJCE fueron duramente criticadas por la doctrina y por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros (68). Es cierto que dicha ju-

(65) La eficacia del recurso de anulación como forma de controlar el cumplimiento del Derecho comunitario por parte de las instituciones comunitarias es indudable. En este sentido, baste con recordar que, según el artículo 173 TCE, puede ser interpuesto no sólo por otros órganos comunitarios y por los Estados miembros, sino también por las personas físicas o jurídicas que hayan resultado afectadas por la acción o inacción contraria a un derecho. En segundo lugar, que las sentencias del Tribunal tienen plena eficacia, ya que dicho órgano puede declarar «nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado» (art. 174 TCE).

(66) En este supuesto, la eficacia de la decisión del Tribunal es, sin duda, menor. Al corresponder la obligación de ejecutarlas a los Estados miembros, puede considerarse que tiene efectos, sobre todo, declarativos. Pero precisamente, para hacer frente al constante incumplimiento por parte de los Estados miembros, el Tratado de Maastricht ha otorgado al propio Tribunal la potestad de imponer sanciones económicas a instancias de la Comisión (art. 171 TCE).

(67) Así, por ejemplo, *S. Stork*, de 4 de febrero de 1959, asunto 1/58; *S. Sgarlatta*, de 1 de abril de 1965, asunto 40/64; *S. Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft*, de 15 de julio de 1960, asuntos acumulados 36, 37, 38/59 y 40/59.

(68) Así, la Corte Constitucional Italiana, en la *S. núm. 183*, de 27 de diciembre de 1973, se reservó el control de constitucionalidad de ley de ejecución del Tratado en el supuesto de que las normas comunitarias fuesen contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento italiano o vulnerasen los derechos inalienables de la persona. Esta jurisprudencia se reitera en la *S. núm. 170*, de 8 de junio de 1984. Esta decisión se ha publicado en castellano en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 72, pág. 1987. En nuestro país, acerca de la misma, P. PÉREZ TREMPES: «Justicia Comunitaria, Justicia Constitucional y Tribunales Ordinarios frente al Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, págs. 157 y ss. Por su parte, el Tribunal Constitucional Alemán, en el Auto de 29 de mayo de 1974 («Solange I») afirmó que en tanto en cuanto la Comunidad Europea no gozase de

jurisprudencia puso en peligro, precisamente, la pacífica aceptación de los principios que pretendía asegurar, tales como la autonomía y la primacía del Derecho Comunitario. Pero también es verdad que el órgano jurisdiccional no podía medir la validez de los actos comunitarios con otro parámetro distinto que el propio Derecho comunitario. La falta de sensibilidad ante los derechos fundamentales no estaba en el Tribunal, sino en el propio ordenamiento.

Buena prueba de esta afirmación es que, con el tiempo, el órgano jurisdiccional fue capaz de superar las lagunas del sistema Comunitario sin poner en peligro los propios principios del sistema. Desde la S. Stauder, de 12 de noviembre de 1969 (69), asume la protección de los derechos fundamentales integrándolos entre los principios generales del Derecho comunitario y asegura su respeto inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (70) y en los instrumentos internacionales concernientes a la protección de los derechos del hombre suscritos por dichos Estados (71). El tratado que el TJCE utiliza preferentemente como instrumento de interpretación es, precisamente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ratificado por todos los países de la Comunidad desde 1974 (72).

A partir de las Sentencias citadas, la jurisprudencia del Tribunal se ha mantenido constante (73). Además, esta línea argumental ha recibido sólidos apoyos tanto por

un catálogo de derechos con un grado de protección similar al nacional, se reservaba el control de constitucionalidad del Derecho derivado en el supuesto de que vulnerase los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental de Bonn. Sobre esta jurisprudencia, A. LÓPEZ CASTILLO: «La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias de derecho derivado en la República Federal Alemana», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988.

(69) Asunto 29/69.

(70) Este argumento aparece por primera vez en la S. Internationale Handelsgesellschaft, de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70.

(71) Acerca de este argumento, sobre todo la S. Nold, de 14 de mayo de 1974, asunto 4/74.

(72) Más precisamente, Francia fue el último país en ratificar dicho Convenio el 3 de mayo de 1974. Quizás por este motivo, la primera vez en que se alude expresamente a este texto es en la S. Rutili, de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75. En la decisión se da respuesta a unas cuestiones planteadas por el Tribunal Administrativo de París. Este órgano debía decidir acerca de la legalidad de la prohibición impuesta a un ciudadano italiano residente en Francia, de residir en determinados departamentos, entre los cuales se hallaba el departamento en el que tenía fijado su domicilio. Los motivos de las medidas adoptadas eran las actividades de carácter político y sindical del afectado durante los años 1967 y 1968. El Tribunal nacional plantea al TJCE si esta restricción puede justificarse en las limitaciones de orden público que, según el artículo 48 TCE, pueden afectar a la libre residencia y circulación de trabajadores. El TJCE se sirve de los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH para señalar que las limitaciones impuestas a los derechos no deben ir más allá de lo que es necesario para la salvaguardia de las necesidades del orden y de la seguridad públicas en una sociedad democrática. Por este motivo, entre otros, concluye afirmando que «no pueden ser establecidas medidas restrictivas del derecho de residencia limitadas a una parte del territorio nacional, por un Estado miembro, respecto de nacionales de otros Estados miembros sujetos a las disposiciones del tratado, sino en los casos y condiciones en que tales medidas pueden ser también aplicadas a los nacionales del Estado de que se trata».

(73) Así, por ejemplo, S. Hauer, de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79 y S. National Panasonic, de 26 de junio de 1980, asunto 136/79. Otras decisiones posteriores en D. RUIZ-JARABO COLOMER: «Noticia

parte de la doctrina como por parte del resto de los órganos de la Comunidad (74). Los numerosos análisis que existen sobre la misma (75) eximen de un examen más detallado en este contexto y permiten resaltar algunos de sus elementos más significativos.

