

EL NUEVO HORIZONTE CONSTITUCIONAL PARA LA UNIÓN EUROPEA: A PROPÓSITO DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

*Personal Investigador en Formación,
UNED*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Extracto:

CON la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales adquiere eficacia jurídica, y se prevé la posibilidad de que la Unión Europea se adhiera al Convenio de Roma. En este trabajo pretendemos acercarnos a los antecedentes que han justificado una huida de la tutela de los derechos fundamentales de base jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Justicia hacia una formalización de la misma, a través de dos caminos: la formalización a través de una declaración de derechos que se ha concretado en la Carta de Derechos Fundamentales, y la adhesión al Convenio de Roma.

Finalmente trataremos de esbozar las perspectivas que se abren en el horizonte constitucional de la Unión Europea, donde gozamos ya de un Tribunal de Justicia que ejercerá una función tan constitucional como la tutela de los derechos fundamentales, contenidos ya en una declaración con fuerza jurídica, cuya interpretación se vincula al Convenio de Roma.

Palabras clave: derechos fundamentales, Unión Europea, Convenio de Roma, Tratado de Lisboa.

NEW EUROPEAN UNION'S CONSTITUTIONAL HORIZON: CONCERNING THE ENTRY INTO FORCE OF LISBON TREATY AND FUNDAMENTAL RIGHTS CHARTER

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

*Personal Investigador en Formación,
UNED*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Abstract:

WITH the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Charter of Fundamental Rights of the European Union becomes binding, and provides the possibility that European Union accedes to the Rome Convention. In this research we try to approach the origin of the escape from the judicial protection of fundamental rights by the European Union Court, towards a formalization of it, through two ways: the formalization of a Fundamental Rights Charter, and the accession to the Rome Convention.

Finally, we will revise the opportunities in the constitutional horizon in European Union, with a Court of Justice that must enjoy a constitutional function such as the protection of fundamental rights, now with the Charter, which interpretation is linked to the Convention of Rome.

Keywords: fundamental rights, European Union, Rome Convention, Lisbon Treaty.

Sumario

1. Introducción.
2. Del silencio de los Tratados constitutivos al compromiso con los derechos fundamentales.
3. La formalización de la protección de los derechos fundamentales a través de dos caminos: la Carta de Derechos Fundamentales y el Convenio de Roma.
 - 3.1. Antecedentes.
 - 3.2. El Convenio de Roma.
 - 3.2.1. La propuesta de adhesión al Convenio de Derechos Humanos y el Dictamen 2/94 del Tribunal.
 - 3.2.2. Tras el dictamen del Tribunal de Justicia.
 - 3.2.3. Del Tratado de Ámsterdam al Tratado de Lisboa.
 - 3.3. La Carta de Derechos Fundamentales.
 - 3.3.1. La necesidad de una declaración de derechos fundamentales.
 - 3.3.2. La elaboración de la Carta y su valor político.
 - 3.3.3. Estructura de la Carta.
 - 3.3.4. El discutido valor jurídico de la Carta.
4. Perspectivas de futuro tras el Tratado de Lisboa.
 - 4.1. Posiciones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.
 - 4.1.1. El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.
 - 4.1.2. El Tribunal de Justicia.
 - 4.2. Sobre la prevalencia e interrelación de los textos.
 - 4.2.1. La adhesión al Convenio de Roma.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro continente, Europa, se ha asumido la importancia de establecer un sistema eficaz de protección de los derechos humanos. En este marco, el Consejo de Europa ha supuesto un logro espectacular. De hecho, se puede afirmar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ¹, y la Jurisprudencia derivada del Tribunal de Estrasburgo son un referente para las cartas magnas y los tribunales constitucionales de los países europeos.

Pero parece también importante hacer un pequeño estudio sobre la tutela de los derechos humanos ² dispensada en otro ámbito de Europa, más en concreto en la antaño llamada Comunidad Europea, hoy Unión Europea. Aquí es donde el Tribunal de Justicia (en adelante TJ), también llamado Tribunal de Luxemburgo, comenzó en los primeros años por no dar relevancia a los derechos fundamentales y acabó considerando su tutela como una función propia de su competencia ³.

¹ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950. Luego se ha complementado por medio de diversos protocolos adicionales. Nos referimos al mismo de forma indistinta como Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio de Roma. Sobre el mismo, *vid.* GARCÍA JIMÉNEZ, M. E.: *El convenio europeo de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

² No queremos entrar en exceso en las disquisiciones doctrinales sobre el concepto de «derechos fundamentales» y sus concepciones, así como de la distinción con el concepto de «derechos humanos». Pero es obligado delimitar el sentido que le damos a estos términos en estas líneas. Baste decir que damos por buena la distinción que hace Díez PICAZO para su uso, en el sentido de que la diferencia se basaría «en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos» (*vid.* Díez PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, pág. 38). El Derecho comunitario, en principio, se incardina en el Derecho internacional; sin embargo, dadas las peculiaridades de la Unión Europea, y su proceso de «constitucionalización», se suele usar la expresión «derechos fundamentales», por lo que en este trabajo usaremos uno u otro concepto en sentido equivalente.

Para el que tenga interés en introducirse en estas disquisiciones conceptuales, *vid.* ALONSO DE ANTONIO, A.L.: «Aproximación al marco constitucional de los derechos fundamentales», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 2001; BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991; Díez PICAZO, L.M. *cit., supra*, págs. 31-47. Para un estudio de las garantías de los derechos fundamentales y la restricción de los mismos, se puede acudir al trabajo de CABEZUDO BAJO (CABEZUDO BAJO, M.J.: «La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional», *Revista de derecho político*, 2010, núm. 77, págs. 141-182).

³ Vamos a optar por la abreviación TJ en la mayoría de los casos, aunque también nos referiremos a dicha institución con la denominación de Tribunal de Justicia o Tribunal de Luxemburgo. Prescindimos de la denominación de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dado que una vez entre en vigor el Tratado de Lisboa, el artículo 221 Tratado de la Comunidad Europea (TCE), párrafo primero, queda derogado, y sustituido en sustancia por el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE), cuyo párrafo primero fija como nueva denominación para el Tribunal de Justicia, el de Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, el TJ fue construyendo casuísticamente un sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea al considerar que estos derechos constituían principios del ordenamiento comunitario, lo que se ha venido a tildar de tutela pretoriana de los derechos fundamentales⁴. Por eso surgieron voces que reclamaban una mayor seguridad y una tutela formalizada de los derechos fundamentales, bien mediante el anclaje vía Convenio de Roma, bien mediante la elaboración y aprobación de una Carta.