En primer lugar hay que resaltar que, como antes se señalaba, los jueces nacionales han utilizado la cuestión prejudicial no sólo ante actos de la Comunidad, sino sobre todo cuando han tenido dudas sobre la compatibilidad de actos de los Estados miembros, dictados en ejecución de normativa comunitaria, con los derechos fundamentales garantizados por dicho ordenamiento. Este fenómeno ha permitido una extensión de la órbita de control ejercida por el Tribunal en la materia que nos ocupa. Así, el Tribunal ha recordado que la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico Comunitario vincula también a los Estados miembros, que no pueden aplicar la normativa europea menoscabando dicha exigencia (76).

Pero además, los jueces nacionales han llevado ante el Tribunal de Justicia actos de autoridades nacionales que, a pesar de haber sido dictados en el marco de competencias de los Estados miembros, parecían incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento Comunitario. Entre estos casos merece la pena recordar, por ser uno de los más recientes, el asunto Kalanke (77), en

sobre la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. 18, 1990, págs. 93 y ss.

(74) Así, el 5 de abril de 1977 el Parlamento, el Consejo y la Comisión realizaron una declaración en la que subrayan el significado de preeminente que corresponde a la observancia de los derechos fundamentales, como se deducen de las Constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (I. LASAGABASTER HERRATE: «Las Comunidades europeas y los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1986, pág. 67). Dicho consenso explica el contenido que se ha atribuido al artículo F.2 del Tratado de la Unión. Es claro que, en definitiva, dicho precepto reproduce casi de forma literal las aportaciones que ha realizado el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia.

(75) Un resumen acerca de estas cuestiones en P. BIGLINO CAMPOS: voz «Derechos fundamentales», en *Diccionario de Términos Comunitarios*, Madrid, 1977, págs. 44 y ss. Uno de los estudios más recientes sobre la cuestión es, quizá, el de J. FONSECA MORILLO y F. J. MATÍA PORTILLA: «La protección de los Derechos Fundamentales en el marco de la Unión Europea», manuscrito mecanografiado del original en prensa. Este artículo contiene además una completa bibliografía acerca de la cuestión de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, a la que me remito.

(76) Por ejemplo, S. Wachauf, de 13 de julio de 1989, asunto 5/88.

(77) STJCE de 17 de octubre de 1995. E. Kalanke, Ingeniero Superior de Jardines y Paisajes, se presentó a un procedimiento de selección convocado por la ciudad de Bremen en igualdad de condiciones que una colega suya. En virtud de una Ley del Land que, en igualdad de condiciones, obligaba a preferir a las mujeres frente a los candidatos masculinos en los sectores de la Función Pública en que estén infrarepresentadas, se adjudicó la plaza a la candidata de sexo femenino. Ante la cuestión planteada por la autoridad judicial alemana, el TJCE decidió que la normativa aplicada era contraria al principio de igualdad de sexos para acceder al empleo, tal y como éste aparece recogido en el ordenamiento Comunitario. El TJCE contrasta el artículo 4 de la Ley del Land de Bremen con el artículo 2 de la Directiva 76/207 CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976. Hay que tener presente que el ap. 4 de esta última norma permite adoptar medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las

el que el Tribunal analiza la compatibilidad de una decisión estrictamente nacional con el principio de no discriminación en razón de sexo. En resumidas cuentas, los únicos asuntos que escapan al control del Tribunal de Justicia son los derivados de normas nacionales que no estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (78).

El incremento del control operado por el Tribunal de Justicia sobre los actos de los Estados miembros ha levantado también algunas críticas desde el punto de vista del Derecho interno. En efecto, se le ha reprochado que, a pesar de su insistencia en la protección de los derechos fundamentales, no ha sido muy estricto a la hora de controlar la actuación de los órganos comunitarios. Según esta opinión, la jurisprudencia del Tribunal ha tenido carácter meramente instrumental, ya que surge como un medio para preservar la uniformidad y la primacía del Derecho comunitario (79). Más en concreto, se censura que el órgano jurisdiccional haya utilizado de manera mucho más estricta el argumento de los derechos fundamentales para limitar los actos de los Estados miembros que para controlar los actos a las instituciones comunitarias (80).

mujeres. Aun así, el Tribunal considera que «una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción, establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva». En virtud de esta decisión, el Tribunal Laboral Federal ordenó repetir el concurso. (F. Jco. 23). Sobre esta sentencia, F. REY MARTÍNEZ: «La discriminación positiva de mujeres (Comentario a la STJ de la Comunidad, de 17 de octubre de 1995. Asunto Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996. Recientemente, en el A. C 409/95 Hellmunt Marshall c/ Land Nordrhein-Westfalen, el Abogado General ha propuesto, en sus conclusiones, que el TJCE confirme el razonamiento de la S. Kalanke.

(78) S. Cinéthèque, 30 septiembre 1987, asuntos 60/84 y 61/84; en la S. Grogan (4 de octubre de 1991, asunto C-159/1990), el Tribunal especifica que «carece de competencia en el caso de una normativa nacional que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario».

(79) K. LENAERTS: *Le Juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*. Bruxelles, 1988, pág. 549.