En el estadio actual del proceso de integración europea, y con la entrada en vigor el Tratado de Lisboa⁵, tenemos ya elaborada una Carta de Derechos Fundamentales que ha adquirido eficacia jurídica, y la posibilidad de adhesión al Convenio de Roma gracias a una previsión del propio Tratado de Lisboa. Pretendemos realizar un análisis de este proceso hasta la consecución de una Carta de Derechos, algunos problemas jurídicos que plantea, y las perspectivas constitucionales que se abren en el horizonte europeo gracias a la misma con la mirada puesta en la posible futura adhesión al Convenio de Roma⁶.

2. DEL SILENCIO DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS AL COMPROMISO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este apartado trataremos de estudiar las modificaciones de los Tratados constitutivos desde los primeros momentos, cuando predominaba el silencio sobre los derechos fundamentales, hasta la adquisición de un auténtico compromiso con los mismos.

Teniendo en cuenta que los Tratados constitutivos guardaban silencio acerca de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, fue el TJ quien tomó el protagonismo en la construcción de un sistema de protección de derechos fundamentales, fuera del sistema del Consejo de Europa, para velar por estos derechos en el seno de la Comunidad Europea. Como hemos comentado con antelación, este protagonismo judicial no era nuevo, puesto que desde el principio el Tribunal de Justicia mostró una predisposición por la reafirmación del ordenamiento comunitario a través de la proclamación de los principios de eficacia directa y primacía; si bien se había mostrado más dudoso respecto a la tutela de los derechos fundamentales en esos primeros momentos.

⁴ Ciertamente, sería discutible la utilización del término de «sistema» en sentido estricto, puesto que la Unión Europea carecería en dicho sentido de un sistema de protección de los derechos fundamentales comparable a un sistema como el del Consejo de Europa. Al respecto se pronuncia muy razonadamente CASTILLO DAUDÍ (BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2.ª edición, 2010, págs. 195 y ss.).

⁵ El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 conforme a lo previsto en su artículo 6.

⁶ Al hacer referencia al horizonte constitucional de la Unión Europea nos referimos en concreto a la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, y los problemas derivados de la misma. Ciertamente, sería conveniente para tener una visión completa de este horizonte constitucional un estudio no solo de las perspectivas que se abren con la previsión de la adhesión al Convenio de Roma, sino también en las relaciones con las Constituciones de los Estados miembros, y la tutela de los derechos fundamentales a nivel nacional. Sin embargo, este trabajo, por motivos de espacio y concreción, se refiere a la perspectiva abierta en relación con el Convenio de Roma.

El 5 de abril de 1977 se aprobaba una *Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales*, en la que se afirmaba la voluntad de las instituciones europeas de respetar en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de los objetivos de las Comunidades, los derechos fundamentales que resultan de las Constituciones de los Estados miembros, y del Convenio de Roma.

Pero, ¿por qué había que formalizar la protección de los derechos fundamentales? Parece ser que las instituciones comunitarias advirtieron pronto los inconvenientes del modelo jurisprudencial, algunos de los cuales habían sido puestos también de manifiesto por la doctrina, como hemos comentado en el apartado anterior.

En cuanto a las instituciones comunitarias, la Comisión subrayaba las insuficiencias del modelo en su Memorándum de 4 de abril de 1979, e insistía en la necesidad de una regulación escrita de las mismas ⁷.

Sería con la adopción del Acta Única Europea, el 27 de enero de 1986, cuando se formalizaron «las peticiones de inclusión en los Tratados constitutivos de disposiciones convencionales relativas a los derechos humanos» ⁸.

En el Tratado de Maastricht de 1992, el preámbulo proclamaba la adhesión de los Estados miembros al principio de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; el compromiso de la Unión Europea de respetar los derechos fundamentales «tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales» ⁹.

Conforme al Título V del Tratado, los objetivos de la política exterior y de seguridad común serían el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales ¹⁰.

El Título VI disponía, a su vez, que las políticas relativas a la cooperación, justicia e interior se harían con respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales del Convenio de Roma de 1950 ¹¹.

El Tratado de Ámsterdam de 1997 introdujo algunas novedades al reformar el Tratado de la Unión Europea y el TCE, y en concreto la introducción de una norma que por primera vez vincula la Unión Europea a los Derechos Humanos.

⁷ SALINAS ALCEGA, S.: «Desarrollos recientes en la protección de los derechos humanos en Europa. Nuevos elementos en una vieja controversia: la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 199-200, 2001, pág. 12.

⁸ CASTILLO DAUDÍ, M.: «Los derechos humanos en la Unión Europea», *Cuadernos de Integración Europea*, Marzo 2006, pág. 21.

⁹ Tratado de la Unión Europea, BOE de 13 de enero de 1994; corrección de errores, BOE de 14 de enero de 1994; F.2.

¹⁰ Ídem, artículo J.1.1 y 2.

¹¹ Íbidem, artículo K.2.

Así, la Unión se basaría en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y mantenía su compromiso con el respeto de los derechos consagrados por el Convenio de Roma de 1950¹².

Ese respeto a los derechos humanos se convierte no solo en uno de los principios de la Unión, sino que también será una condición inexcusable para ingresar en la misma Unión, y uno de los objetivos de la política exterior y de seguridad.

Debemos destacar también la inclusión de un sistema de sanciones para el caso de que un Estado miembro vulnerara los derechos humanos¹³; y la exigencia del respeto de los derechos humanos como requisito indispensable para solicitar el ingreso en la Unión¹⁴.

Es quizá interesante tener en cuenta que el Tratado de Ámsterdam hace una alusión tanto a los derechos humanos como a los derechos fundamentales, pero distinguiéndolos. Si bien no define conceptualmente estas categorías, lo cierto es que la diferenciación tiene su importancia, puesto que el respeto a los derechos humanos constituye la base de la Unión y, por otro lado, la Unión respeta los derechos fundamentales: unos son base, otros son límite¹⁵.

Por su parte, el Tratado de la Comunidad Europea dispondría que la política comunitaria en el ámbito de la cooperación al desarrollo contribuiría al objetivo de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales¹⁶.

El Tratado de Niza de 2001 introdujo pequeñas modificaciones en esta materia en el TUE, y en el caso del TCE se limita a incluir afirmaciones reiteradas respecto de los derechos humanos¹⁷.

Con motivo del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 se incluyó en las conclusiones de la Presidencia un Mandato a la Conferencia Intergubernamental para que elaborara un Tratado de reforma. Finalmente el texto que se adoptó bajo una especie de tratado constitucional, y con el nom-

¹² Artículo 6.1 y 2 del TUE.

¹³ Artículo 7. TUE, tras la reforma de Ámsterdam.

¹⁴ Artículo 49. TUE, con la reforma de Ámsterdam. Sobre esta cláusula *vid.* CORTÉS HERRERA, V.R.: «El juego de la cláusula democrática en relación con la condición de miembro de la Unión Europea: ¿Verdadero compromiso o exigencia de lo políticamente correcto?» en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, BOE, Madrid, 2003, págs. 107-114.