(80) Mantienen esta opinión J. COPPEL, A. O'NEILL: «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992, págs. 669 y ss. En contra de la misma, J. H. H. WEILER y N. J. S. LOCKHART: «Taking rights seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence», *Common Market Law Review*, vol. 32, núm. 2, 1995, pág. 84. Sin ánimo de entrar en esta polémica, es necesario precisar que, en algunos supuestos en los que se cuestionaba la actuación de las instituciones comunitarias, el parámetro de control utilizado por el Tribunal no parece haber sido demasiado riguroso. Sirva como ejemplo, por afectar a nuestro país, la S. Dow Chemical Ibérica, de 17 de octubre de 1989 (asuntos 97-99/1987). Esta empresa recurrió frente a un registro, ordenado por la Comisión para verificar si se estaban efectuando prácticas restrictivas de la libre competencia. Los funcionarios comunitarios tuvieron acceso a todos los despachos, archivos y documentos, así como a un maletín y a la agenda personal de un representante de Dow Ibérica, obteniendo cuantas fotocopias desearon. Ante ello, los demandantes alegaron que la actuación del órgano Comunitario suponía una vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio. Es cierto que, como alegó la Comisión, no podía haber una violación de este derecho porque los demandantes consintieron la verificación sin manifestar la menor oposición. Pero también es verdad que en esta Sentencia, el Tribunal interpreta de manera muy restrictiva la inviolabilidad de domicilio, en cuanto que no reconoce expresamente este

En realidad, con estas críticas ocurre algo parecido a lo que sucedía con las que se formularon ante la primera jurisprudencia de dicho órgano. Más que poner en tela de juicio la jurisprudencia del Tribunal, debería prestarse atención a la situación de los derechos fundamentales en el ordenamiento Comunitario, porque es aquí donde radica la causa de la polémica.

B) *Algunas consecuencias de la ausencia de declaración:
la identificación entre derechos fundamentales y libertades
económicas; el uso de la proporcionalidad*

Antes que nada, conviene señalar que la ausencia de una declaración de derechos y la naturaleza de la propia Comunidad propician una cierta confusión entre lo que son las libertades económicas que reconocen los Tratados y los derechos fundamentales. Es cierto que las primeras están dotadas de supralegalidad, por lo que constituyen un límite para el legislador comunitario y para los Estados miembros. Pero este carácter, de naturaleza formal, no transforma automáticamente dichas facultades en derechos fundamentales. Desde antiguo, la doctrina exige también requisitos de orden material, ya que no basta con que estemos en presencia de meros derechos subjetivos. Más en concreto, es su conexión con la dignidad de la persona el criterio que sirve para identificar los derechos fundamentales y distinguirlos de otros tipos de derechos o principios también dotados de supremacía (81).

Nadie puede poner en duda que la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y bienes son elementos imprescindibles para la construcción del mercado único. Pero sólo se transforman en derechos fundamentales cuando su contenido coincide con los derechos fundamentales que garantizan el libre desarrollo de la personalidad. Algo similar sucede con la libertad de establecimiento o con la libre circulación de trabajadores, que sólo pueden considerarse ejercicio de un derecho fundamental si se conectan con la libertad de residencia y circulación reconocida a la persona.

Es cierto que muchos de los asuntos que llegan al Tribunal presentan supuestos de hecho complejos, que pueden subsumirse tanto en normas jurídicas que contienen una libertad comunitaria como en un derecho fundamental. Pero también es verdad

derecho a las personas jurídicas ni exige, para llevar a cabo los registros domiciliarios, el mandamiento judicial, garantías que sin embargo existen en muchos de los ordenamientos de los Estados miembros. Sobre la misma F. J. MATÍA PORTILLA: «Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio», *Revista General de Derecho*, núm. 573, 1992.

(81) Como afirma J. J. SOLOZÁBAL, «los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulneran la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Por eso su disfrute resulta imprescindible» («Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, enero-marzo 1991, pág. 88).

que, en otros casos, esta coincidencia no está tan clara. Más en concreto, hay supuestos en los que parece que está en juego sobre todo un problema de derechos fundamentales y, sin embargo, se decide en base a las libertades comunitarias (82).

Hay que reconocer que los derechos fundamentales son, como antes se señalaba, un límite al poder, por lo que se proyectan sobre cualquier tipo de materia, incluidas las económicas. La peculiaridad del Derecho comunitario estriba en la dificultad de aislar el plano de los derechos fundamentales de cuestiones que, aun siendo relevantes para la integración, tienen otra naturaleza. Ocurre, en definitiva, que en el ordenamiento Comunitario resulta mucho más complejo determinar el contenido de los derechos fundamentales, sencillamente porque muchos de ellos no están escritos.

La ausencia de una declaración en el ordenamiento Comunitario incide en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a través de otra vía. En efecto, fuerza al órgano jurisdiccional a utilizar, casi como único medio de argumentación en derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad.

Esta forma de operar sirve al Tribunal, desde los primeros asuntos que le fueron sometidos, para decidir acerca de la legitimidad de una medida restrictiva del derecho invocado. A estos efectos, el órgano jurisdiccional analiza, en primer lugar, si la finalidad perseguida por la limitación responde a objetivos de interés general de la Comunidad. Posteriormente, aprecia si existe un nexo de conexión entre el medio articulado y el fin que se pretende alcanzar (83). Por último, añade el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en virtud del cual se determina si la intervención ha resultado desmesurada en relación a los objetivos perseguidos por la misma cuando, sin embargo, pudiera haberse alcanzado con medios menos gravosos (84).

No es este el momento de llevar a cabo un análisis detenido del juicio de proporcionalidad. Baste con resaltar su frecuente utilización sólo entre los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros (85), sino además por las instancias supranacionales. De hecho, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades lo

(82) Este puede ser el caso de la S. Grogan (4 de octubre de 1991, asunto 159/90), en la que el TJCE decidió que «la interrupción médica del embarazo, practicada con arreglo a la normativa del Estado en que se realiza, es un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE».

(83) Literalmente, en la S. Hauer (cit.) señala que «Conviene, pues, examinar cuál es el objetivo perseguido por el reglamento impugnado y apreciar si existe una relación razonable entre las medidas previstas por el reglamento y el objetivo perseguido en este caso por la Comunidad». En un sentido muy parecido, por ejemplo, la S. Koster, de 17 de diciembre de 1970, asunto 25/70.

(84) Así, en la S. Wachauf (cit.) señala: «Los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal de Justicia no constituyen, sin embargo, prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, a condición de que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de dichos derechos».

(85) Acerca de la utilización del principio en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y sus precedentes en la Jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht, recientemente, M. MEDINA GUERREIRO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1966, págs. 120 y ss.

considera, también en asuntos relacionados con las libertades comunitarias, parte esencial del control jurisdiccional, por constituir un principio general del Derecho dotado del mismo rango que las disposiciones de los Tratados (86).

La extensión de este tipo de control no debe, sin embargo, inducir a soslayar algunos de los riesgos que comporta. Estos peligros son evidentes sobre todo cuando el principio de proporcionalidad no se refiere a los actos de aplicación del Derecho, sino a las normas mismas. En este sentido, se ha puesto de manifiesto la dificultad que supone trasladar un instrumento creado para y desde el Derecho Administrativo hacia el control sobre el legislador, porque su utilización estricta podría reducir de un modo apreciable la libertad de configuración política que define al poder legislativo (87). A estos efectos, se ha señalado que el análisis de la adecuación del medio al fin perseguido debe reservarse para casos de irracionalidad patente, porque la ineffectividad o inutilidad de las normas no es justiciable (88). Algo similar ocurre con el juicio de proporcionalidad «en sentido estricto», del que se ha afirmado que conduce a un «puro decisionismo», ya que la ponderación acerca del interés público y del interés privado es, sobre todo, una decisión de naturaleza política (89).

J. Jiménez Campo ha señalado que «juzgar la proporcionalidad de una medida, legal o no, es sólo, en síntesis, comparar, sopesar o ponderar “pérdidas” y “ganancias” que, en lo jurídico, no son racionalmente mensurables y que apenas dejan margen —esto es lo que importa— a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad. Por juiciosa que sea, la conclusión sobre la proporción o desproporción de la ley es sólo una opinión, sustraída, en cuanto tal, a cualquier réplica que no sea la opinión contraria» (90).

La observación que se acaba de recoger puede aplicarse también al Tribunal de Justicia de las Comunidades. Dicho órgano ha utilizado con frecuencia el principio de proporcionalidad no sólo para evaluar las limitaciones de los derechos fundamentales adoptadas por las instituciones comunitarias (91), sino también las impuestas por el legislador nacional. En vista de algunas de estas decisiones, cabe preguntarse si el criterio seguido por el Tribunal seguía unos parámetros jurídicos objetivos o se aproximaba al control de oportunidad (92).

(86) Sobre esta cuestión, G. XYNOPOULOS: *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, 1995, pág. 259. El mismo autor se ocupa de la frecuente utilización del principio por parte del TEDH (págs. 250 y ss.).

(87) M. MEDINA GUERRERO: ob. cit., pág. 137.

(88) J. JIMÉNEZ CAMPO: «Comentario del artículo 53 CE», en *Comentarios a la Constitución*, dir. O. ALZAGA, manuscrito mecanografiado del original en prensa, pág. 70.

(89) M. MEDINA GUERRERO: ob. cit., pág. 141.

(90) J. JIMÉNEZ CAMPO: ob. cit., pág. 72.

(91) Así, por ejemplo, en las SS. Koster y Hauer citadas.

(92) Un buen ejemplo de estos problemas es la argumentación que utiliza el TJCE en la S. ERT cit. El monopolio televisivo previsto en la Ley griega 1730/1987 incluía tanto el derecho de difundir emisiones propias y de retransmitir emisiones procedentes de otros Estados miembros. El objetivo de estas medidas era, según las autoridades nacionales, evitar las perturbaciones debidas al número de canales disponibles. El Tribunal, sin embargo, desestima esta justificación por no considerarla fundada en el artículo 56 del

Es evidente que un análisis detallado de estos aspectos escapa de las intenciones de estas páginas. Lo que ahora interesa resaltar es que el uso que ha hecho el Tribunal de Justicia de la proporcionalidad, a la hora de evaluar los límites de los derechos fundamentales, puede ser una consecuencia indirecta de la situación de dichas facultades en la Comunidad. Más en concreto, cabe mantener, al menos como hipótesis, que quizás haya sido la ausencia de un contenido declarado de esos derechos lo que ha impedido que el Tribunal acudiese a criterios más mensurables, forzándole a servirse de los aspectos más polémicos que integran el principio de proporcionalidad.

V. LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL CEDH EN EL PROYECTO DE TRATADO DE AMSTERDAM

Una vez descartada la posibilidad que la Comunidad elabore una propia declaración de derechos, la solución más factible a los problemas que se acaban de mencionar parecía consistir en que la Comunidad, en cuanto tal, ratificase el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta solución, apoyada por importantes sectores doctrinales (93), se ha barajado también en múltiples ocasiones por parte de los propios órganos comunitarios (94). Más adelante podremos analizar algunas de las ventajas e inconvenientes de dicha aproximación. Por ahora, conviene poner de manifiesto cómo la propia dinámica de los derechos fundamentales ha establecido zonas de contacto entre la Comunidad Europea y el TEDH que no estaban previstas en un principio. Así, en más de una

TCE, que admite limitaciones al derecho de establecimiento cuando estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. A estos efectos, el Tribunal se limita a señalar que el objetivo al que se destinaba la limitación «no podría, sin embargo, constituir una justificación de esta normativa, en el sentido del artículo 56 del Tratado, cuando la empresa de que se trata no utiliza más que un limitado número de los canales disponibles». La utilización de la proporcionalidad en la Sentencia Kalanke cit. es todavía más llamativa. En efecto, el Tribunal se limita a constatar que la Ley del Land de Bremen que prevía la medida de acción positiva en favor de la mujer «va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva». Recordemos únicamente que esta norma comunitaria (véase nota 77) permitía, sin embargo, adoptar medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de la mujer.