¹⁵ RUBIO LLORENTE, F.: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E (dir.), y ALONSO GARCÍA, R (subdir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 120.

Este autor realiza una diferenciación interesante entre ambos conceptos desde el origen del constitucionalismo hasta nuestros días.

¹⁶ Artículo 177. 2 del TCE. Debemos destacar que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre esto en el asunto *República Portuguesa vs Consejo* (1996), reconociendo que la política de cooperación al desarrollo debe adaptarse al respeto de los derechos humanos.

¹⁷ *Vid.* CASTILLO DAUDÍ, M.: «Los derechos humanos en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 26.

bre de *Tratado por el que se establece una constitución para Europa*, fue firmado por los Estados miembros.

La relevancia del texto era singular, puesto que parecía gozar de una doble naturaleza de tratado y constitución, al ser formalmente un tratado pero gozar de contenidos claramente constitucionales. De hecho, superaba el sistema basado en Tratados constitutivos o fundacionales de las Comunidades, que quedaban sustituidos por el mismo. Además, incluía la Carta de Derechos Fundamentales incorporada y, por tanto, lo dotaba de una fuerza jurídica innegable. También se incluía en el artículo I-9.2 una previsión de adhesión al Convenio de Roma.

Sin embargo, como es de sobra conocido, el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* sufrió un mal parto durante el proceso de ratificación, debido a las negativas en los referendos francés y holandés, acabando en aborto.

DÍEZ PICAZO habla de «fallido intento de constitucionalización formal» para hacer referencia a este fracaso, puesto que entiende que «ha sido un intento de formalizar el mencionado proceso de constitucionalización, pasando de interpretar y aplicar los Tratados constitutivos como si fuesen una constitución a convertirlos formalmente en una constitución»¹⁸.

En otras palabras, estaríamos ante la asunción en los textos constitutivos de la Jurisprudencia del TJ.

Finalmente, y para tratar de solventar la situación, se aprobó el Tratado de Lisboa, que recientemente ha entrado en vigor. Conforme a este Tratado, los Tratados constitutivos son reformados. Debido a su complejidad, el Tratado de Lisboa ha sido calificado como «un texto complejo y difícilmente legible», u «opaco bosque normativo»¹⁹.

En el Tratado de Lisboa se mantiene la previsión de adhesión al Convenio de Roma, pero ya no se incorpora el texto de la Carta de Derechos Fundamentales, sino que sencillamente se incluye un artículo en el que se le dota de fuerza jurídica²⁰.

ROSSI ha resaltado, además, junto con la previsión de la adhesión al Convenio de Roma, y la atribución del valor jurídico a la Carta, que el Tratado de Lisboa supone una ampliación de los casos en los que los individuos pueden impugnar un acto de las instituciones²¹.

¹⁸ DÍEZ PICAZO, L.M.: *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas, 2009, pág. 31. *Vid.* también en este sentido a MANGAS MARTÍN, A.: *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.

¹⁹ SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A.: «El Tratado de Lisboa: comienza una nueva etapa para Europa», *Diario La Ley*, núm. 6851, Sección Doctrina, 31 dic. 2007, año XXVIII, ref. D-282, Editorial La Ley.

²⁰ Se puede considerar que se ha optado finalmente por seguir los dos caminos de formalización de la tutela: la Carta y el Convenio de Roma, si bien mientras que en el caso de la primera estaríamos en el final del camino, en el otro estaríamos al principio del mismo con la previsión de adhesión al Convenio.

²¹ ROSSI, L.S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», pág. 1, en <http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/Rossi.doc>

3. LA FORMALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE DOS CAMINOS: LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONVENIO DE ROMA

3.1. Antecedentes

Partiendo del silencio de los Tratados constitutivos que hemos comentado, la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo fue vacilante en un comienzo, hasta que finalmente optó por asumir la tutela de los derechos fundamentales, una tutela casuística y de base jurisprudencial muy pronto contestada por algunos tribunales constitucionales de los Estados miembros²², y criticada en el seno de la doctrina europea.

En el ámbito institucional comunitario encontramos el *Informe de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales en la creación y aplicación del Derecho comunitario*, que fue elaborado a raíz de la decisión *Solange I*, donde parece que la Comisión se inclinaba más por el mantenimiento del sistema de protección jurisprudencial de los derechos fundamentales, puesto que tras una evaluación de las dificultades para una elaboración y aprobación de una carta de derechos, sostenía que mientras las competencias de la Comunidad no se extendiesen a materias de carácter más político, en las que la acción comunitaria tenga una mayor incidencia en la vida de los ciudadanos, la Carta era prescindible²³.

La Comisión planteó ya en su Memorandum de 4 de abril de 1979 los problemas derivados de la falta de seguridad jurídica de la protección casuística del Tribunal.

Las dos soluciones que planteó fueron la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos, o la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales. Finalmente se trató de seguir ambas vías.

²² No nos vamos a ocupar de la evolución de esta jurisprudencia por ser conocida, y porque superaría los márgenes de extensión de este trabajo. No obstante, dejamos apuntadas unas referencias para el interesado en profundizar: SCHILLING, T., WEILER, J.H.H. y HALTERN, U.R.: «Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences?», *Jean Monnet Paper*, 1996, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9610.html>; KUMM, M.: «Who is the final arbiter of Constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», en *Common Market Law Review*, 36, 1999; RUIZ-JARABAO Y COLOMER, D., ALONSO GARCÍA, R., y BORRAJO INIESTA, I.: «Los Tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2006, págs. 185-202; SARRIÓN ESTEVE, J.: «La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes», *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2007, págs. 631-646.

Sobre el llamado diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales, *vid.* STONE SWEET, A.: «Constitutional Dialogues in the European Community», en SLAUGHTER, A.M., STONE SWEET, A., y WEILER, J.H.H.: *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, págs. 305-330; SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 175-210; VIDAL PRADO, C.: *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid, 2004; SARRIÓN ESTEVE, J.: «La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo», *Criterio Jurídico*, v. 9, núm. 1, 2009, págs. 39-53; SARRIÓN ESTEVE, J.: «El Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *CefLegal Revista Práctica de Derecho*, Marzo 2010, [<http://www.cefllegal.com/revista-cefllegal/el-derecho-de-la-union-europea-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-RCL001592.htm>].

²³ *Informe sobre los Derechos Fundamentales en la creación y aplicación del Derecho comunitario*, 4 de febrero de 1976, BOCE, Supl. 2/79.

3.2. El Convenio de Roma

No se nos puede escapar que la importancia que el Consejo de Europa tiene en materia de derechos humanos es indescriptible hoy en día. La finalidad del Consejo de Europa consiste «en realizar una unión más estrecha entre sus miembros, para salvaguardar y promover los ideales y principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social»²⁴.