(93) Véase, a título de ejemplo de la abundante bibliografía existente sobre la cuestión, G. COHEN JONATHAN: «La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Communauté Européenne», *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, Bruselas, 1979, págs. 157 y ss.

(94) Aparece analizada detalladamente en el «Memorándum sobre la Adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», adoptado por la Comisión el 4 de abril de 1979. El mismo órgano vuelve sobre dicha idea en la «Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como a algunos de sus protocolos adicionales». El Parlamento Europeo, por su parte, se adhirió a esta solución en la Resolución de 18 de enero de 1994.

ocasión, quienes han resultado afectados por una actuación comunitaria han acudido en demanda de protección ante los órganos previstos en el Convenio.

En algunos casos se han recurrido actos de los propios órganos comunitarios, alegando que podían imputarse al conjunto de los Estados Miembros que, por haber ratificado el Convenio, están obligados por dicho texto (95). En otros supuestos, se han recurrido actos de ejecución de los Estados miembros (96). Sirva como ejemplo de estas interconexiones el asunto *Matthews*, declarado admisible el 15 de abril de 1996 por la Comisión de Derechos Humanos (97).

La recurrente, ciudadana británica nacida y residente en Gibraltar, solicitó su inscripción para participar, como votante, en las últimas elecciones al Parlamento Europeo. Los responsables del censo denegaron el ejercicio de este derecho alegando que, según el Anexo II que acompañaba el Acta de 1976 (98), el proceso electoral quedaba limitado al Reino Unido, por lo que resulta excluido Gibraltar, pese a que esta Colonia forma parte de la Comunidad Europea (99). Los recurrentes alegaron ante la Comisión, fundamentalmente, una violación del artículo 3 del protocolo núm. 1, que reconoce el derecho a unas elecciones libres, en conexión con el 14, donde se garantiza la igualdad. Frente a esta opinión, el Gobierno Británico negó la competencia de los órganos del Convenio para entrar en el asunto. Así, se argumen-

(95) En el asunto de la CFDT, dicha organización de trabajadores demandó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos a la Comunidad europea y a los Estados miembros, conjunta e individualmente considerados, con relación a una decisión del Consejo que le negaba el derecho a ser representados ante el Comité consultivo instituido por el Tratado de la CEEA. En aquella ocasión, la Comisión del Convenio (Decisión de 10 de julio de 1978) inadmitió el recurso, entre otros motivos, porque la Comunidad, en cuanto tal, no era parte del Convenio. Además, Francia no había todavía ratificado el recurso individual previsto en el artículo 25 del CEDH. El Memorándum de la Comisión de 1979 tiene ya en cuenta este problema y deja clara la posibilidad de que la Comisión Europea de Derechos Humanos pudiese cambiar su criterio. Esto es precisamente lo que ocurrió en la Decisión *Dufay V. Parlamento Europeo*, de 19 de enero de 1989, en la que, a pesar de inadmitir el recurso por no haber agotado la vía jurisdiccional interna, no excluyó la posibilidad de que un acto Comunitario pudiese ser susceptible de comprometer la responsabilidad de cada uno de los Estados miembros. Sobre esta decisión, R. ALONSO GARCÍA: *Derecho Comunitario*. Madrid, 1994, págs. 618 y 619.

(96) Sobre todo en relación con las elecciones al Parlamento europeo. Sobre esta cuestión, ALONSO GARCÍA: *ob. cit.*, pág. 622. Quizá el asunto más reciente de los que han llegado al TEDH sea el que ha dado lugar a la Sentencia *Cantoni*, de 15 de noviembre de 1996. El recurrente, condenado por los Tribunales franceses por vender productos para-farmacéuticos, había acudido ante los órganos del Convenio invocando una violación del artículo 7.1 del CEDH. Así alegaba que la ley que se le había aplicado, reproducción literal de una directiva comunitaria, resultaba excesivamente vaga, por lo que violaba el principio de legalidad penal. El TEDH desestima el recurso, pero afirma expresamente que el hecho de que la ley sea reproducción de una directiva no la sustrae de la subordinación al CEDH. Sobre la decisión, F. J. FONSECA MORILLO y F. J. MATÍA PORTILLA: *ob. cit.*, págs. 20-21.

(97) Asunto 24833/94, *D. Matthews contra el Reino Unido*. La información sobre el mismo aparece en *Human Rights Law Journal*, núms. 3-6, octubre 1996.

(98) Relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo.

(99) Tal y como dispone el artículo 227.4 del TCE.

taba que la exclusión de Gibraltar está contenida en una norma comunitaria y no de Derecho interno y que el Parlamento Europeo ni es ni un parlamento nacional ni constituye realmente un órgano legislativo. En sentido contrario, y por el momento, la Comisión ha juzgado que el caso suscita complejos asuntos de hecho y de derecho sometidos al Convenio, por lo que ha considerado necesario entrar en el fondo del asunto.

Como vemos, no cabe descartar la posibilidad de que, en algún momento, el TEDH condene a los Estados miembros por una violación de derechos humanos, sea cuando éstos actúen ejecutando normas comunitarias o porque se llegue a estimar que un acto de la Comunidad es un acto colectivo de los países que la componen.

Las razones apuntadas, tanto de orden teórico como práctico, crearon un clima de opinión favorable a la ratificación del Convenio por parte de la Comunidad. Una prueba del consenso que se había alcanzado acerca de esta solución fue la consulta planteada por el Consejo de las Comunidades al Tribunal de Justicia (100). En la misma se solicitaba que el órgano jurisdiccional dictaminase acerca de la compatibilidad de la adhesión con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Como es conocido, el Tribunal decidió que dicha incorporación entrañaría un cambio sustancial del régimen Comunitario de protección de los derechos humanos, porque ello 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» (101). El Tribunal no excluyó que esto pueda llevarse a cabo. Pero exigió que dicha modificación, a la que atribuyó «envergadura constitucional», se realizase mediante una modificación del Tratado de la Comunidad Europea.