Y todos los Estados miembros del mismo están obligados a reconocer «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»²⁵.

Estamos pues ante un sistema, el Consejo de Europa, donde los derechos fundamentales son parte del pilar fundamental sobre el que se asienta, y que convive con otro sistema derivado de los Tratados constitutivos, coincidiendo en muchos Estados miembros.

La protección de los derechos fundamentales no es solo uno de sus fines, sino que precisamente en su cumplimiento es donde «el Consejo de Europa, a través de la Convención Europea de Derechos Humanos y de los mecanismos de garantía, han llegado a una mayor perfección»²⁶.

Y de ahí el Convenio de Roma, es decir, la *Convención Europea de Derechos Humanos* que se firma el 4 de noviembre de 1950 en Roma, que luego se complementará por medio de once protocolos adicionales.

3.2.1. La propuesta de adhesión al Convenio de Derechos Humanos y el Dictamen 2/94 del Tribunal²⁷

Antes de la propuesta de adhesión, el Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de proteger su posición respecto al Derecho comunitario cuando se elaboró un Proyecto de Acuerdo entre la Comu-

²⁴ Artículo 1 a) del Estatuto del Consejo de Europa.

²⁵ Artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa.

²⁶ DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, Tomo II. Organizaciones, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 279.

²⁷ Sobre este Dictamen han corrido muchos ríos de tinta: *vid.* WACHSMANN, P.: «L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 1996, págs. 467-491; DE SCHUTTER, O., y LEJEUNE, Y.: «L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 32/5-6, 1996, págs. 555-606; GAJA, G.: «Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, v. 33, núm. 5, 1996, págs. 973-989; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, núm. 3, 1996, págs. 817-838; ZANGUÌ, C.: «Un "altra critica al parere 2/94 della Corte sull" adesione della Comunità Europea alla CEDU», en *Scritti in onore di G. F. MANCINI, Diritto dell' Unione Europea*, V.II, 1998, Milán, págs. 1.001 y ss. También en <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>; FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 144, 1997, págs. 41-55.

nidad Europea y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo. Este Proyecto preveía un Tribunal competente para interpretarlo, cuyas resoluciones vinculaban al Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia se opuso a este proyecto considerando que se trataba de una situación de dependencia jerárquica que alertaba el monopolio en la interrelación del ordenamiento comunitario del artículo 219 del Tratado, y que suponía un riesgo grave de desnaturalización del ordenamiento comunitario²⁸.

Posteriormente, la Comisión elaboró una Propuesta de adhesión al Convenio de Derechos Humanos, que fue la primera vía por la que se trató de consagrar un texto de derechos fundamentales vinculante. Esta propuesta también topó con el Dictamen vinculante del Tribunal de Luxemburgo, en el que se afirmaba que:

«la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos en la medida que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario.»

Es más, se añadía a continuación que:

«Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas disposiciones internacionales serían fundamentales para la comunidad y los Estados miembros, tendría envergadura constitucional, y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del tratado.»

O lo que es lo mismo:

«En el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio (...)»²⁹.

En efecto, el Tribunal de Justicia consideró que los Tratados constitutivos no dotaban a la Comunidad Europea de competencia en materia de derechos humanos, y que la posibilidad de recurrir a la cláusula de cierre del artículo 308 del TCE no sería admisible por las enormes dimensiones de la medida, y así reflexionaba que una modificación de estas características del régimen de protección de los derechos humanos tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235, haciéndose necesaria una modificación de los Tratados.

²⁸ *Vid.* VALLE GÁLVEZ, A.: «La especificidad del ordenamiento comunitario (comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 1, 1993, pág. 155.

²⁹ Se trata del Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, «Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», D 2/94. Recopilación de Jurisprudencia 1996 pág. I-01759.

DÍEZ PICAZO, en una reflexión que compartimos, sostiene que esta decisión «no es del todo convincente», puesto que considera que «no puede decirse que los derechos fundamentales sean una materia sobre la que se tiene –o no se tiene– competencia»³⁰.

A pesar del Dictamen del Tribunal de Justicia, la propuesta aún aparece en el Documento preparado del Grupo de reflexión encargado de orientar los trabajos de la Conferencia Intergubernamental de la que surgiría el Tratado de Ámsterdam, que se incorpora como Anexo 15 a las Conclusiones del consejo de Madrid, en diciembre de 1995.

En cualquier caso, lo cierto es que el Convenio Europeo solo estaba abierto a la firma y ratificación de los Estados miembros del Consejo de Europa, y las Comunidades no eran un Estado miembro del Consejo.

3.2.2. *Tras el dictamen del Tribunal de Justicia*

Tras el Dictamen del Tribunal de Justicia, esta solución se relega a complementaria de la de elaborar una Carta de derechos, pero se mantiene, puesto que la Comisión, en sus dos Comunicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 13 de septiembre de 2000, y de 11 de octubre de 2000, insiste en la posibilidad y conveniencia de la adhesión como protección añadida a la ofrecida por la Carta, entre otros argumentos, porque esto permitiría un control externo de las actividades de la Unión.

También encontramos un apoyo a esta adhesión en la *Agenda de los Derechos Humanos para la Unión Europea en el año 2000*, que preparó un Comité de Sabios designado por la Comisión. Este documento parece basarse en un trabajo de ALSTON y WEILER que curiosamente no hace referencia alguna a la elaboración de la Carta de Derechos, y que insiste en la adhesión para la que no ven necesaria una modificación de los Tratados por considerar no persuasivo el Dictamen de 1996 del Tribunal de Justicia³¹.

3.2.3. *Del Tratado de Ámsterdam al Tratado de Lisboa*

Con el Tratado de Ámsterdam se introduce en el Tratado de la Unión Europea el artículo 6.2 que obliga a la Unión a respetar «los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Conve-

³⁰ DÍEZ PICAZO, L.M.: *Naturaleza de la Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 121.

Esta reflexión del autor está sustentada sobre dos elementos, uno teórico, basado en la percepción de que cualquier entidad democrático-liberal podría adherirse a un instrumento de derechos humanos en su región; y otro práctico-competencial, al tener en ese momento la Comunidad Europea competencia en materia de derechos fundamentales, puesto que conforme al artículo 177.2 del TCE la política de la Comunidad contribuirá al objetivo de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; bien es cierto que este precepto se refiere a la política de la Comunidad con respecto a la política de cooperación al desarrollo, pero como dice PICAZO «no deja de haber, pues, cierta hipocresía en negar que exista una competencia *ad intra* allí donde existe expresamente *ad extra* con respecto a países en vías de desarrollo».

³¹ *Vid.* ALSTON, P.H. y WEILER, J.H.H.: «An ever closer Union in Need of a Human Rights Policy. The EU and HR», *op. cit.*; y RUBIO LLORENTE, F.: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *op. cit.*, pág. 124.

nio (...) y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de Derecho», es decir, que se acoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Con esta disposición, la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo tiene un valor *ex Tratado* en el Derecho comunitario y, por tanto, vincula a las instituciones comunitarias, y al propio Tribunal de Justicia.