El proceso de reforma que empezó con la Conferencia Intergubernamental de 1996 no se ha orientado, sin embargo, por esos derroteros. Es cierto que en la agenda de temas a tratar se encontraba, desde un principio, la necesidad de lograr una solución adecuada a las limitaciones que plantea el reconocimiento de los derechos fundamentales (102). También es verdad que, entre las posibles alternativas que se barajaron figuraba la propuesta, apoyada por varios Estados, de que la Comunidad se adhiriera al Convenio Europeo.

Sin embargo, el proceso de negociación del nuevo Tratado de Amsterdam ha supuesto la marginación de esta posibilidad.

El tratamiento que los derechos fundamentales ha recibido en el proyecto está marcado, sobre todo, por otras preocupaciones. En este sentido, han ejercido una indudable influencia factores de distinto signo, como son la futura incorporación a

(100) Solicitud de dictamen formulada en abril de 1994 con arreglo al apartado 6 del artículo 228 del TCE.

(101) Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996.

(102) Así, por ejemplo, en el «Dictamen del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1996, sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental» y en el «Dictamen de la Comisión de 28 de febrero de 1996»: «Reforzar la Unión Política y preparar la ampliación».

la Unión de nuevos miembros y la preocupación por los derechos de la tercera generación.

La corta experiencia democrática de algunos de los países del este de Europa ha provocado que se refuerce el compromiso de la Unión con los valores tradicionales del constitucionalismo occidental. Con esta finalidad se introducen, como principios generales en los que se basa dicha organización, la idea de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y Estado de Derecho, que son comunes a todos los Estados miembros (103). El ingreso y la permanencia en la Unión se condiciona a la observancia de cada uno de estos principios. Así, sólo podrán incorporarse aquellos países que garanticen su respeto (104), al tiempo que se establece un procedimiento sancionador para el supuesto de violación grave y constantes de tales principios por parte de alguno de los Estados miembros. En este supuesto, el Consejo podrá suspender determinados derechos que corresponden a dicho Estado (105), sin que, por contra, resulten alteradas sus obligaciones.

Otras modificaciones de importancia son las que afectan, de manera más directa, a los ciudadanos de la Unión. En este ámbito resalta la preocupación por garantizar, con mayor eficacia, el principio de igualdad. En páginas anteriores se ha podido examinar cómo, hasta el momento, el ordenamiento Comunitario tan sólo recogía la interdicción de determinadas discriminaciones (106). El proyecto de Tratado rompe con esta tendencia al enunciar, por primera vez, el principio de igualdad de sexos (107). Además, se amplía notablemente el ámbito de las discriminaciones prohibidas, al añadirse las que se fundamenten en motivos de origen racial o étnico, religión, creencias, minusvalía, edad o tendencias sexuales (108).

El proyecto de Tratado no se limita, sin embargo, a la igualdad de carácter formal. Para hacer que este principio adquiriera un carácter más real y sustantivo, se incorporan medidas relacionadas con la política social y de empleo, medio ambiente, protección de los consumidores y de la salud.

No es posible, en el contexto de estas páginas, entrar a analizar con detalle todas estas propuestas. Retomando el hilo de la argumentación, conviene señalar que,

(103) En la versión provisional del proyecto de Tratado de Amsterdam de 19 de junio de 1997 (Conf/4001/97), esta declaración se introduce como primer apartado del artículo F del TUE.

(104) Extremo que se pretende introducir como primera frase del artículo 0 del TUE.

(105) El procedimiento se introduce tanto en el TUE (nuevo art. *F.bis*) como en el TCE (nuevo art. 236), aunque se prevé también para los Tratados CECA y CEE.

(106) Véase nota 4.

(107) Así, se introduce, entre las misiones que se encomiendan a la Comunidad en el artículo 2 del TCE, promover la igualdad entre el hombre y la mujer. El mismo principio se incorpora en el artículo 3, proponiéndose como objetivo de la Comunidad «eliminar las desigualdades y promover la igualdad entre el hombre y la mujer».

(108) Para luchar contra estas discriminaciones se propone introducir un nuevo artículo 6.A) en el TCE, que habilita al Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, para adoptar las medidas que estime necesarias, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad.

quizá para muchos, el proyecto de Tratado puede haber supuesto una profunda desilusión porque se ha desaprovechado una ocasión histórica para lograr la definitiva incorporación de la Comunidad al Convenio. Pero a la hora de llevar a cabo una valoración acerca de la situación a la que se ha llegado, conviene tener presente diferentes factores que se han ido mencionando a lo largo de este trabajo.

Al inicio de estas páginas he tenido ocasión de subrayar el contraste que existe entre las disposiciones materiales del Convenio, que casi constituyen un Derecho constitucional común europeo, con las normas destinadas a garantizar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que dicho texto recoge. Vimos entonces las dificultades que supone, para cualquier ciudadano, poder acceder al TEDH y, en el mejor de los casos, conseguir la ejecución de la Sentencia en su ordenamiento interno.

A la hora de hablar de la incorporación de la Comunidad Europea al Convenio merece la pena ponderar todas estas dificultades. Pero también hay que tener presente otros problemas que han sido puestos de manifiesto continuamente no sólo por la doctrina (109), sino también por los propios órganos comunitarios (110). Así, para lograr la adhesión, sería preciso modificar el propio Convenio con el objetivo de dar cabida como Alta Parte Contratante a una organización que no es un Estado. Además, debería articularse de forma muy meditada la relación entre el TEDH y el TJCE, teniendo en cuenta la diferencia que existe no sólo en los procesos que se sustancian ante ellos, sino también la eficacia de sus decisiones.

Para algunos, la incorporación de la Comunidad al Convenio aseguraría una mejor protección de los derechos fundamentales, porque añadiría límites externos al control que el Tribunal de Justicia ejerce sobre los órganos de la Comunidad. Pero hay que tener presente que esta restricción podría suponer algunos inconvenientes y no demasiadas ventajas. En efecto, desde un punto de vista político, es difícil que los países que forman parte de la Comunidad acepten ser escrutados por órganos en los que toman asiento representantes de terceros Estados. Además, la historia de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea pone de manifiesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha estado sometida y sigue sometida a un control externo que, aunque no esté previsto en el ordenamiento Comunitario, ha resultado extremadamente eficaz. Me refiero al que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros. Aunque dichos órganos reconocen el principio de primacía tal y como ha sido enunciado por el TJCE, dichos Tribunales continúan reservándose la competencia para controlar que los actos y las normas comunitarias respeten los derechos y principios que reconocen sus textos constitucionales (111).

(109) En España, por ejemplo, A. CARRILLO SALCEDO: «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas, en *Tratado de Derecho Comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, vol. II, Madrid, 1986, págs. 17 y ss.

(110) Expuestos, por ejemplo, en el *Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, adoptado por la Comisión el 4 de abril de 1979.

(111) En este sentido conviene recordar que el artículo 23 de la Constitución de la República Federal

Suele haber un cierto acuerdo al afirmar que, en realidad, la mejor aportación que el Convenio realizaría en favor de la Comunidad sería más de índole sustantiva que procedimental. Según esta opinión, la ratificación dotaría a la Unión Europea de la declaración de derechos de la que todavía carece. Se es consciente de que el Convenio recoge sobre todo derechos civiles y políticos, por lo que presenta importantes lagunas en relación con los derechos sociales y económicos, que son los que tienen mayor repercusión en el ámbito Comunitario. También se reconoce que muchos Estados han planteado reservas a algunos de los derechos garantizados en el Convenio. A pesar de ello, se subraya que, mediante dicha ratificación, la Comunidad europea lograría una mayor legitimidad democrática, derivada de la equiparación en la situación jurídica de los ciudadanos de los Estados miembros y del establecimiento de límites, más claros y permanentes, a sus propios órganos de poder.

En definitiva, lo que interesaría en estos momentos a la Comunidad no sería, en realidad, la integración en un sistema de protección internacional cuyos mecanismos de garantía de los derechos fundamentales tienen una eficacia limitada. Resultaría, sin embargo, conveniente que la declaración de derechos contenida en el Convenio, a pesar de sus limitaciones, se integrase plenamente en el ordenamiento Comunitario, supliendo así las lagunas que presenta este último sistema jurídico.

Pero, si se analiza con algo más de detalle el problema, puede concluirse que sería posible alcanzar dicho objetivo sin que fuese precisa la adhesión.

Ya en 1992, cuando acababa de firmarse el Tratado de Maastricht, autorizados sectores doctrinales de nuestro país mantuvieron que el artículo F.2 del Tratado de la Unión incorporaba la declaración de derechos del CEDH al ordenamiento Comunitario mediante la técnica del reenvío, porque obligaba a la Unión a respetar los derechos fundamentales tal y como aparecen recogidos en el Convenio (112). Según esta opinión, dicho precepto modificaba la eficacia jurídica del Convenio en el ordenamiento Comunitario. En su virtud, lo que, hasta la aprobación del Tratado, el Tribunal de Justicia había considerado un elemento de interpretación o una mera

Alemana condiciona la transferencia de derechos de soberanía a que la Comunidad garantice un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente al que existe en el Derecho interno. Quizás esta exigencia haya provocado que el Tribunal Constitucional Federal reivindique, en la S. de 12 de octubre de 1993, su capacidad para revisar la adecuación del Derecho Comunitario derivado a los derechos fundamentales reconocidos en la Norma fundamental. De otra parte, el Tribunal Constitucional italiano mantuvo una posición muy semejante en 1989 en la S. núm. 232, de 21 de abril. Entonces reiteró que, en el supuesto improbable, pero no imposible, de que una norma comunitaria vulnerase los derechos inalienables de la persona, se reservaba entrar a valorar la constitucionalidad de la Ley de ejecución del Tratado de Roma. Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha reivindicado su competencia para conocer en amparo de los actos dictados por las autoridades nacionales en ejecución de una norma comunitaria (STC 64/1991, de 22 de marzo). Además, en la Declaración de 1 de julio de 1992, dicho órgano ha afirmado expresamente que el artículo 93 de la Constitución no puede ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, ya que tal precepto no es un vehículo para la reforma tácita de la Constitución.

(112) Véase nota 7.

fuente de inspiración, se transformaba en una norma prescriptiva que vinculaba a los órganos de la Comunidad y a los Estados miembros (113). El legislador Comunitario habría seguido, en definitiva, la forma en que la Constitución Francesa de 1958 trata los derechos fundamentales (114) cuando se remite en su Preámbulo a las Declaraciones contenidas en textos históricos (115).

Sin embargo, el propio Tratado de la Unión contenía datos que dificultaban esta interpretación. El artículo F.2 del Tratado de la Unión no formaba parte, en sí mismo, del ordenamiento Comunitario. Por ello era discutible que pudiese ser utilizado por el Tribunal de Justicia como canon de control para medir la validez de los actos comunitarios (116).

Para hacer frente a este problema era posible argumentar que el precepto citado introducía el respeto de los derechos fundamentales en el ordenamiento Comunitario al definirlo como un principio general de dicho sistema jurídico (117). Pero esta hipótesis también planteaba dificultades. En primer lugar porque, de ser así, el artículo F.2 incorporaría al ordenamiento Comunitario sólo el principio de respeto a los derechos fundamentales, y no el texto del Convenio como auténtica regla de Derecho. En segundo lugar porque el artículo M. del Tratado de la Unión excluía que sus propios preceptos pudiesen derogar de manera implícita los Tratados Constitutivos (118).