En el fracasado Tratado constitucional se incluía el artículo I-9.2, que establecía que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» que se mantiene en el Tratado de Lisboa en el párrafo segundo del artículo 6. Además, el artículo 6.1 del mismo reconoce al Convenio de Roma «el mismo valor jurídico que los Tratados», con lo que de entrar en vigor el Tratado de Lisboa el Convenio de Roma.

En cualquier caso, parece que existe una voluntad de respeto recíproco y diálogo entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo que descartaría un hipotético conflicto interjurisdiccional, puesto que parece extraerse de la última jurisprudencia de ambos Tribunales una especie de interpenetración³².

Esto se pone de manifiesto también en la Declaración núm. 2 aneja al Tratado de Lisboa, relativa al artículo 6.2 del Tratado de la Unión, donde se expresa la necesidad de preservar las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión, y se alude a que la Conferencia toma nota de que «existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio».

Para salvar futuros problemas, en el fracasado Proyecto de Tratado constitucional ya se incluía la previsión de adhesión al Convenio de Roma. También lo hace el Tratado de Lisboa, que en el Protocolo núm. 8 preve que «el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio (...) estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión», respetando pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Actualmente parece ser que la negativa rusa elimina una futura adhesión, aunque el propio Tratado de Lisboa la prevé³³.

Tras el fracaso constitucional, es importante resaltar el Informe *Juncker*, que recomendaba, en el marco del Consejo de Europa, acelerar la incorporación de la UE al Convenio de Roma fuera de la reforma de los Tratados constitutivos, a través de un protocolo anexo a los Tratados que fuera elaborado ad hoc para permitir la adhesión de la Unión al Convenio³⁴.

³² BERRAMDANE, A.: «La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 2, 2006, pág. 243.

³³ CASTILLO DAUDÍ, M.: «Los derechos humanos en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 27.

³⁴ *Vid.* JUNCKER, J.C.: *Council of Europe – European Union: A sole ambition for the European Continent. Report by Jean-Claude Juncker, Prime Minister of the Grand Duchy of Luxemburg for the attention of the Heads of State or Government of the Member States of the Council of Europe*, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 10897, 11 de abril de 2006, pág. 5. *Cit.* en CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, pág. 57.

El Tratado de Lisboa reconoce al Convenio de Roma «el mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1); que las cláusulas horizontales garantizan un estándar mínimo de los derechos fundamentales de la Carta en el sentido del contenido y límites del Convenio de Roma; que el Tribunal de Justicia utiliza ya en la práctica el Convenio como parámetro adicional de validez del Derecho comunitario³⁵, y la clara voluntad de diálogo de los altos Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo; se puede afirmar que la adhesión al Convenio de Roma sería una regularización de una «situación de hecho»³⁶.

3.3. La Carta de Derechos Fundamentales

3.3.1. La necesidad de una declaración de derechos fundamentales

A pesar de la jurisprudencia del TJ y de la inclusión de sus logros en los Tratados, se mantuvieron las críticas al sistema, incluyendo reproches de que el Tribunal dejaba fuera de control un amplio dominio de actividad de los Estados miembros; y de emplear un criterio más estricto frente a los Estados que frente a las instituciones comunitarias.

Aunque ciertamente la ausencia o existencia de una Declaración de Derechos pueda no ser determinante de estos pretendidos defectos, quizá sí es cierto que una Declaración mejoraría un sistema basado en unos principios generales construidos mediante inducción; y también lo es que esta ausencia haya supuesto un obstáculo para que el ciudadano tenga conciencia de sus derechos frente a la Unión³⁷.

Por otro lado, el Parlamento Europeo insistió en la idea de la aprobación de una Carta de Derechos. De hecho, aprobó diversos proyectos: por un lado una Declaración de Derechos que sigue el modelo del Convenio de Roma el 13 de abril de 1989; en 1994 se aprueba una nueva Declaración de Derechos (el proyecto *Hermann*). Sin embargo, el fracaso de los mismos motivó que tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión, el Parlamento no retomara la senda de los proyectos, y se terminara encomendando a una serie de Comités de sabios designados por la Comisión, la elaboración de trabajos que después se ponían a disposición del Consejo fundamentalmente. Dentro de estas iniciativas cabe destacar:

- El *Comité Pintasilgo*, nombrado en abril de 1995, que en 1996 entrega un Informe en el que se propone la incorporación a los Tratados de un conjunto reducido de derechos fundamentales, unos justiciables y otros no; la apertura de un periodo de reflexión y debate, para

³⁵ WEILER, J.H.H.: «We will do, And Hearken», en BIEBER, R. y WIDMER, P (Eds.): *Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union*, The European Constitutional Area, Zurich, 1995.

³⁶ KAUFF-GAZIN, F.: «Les droits fondamentaux dans le Traté de Lisbonne: un bilan contrasté», *EUROPE-actualité du droit communautaire*, núm. 7, 2008, pág. 37.

³⁷ RUBIO LLORENTE, F.: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *op. cit.*, pág. 122.

después elaborar una lista de derechos cívicos y sociales. Sugiere además, en lugar de la adhesión al Convenio de Roma, la creación de un Tribunal especializado en la protección de los derechos fundamentales, integrado por jueces de los Tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.

- El *Comité Simitis*, que emite un Informe en 1999 en el que insiste en la necesidad de promulgar una Carta de Derechos Fundamentales cuyo contenido debe suponer la recepción de los derechos recogidos en el Convenio de Roma, sumándole algunos derechos sociales (aunque asume que unos sean justiciables y los otros se configuren como objetivos de la política comunitaria), constituyendo una lista abierta donde se puedan incorporar nuevos derechos ³⁸.

Parece que resultó determinante para lanzar la idea de la elaboración de la Carta de Derechos, el compromiso del Gobierno alemán, que cuando asumió la Presidencia de la Unión anunció su intención de poner en práctica el Programa de la coalición gubernamental, donde estaba el objetivo de dotar a la Unión de una declaración de derechos, derivado de una propuesta del Partido de *Los verdes* ³⁹.

3.3.2. La elaboración de la Carta y su valor político ⁴⁰

Se puede afirmar que la idea de positivizar los derechos fundamentales en una declaración tomó por fin cuerpo en los Consejos Europeos de Colonia y Tampere, en 1999.

Al año siguiente, en el Consejo de Niza se adoptó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 7 de diciembre de 2000 ⁴¹.

Sin embargo, se trataba de una carta con un valor de carácter político, sin fuerza jurídica. La doctrina especuló y discutió acerca de su eficacia jurídica, llegándola a situar, como acertadamente expresó DÍAZ CREGO, «en una especie de limbo jurídico» como posteriormente comentaremos al tra-

³⁸ Ídem, pág. 126.

³⁹ Vid. DAUBLER-GMEIN, H.: «Vom Markt-bürger zum EU-Bürger. Plädoyer für eine Grundrechte – Charta der Europäischen Union», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 7, de 10 de enero de 2000. Cit. por RUBIO LLORENTE, F., *vid. Supra*, pág. 12, Nota a pie 128.

⁴⁰ Sobre la elaboración de la Carta es recomendable acudir a ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D.: *La Carta de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006; y a RODRÍGUEZ BEREJO, A.: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Lección inaugural del Curso Académico 2000-2001, Universidad Autónoma de Madrid); y ALONSO GARCÍA, R.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, págs. 3 y ss.

⁴¹ La forma que optó por adoptar fue la de una *Declaración de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo*. Esta carta fue publicada en el DOCE de 18 de diciembre de 2000, I Serie C, C-364/01.

Para un comentario profundo de los derechos contenidos en la Carta se puede acudir a BIFULCO, R., CARTABIA, M., y CELOTTO, A (dir.): *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.

tar su valor o eficacia jurídica, pero en estos primeros momentos el valor de la Carta es más político que jurídico ⁴².

En ese debate se llegó a hablar de «*soft law* comunitario» ⁴³; «acuerdos interinstitucionales» ⁴⁴; «texto programático» sin eficacia jurídica ⁴⁵.

Sin embargo, también se indicó que sería difícil que fuera obviado por las instituciones que lo habían proclamado ⁴⁶.

Incluso se llegaron a realizar relevantes comentarios sobre la misma, como el que se debe a DAVIS, quien consideraba que la Carta establecía unas relaciones cívicas que superaran la dicotomía entre derechos de los ciudadanos y derechos humanos, puesto que preveía situaciones de sujeción de todas las personas al derecho de la Unión ⁴⁷.

Aunque, sin duda, debemos acudir a RUBIO LLORENTE para tener un análisis concreto y cierto de lo que suponía la Carta, y es que la misma tiende a «poner de relieve» los derechos de que son titulares los ciudadanos y pueden disfrutar en el seno de la Unión, resaltando una función más pedagógica que jurídica. De hecho, realiza un excursus comparativo con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1799, si bien la diferencia sería que no se trata tanto de afirmar una concepción de la política y del Estado, y de proclamar la existencia de derechos naturales, inalienables y sagrados, «sino de resaltar ante sus titulares la importancia de derechos positivos ya vigentes a nivel de la Unión» ⁴⁸.

⁴² DÍAZ CREGO, M.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, pág. 140.

DÍAZ CREGO realiza en su Memoria de investigación del Curso de Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, por la que obtuvo uno de los dos premios en el Curso 2002/2003, un profundo estudio de la Carta, desde su formulación y proclamación hasta su integración en el fallido Tratado constitucional.

⁴³ FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Monografías, 2001.

⁴⁴ BRIBOSIA, E. y SHUTTER, O.: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Journal des Tribunaux*, núm. 120, de 24 de marzo de 2001, págs. 281-293; WATHERLET, M.: «La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, 2000, págs. 585-593; CONSTANTINESCO, V.: «La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia», *Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, UCM, 2001, págs. 179-196.

⁴⁵ GOLDSMITH, L.: «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, v. 38, núm. 5, 2001, págs. 1.201-1.216.

⁴⁶ Se puede ver al respecto: BRIBOSIA, E., y SHUTTER, O.: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *op. cit.*, págs. 282 y ss.; CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho comunitario*, núm. 9, 2001, págs. 19 y ss.; CONSTANTINESCO, V.: «La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia», *op. cit.*, págs. 182 y ss.; LEANERTS, K. y DE SMIJTER, E.: «A Bill of Rights for the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 28, 2001, págs. 299 y ss.; WATHELET, M.: «La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue», *op. cit.*, págs. 591 y ss.; VITORINO, A.: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du Droit de l'Union européenne*, núm. 1, 2001, págs. 60 y ss.

⁴⁷ DAVIS, R.W.: «Citizenship of the Union... rights for all?», *European Law Review*, v. 27, núm. 2, 2002, pág. 135.

⁴⁸ RUBIO LLORENTE, F.: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *op. cit.*, págs. 129 y ss.

Y así ocurrió, comenzando a aparecer en un gran número de disposiciones adoptadas por el Parlamento, la Comisión e incluso el Consejo ⁴⁹.

Quizá lo más importante fue su asunción por el Tribunal de Justicia. Ángel RODRÍGUEZ ya puso de manifiesto que la utilización de la Carta por las instituciones comunitarias sería obligatoria en cuanto fuese utilizada y en la medida de esta utilización por el Tribunal de Justicia. ⁵⁰

A este respecto, como acertadamente pone de manifiesto DE MIGUEL BÁRCENA «probablemente, la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en Niza en 2000 ha determinado a partir de esa fecha una clara diferencia de las intervenciones del TJCE, cualitativa y cuantitativamente, en materia de derechos» ⁵¹.

CARTABIA, por su lado, ha puesto de relieve que tras la aprobación de la Carta se han apreciado signos importantes de un cambio en la jurisprudencia del TJCE que harían pensar en «una nueva estación de "activismo constitucional", parangonable en importancia a aquella que se desarrolló en los años 60 y 70 en materia de fuentes y de relaciones entre ordenamientos, u que ahora se retoma sobre un terreno distinto: el de los derechos fundamentales» ⁵².

Es cierto que, como apunta ORDÓÑEZ SOLÍS, la Carta ha permitido al Tribunal que «poco a poco y sin dejar de tener en cuenta las tradiciones constitucionales nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia acuda a una fuente de interpretación autónoma donde de un modo avanzado y omnicomprensivo se consagra un elenco completo de derechos fundamentales» ⁵³.

Más recientemente, JIMENA QUESADA se preguntaba «¿sirve o ha servido para algo la elaboración de dicho instrumento?» ⁵⁴.

Después de los razonamientos realizados, podríamos contestar que sí, que desde un primer momento tuvo un gran valor político que motivó su uso como instrumento al servicio de las instituciones europeas en beneficio de los ciudadanos.

⁴⁹ Vid. DÍAZ CREGO, M.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 141.

⁵⁰ RODRÍGUEZ, A.: «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, pág. 48.

⁵¹ DE MIGUEL BÁRCENA, J.: «Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multinivel de Derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (VIKING C-438/05)», *op. cit.*, págs. 1-14.

⁵² CARTABIA, M.: «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, pág. 203.

⁵³ ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pág. 124.

⁵⁴ JIMENA QUESADA, L.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pág. 64.