La manifestación más clara de que el artículo F. 2 del Tratado de la Unión no había modificado sustancialmente el ordenamiento Comunitario ha sido la propia

(113) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*, Università degli Studi de Bologna, 1992, pág. 14.

(114) Acerca de este paralelismo, E. PÉREZ VERA: «El tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2, 1993.

(115) Más en concreto, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946. Aunque en Francia, en un principio, se negó la normatividad de dicha remisión, precisamente por estar incluida en un Preámbulo, el Consejo Constitucional empezó a utilizar, a partir de los años setenta, los textos mencionados como parámetro para el control de constitucionalidad a partir de los años setenta. Sobre el tema, J. PARDO FALCÓN: *El Consejo Constitucional Francés. La Jurisdicción Constitucional en la Quinta República*, Madrid, 1990, págs. 120 y ss.

(116) La doctrina suele argumentar, en este sentido, que el artículo L del TUE excluye al artículo F.2 del control jurisdiccional.

(117) En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit., pág. 19, que habla de un doble reenvío: el artículo L se remite al artículo F para determinar la exclusión, pero a su vez el mismo artículo F se remite a todo el Derecho comunitario, que está sometido al control jurisdiccional (ob. cit., pág. 19). En sentido similar, E. PÉREZ VERA: ob. cit., pág. 478.

(118) Sobre este tema, E. ALONSO GARCÍA: ob. cit., pág. 616. Recordemos que el artículo M señala que «Sin perjuicio de las disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de las presentes disposiciones finales, 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».

jurisprudencia del Tribunal. Dicho órgano continuó utilizando el Convenio como instrumento de interpretación y no como una regla de Derecho. Además, en el Dictamen 2/94, el órgano jurisdiccional concluyó que la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico Comunitario no podía verificarse sin una modificación del Tratado, extremo que ya se analizó en su momento.

Es posible, sin embargo, que el Tratado de Amsterdam lleve a cabo la incorporación que no se realizó en 1992. A primera vista puede parecer que el Proyecto no introduce grandes innovaciones, porque el artículo F.2 del TUE continúa teniendo la misma redacción. En realidad, las modificaciones se insertan en los preceptos que tratan del Tribunal de Justicia, cuyas competencias se incrementan. No sólo adquieren nuevas atribuciones en relación con la cooperación policial y judicial en materia penal (119), sino que, sobre todo, se amplía su ámbito de actuación en materia de derechos fundamentales. Así, el Tribunal podrá ejercer sus competencias sobre lo previsto en el «apartado 2 del artículo F con respecto a la actuación de las instituciones, y en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado» (120).

De prosperar dicha reforma, y según lo establecido en este precepto, el Tribunal podría utilizar el Convenio Europeo como otra norma más del sistema Comunitario. Cabe así interpretar que, aunque de manera indirecta, dicho texto se integraría dentro de las normas de la Unión dotadas de la máxima jerarquía.

La incorporación de las disposiciones materiales contenidas en el Convenio Europeo al ordenamiento comunitario puede producir consecuencias de muy distinta índole. En primer lugar, no cabe soslayar que quizás incremente el control que el Tribunal ejerce sobre la actuación de los Estados miembros. Aunque la reforma que se acaba de citar aparezca redactada con suma precaución, puede potenciar los supuestos en que los propios Tribunales internos planteen dudas acerca de la compatibilidad entre las normas o actos de las autoridades nacionales y lo previsto en el ordenamiento comunitario a la luz del CEDH.

Puede señalarse, en segundo lugar, que la solución prevista en el proyecto de Tratado no sólo no resuelve, sino que, en cierta medida, complica las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así continuará subsistiendo la dualidad de jurisdicciones que se mencionaba al principio de estas páginas. Además, el hecho de que ambos Tribunales utilicen el mismo Texto para resolver los asuntos que se les sometan puede producir divergencias sobre la interpretación del Convenio y dudas, entre los órdenes jurisdiccionales internos, acerca de cuál de dichas visiones establece mayor grado de vinculación. Es cierto que, con

(119) Esta es la denominación que se propone para el Título VI del TUE. Pero la competencia del Tribunal se condiciona a lo previsto en los nuevos artículos K.7 y K.12. [Ap. d)] del nuevo artículo L del TUE).

(120) Ap. c) del nuevo artículo L del TUE.

la reforma, el TJCE no se transforma en un tribunal de derechos humanos, sino que su misión sigue siendo garantizar el respeto del Derecho comunitario. También es verdad que, en un principio, el Tribunal de Justicia sólo puede actuar en materias que correspondan a la Unión o a las Comunidades. Aun así, conviene recordar que dichas competencias tienden a experimentar un continuo incremento y que a veces resulta complejo deslindarlas de aquellas que continúan siendo atribución de los Estados miembros.

De otro lado, a favor de la aproximación entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea existen también argumentos de peso. Algunos de ellos se han mencionado ya a lo largo de este trabajo. Para finalizar, conviene solamente señalar que la incorporación del CEDH, al colmar una importante laguna del ordenamiento Comunitario, reforzaría el nivel de protección de las personas en un ámbito supranacional, donde es posible tomar decisiones más asépticas sobre individuos y casos que resultan extremadamente impopulares a las opiniones públicas nacionales (121). Pero además, y desde la perspectiva que se ha querido utilizar en este análisis, dicha solución, de prosperar, facilitaría utilizar un lenguaje común en Europa a la hora de hablar de derechos fundamentales.

(121) El argumento es de J. H. H. WEILER y J. S. LOCKHART: ob. cit., pág. 625.