3.3.3. Estructura de la Carta

En cuanto a la estructura, recoge en un único texto el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y las personas que viven en la Unión Europea ⁵⁵.

Consta de un Preámbulo y de 54 artículos que se encuadran en siete capítulos dedicados a:

- El Capítulo I a la «Dignidad» (arts. 1 a 5).
- El Capítulo II a las «Libertades» (arts. 6 a 19).
- El Capítulo III a la «Igualdad» (arts. 20 a 26).
- El Capítulo IV a la «Solidaridad» (arts. 27 a 38).
- El Capítulo V a la «Ciudadanía» (arts. 39 a 46).
- El Capítulo VI a la «Justicia» (arts. 47 a 50).
- El Capítulo VII contiene las «Disposiciones generales aplicables a la interpretación y aplicación de la Carta» (arts. 51 a 54).

3.3.4. El discutido valor jurídico de la Carta

Como hemos comentado con antelación, el valor de la Carta era una cuestión que se venía discutiendo desde su aprobación.

Con motivo del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 se incluyó en las conclusiones de la Presidencia un Mandato a la Conferencia Intergubernamental para que elaborara un Tratado de reforma, incluyendo una referencia a la Carta de Derechos Fundamentales para conferirle valor jurídico vinculante.

La Conferencia Intergubernamental cumplió su misión y finalmente el texto que se adoptó bajo una especie de tratado constitucional, con el nombre de *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, fue firmado por los Estados miembros e incluía la Carta de Derechos Fundamentales en su texto, con una fuerza jurídica innegable. Hay que considerar que la inclusión de la Carta de Derechos suponía la opción más avanzada propuesta en el Anteproyecto de 22 de octubre de 2002, cuyo artículo 6 contenía la posibilidad de hacer referencia a la Carta, o bien la integración incorporando el articulado de la misma en el Tratado o en un protocolo especial anejo a la Constitución; y la tercera opción sería la integración completa del articulado de la Carta, que es por la que se optó finalmente, y que por tanto suponía que la Carta adquiriría rango de Tratado o incluso constitucional ⁵⁶.

⁵⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, 2008, pág. 499.

⁵⁶ Sobre el Proyecto de Tratado constitucional y la Carta como parte del camino hacia un Derecho constitucional europeo *vid.* BALAGUER CALLEJÓN, F.: «La constitución europea en el camino hacia el derecho constitucional europeo», *Revista*

Como hemos comentado anteriormente, el Tratado constitucional fracasó. Con el Tratado de Lisboa se ha intentado salvar la situación lo mejor posible, y volver a la vía tradicional de reforma de los Tratados. Sin embargo, si bien en el Tratado de Lisboa se mantiene la previsión en lo que respecta a la adhesión al Convenio de Roma, igual que en el fracasado Tratado constitucional; no se incorpora la Carta de derechos. Esta fue una de las renunciaciones en el nuevo Tratado.

Además, hay que tener presente que la Carta de Derechos Fundamentales en su redacción final fue aprobada por el Parlamento europeo el 29 de noviembre de 2007⁵⁷, para eliminar las referencias al Tratado constitucional; proclamada por las tres instituciones, el 12 de diciembre de 2007, y publicada el 17 de diciembre de 2007⁵⁸. Debemos hacer notar que la proclamación de la Carta, así como su firma, se llevaron a cabo en el hemiciclo de Parlamento Europeo, y se produjo con una protesta abierta por parte de un grupo de parlamentarios euroescépticos que solicitaron la celebración de un referéndum sobre el Tratado de Lisboa.

Sobre el valor jurídico de la Carta, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no debería haber demasiadas dudas. La atribución del artículo 6 del Tratado de la Unión, tal y como queda con Lisboa, del mismo valor jurídico de los Tratados zanja cualquier discusión⁵⁹.

En efecto, se podría afirmar que si la Carta no se integra en el texto por razones simbólicas, el artículo 6 del TUE es inequívoco: «la Carta forma parte, por vía de remisión, del derecho primario de la Unión Europea»⁶⁰. Estamos realmente «en presencia de una figura bien conocida en el Derecho de Tratados: la incorporación por referencia⁶¹; que haría de la Carta «el centro neurálgico del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea»⁶².

de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 9, 2006, págs. 41-52; sobre el valor de los derechos fundamentales contenidos en la Carta con ocasión del Tratado constitucional, se puede acudir a CÁMARA VILLAR, G.: «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, págs. 9-42.

⁵⁷ P6_TA-prov(2007)0573, A6-0445(2007)

⁵⁸ DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007.

⁵⁹ Quizá la única sombra reseñable la apunta GARCÍA ROCA, al referirse a la publicación de la Carta en el Diario Oficial de la Unión Europea dentro del capítulo de «informaciones» y no en el de «legislación» como hubiera sido lógico. Para GARCÍA ROCA es producto del interés en mantener una «calculada –y torturante– ambigüedad típicamente comunitaria», *vid.* GARCÍA ROCA, J.: «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?» en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales; de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pág. 44. Lo cierto es que el propio Tratado de Lisboa también se publicó en dicho capítulo de comunicaciones, y es que tanto uno como otro, en el momento de su publicación, estaban pendientes de su entrada en vigor; máxime si tenemos en cuenta que la vigencia de la Carta depende directamente de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

⁶⁰ DIEZ PICAZO, L.M.: *La naturaleza de la Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 134.

⁶¹ PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa», en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales; de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, *op. cit.*, pág. 5.

⁶² DÍAZ GREGO, M.: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2009, pág. 184.

No obstante, habría que plantearse si los derechos fundamentales expuestos en la Carta tienen todos el mismo carácter. En este sentido, MENÉNDEZ ha esbozado lo que podría ser una clasificación en tres grupos: derechos fundamentales, derechos ordinarios y cláusulas políticas, basándose en el artículo 51 de la Carta ⁶³.

La sombra más larga que recae sobre la fuerza jurídica de la Carta la encontramos en el famoso Protocolo sobre su Aplicación referido a Polonia y Reino Unido, que tendremos ocasión de analizar ⁶⁴. Ahora bien, ¿cabe afirmar que es la única sombra?

En cualquier caso, sí que es cierto que se plantean dudas ⁶⁵. De hecho, en el artículo 1.8 del Tratado de Lisboa se incluye el contenido del nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, que precisamente recoge ese valor jurídico al que hemos hecho referencia.

En concreto, el artículo 6 del TUE dispone ⁶⁶:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados ⁶⁷.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta, por las que se rige su interpretación y aplicación

⁶³ Vid. MENÉNDEZ, J.A.: «"Rights to Solidarity" balancing Solidarity and Economic Freedoms», en ERIKSEN, E., FOSSUM, J. y MENÉNDEZ, J. (eds.): *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, págs. 183-186.

⁶⁴ *Protocolo sobre Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido*, anexo a los Tratados.

Estos Estados declaran que la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios. Estas excepciones pueden suponer que los jueces polacos y británicos no podrán controlar leyes y actos de sus respectivos estados en relación con la Carta, salvo en la medida en que Polonia y Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.

Vid. MANGAS MARTÍN, A.: «El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 2, 2008, págs. 28 y 29.

⁶⁵ ROSSI se plantea si «potrebbe promuovere un ricorso in infrazione contro uno Stato che la viola? Dalla lettura del trattato sembrerebbe di no, perché questo ricorso è limitato a lla "violazione del Trattato". E ancora: in che modo (e da chi) la Carta potrebbe essere in futuro modificata?».

Vid. ROSSI, L.S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», *op. cit.*, pág. 2.

Nosotros, en cambio, consideramos que no se puede dudar de su valor equivalente al del Tratado, tal y como se le atribuye en el artículo 6 del TUE.

⁶⁶ Podemos encontrar la versión consolidada del TUE tal y como queda con el Tratado de Lisboa, así como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML>

⁶⁷ http://www.europarl.europa.eu/news/public/focus_page/008-15572-344-12-50-901-20071213FCS15515-10-12-2007-2007/default_p001c003_es.htm

y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»⁶⁸

Evidentemente, en lo que concierne al valor jurídico de la Carta hay que atender al apartado primero, párrafo primero, puesto que los otros dos apartados se refieren al Convenio de Roma, y los analizaremos en la parte del trabajo que dedicamos a la relación entre la Carta y el Convenio.

Pues bien, el apartado primero del artículo 6 se divide, a su vez, en tres párrafos. El primero de ellos parece incorporar la Carta en el Derecho originario o primario de la Unión, si bien a través de la vía de remisión o reenvío⁶⁹. Esto es obvio, si tenemos en cuenta que termina diciendo de forma expresa que la Carta «**tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados**».

3.3.4.1. Límites

Cabría plantearnos si el hecho de que el Tratado de Lisboa haya dejado fuera de su contenido la Carta de Derechos Fundamentales supone una limitación al valor jurídico de la Carta. Es claro que esta no inclusión ha sido un intento de hacer parecer el Tratado lo menos constitucional posible. Parece haber acogido la segunda opción propuesta en el Anteproyecto de 22 de octubre de 2002.

Pero consideramos que la no inclusión del texto de la Carta dentro del mismo Tratado no varía su valor jurídico, teniendo en cuenta lo que se preceptúa sobre la misma, es decir, que tiene el mismo valor jurídico que el Tratado.

⁶⁸ Hay que tener en cuenta que el TUE antes de la entrada en vigor de Lisboa mantiene vigente la siguiente redacción:

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros.

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

⁶⁹ JIMENA QUESADA, L.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», *op. cit.*, pág. 68.

Es más, podría decirse incluso que esto podría paradójicamente tener un efecto positivo al poder aumentar la identificación y la utilización por parte de los ciudadanos ⁷⁰.

Por otro lado, a la hora de determinar el alcance de la eficacia jurídica de la Carta, son relevantes los párrafos segundo y tercero del artículo 6.1 del TUE.

Así, el párrafo segundo del artículo 6.1 del TUE es claro en cuanto a los límites, puesto que dispone que no se amplían las competencias de la Unión. Parece una cláusula de salvaguarda.

Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta algunas disposiciones de la propia Carta. En concreto, es muy relevante lo preceptuado en el artículo 51.2, que dispone que «las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados».

Esta previsión confirma en palabras de GÓMEZ SÁNCHEZ «una conclusión obligada de la aplicación del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión solo disponga de competencias de atribución» además de que «la Carta no puede tener como efecto ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión definidas en los Tratados» ⁷¹.

Parece obvio que es un complemento del apartado primero del mismo artículo, que establece que las disposiciones de la Carta se dirigen a las instituciones y órganos de la Unión Europea, y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Como consecuencia jurídica de esta previsión, los derechos fundamentales de la Carta solo serían efectivos en el marco de las competencias atribuidas por los Tratados a la Unión Europea, cuando se aplica el Derecho de la Unión; y a la vez la Carta no crea por sí misma ninguna competencia ni misión nueva, ni supone modificación en las competencias y misiones que están definidas en los Tratados.

Debemos entender que tras su entrada en vigor la Carta de Derechos Fundamentales vinculará a las instituciones y órganos comunitarios en el ámbito de sus competencias, así como también a los Estados miembros en el ámbito relacionado con el Derecho comunitario, es decir, aquellas materias que estén reguladas por el Derecho europeo.

De esta vinculación de las instituciones a los derechos contenidos en la Carta, se ha llegado a concluir que estamos ante un habeas corpus contra la Unión ⁷².

⁷⁰ ROSSI, L.S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», *op. cit.*, pág. 1.

⁷¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y Libertades*, *op. cit.*, pág. 507.

⁷² ROSSI entiende que «le istituzioni europee sono chiaramente vincolate al rispetto della Carta e si potrà chiedere l'annullamento di un atto dell'UE che sia con essa incompatibile: si tratta dunque di un habeas corpus contro l'Unione. Acquisizione di grande importanza innanzitutto dal punto di vista giuridico, perché allo stato attuale le Costituzioni nazionali e la Cedu difficilmente raggiungono il campo di applicazione del diritto comunitario».

Vid. ROSSI, L.S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», *op. cit.*, pág. 1.

El párrafo tercero nos remite al Título VII de la Carta para su interpretación, así como a unas explicaciones a que hace referencia la Carta. Este precepto se refiere a un documento que elaboró el Presidium de la Convención que elaboró la Carta, y actualizado y publicado junto a la Carta en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, donde se contienen explicaciones relativas a los diferentes artículos de la Carta. En las propias explicaciones se dice que «si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta», pero la consecuencia lógica de esta norma contenida en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea sí supone atribuir cierto valor jurídico al menos para la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta, a las explicaciones antes referidas.

A estas explicaciones también se hace alusión en el Preámbulo de la Carta, donde se insiste en que los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones referidas.

3.3.4.2. Algunos problemas de la eficacia jurídica de la Carta

Aquí vamos a tratar de plantear algunas cuestiones que plantea la eficacia de la Carta, fuera de los límites comentados con antelación.

En concreto parecen relevantes: la cuestión de los *opt-outs* británico y polaco la posible *vis expansiva* y la publicación en el Boletín Oficial del Estado del texto de la Carta.

A) Sobre los *opt-outs*

Como vamos a ver, se ha planteado mucho por la doctrina la eficacia de los llamados *opt-outs* británico y polaco, o dicho en otras palabras las reservas que Reino Unido y Polonia lograron introducir en el Tratado de Lisboa en lo que respecta a la Carta de Derechos Fundamentales y que se concretaron en un Protocolo ⁷³.

DÍEZ PICAZO no realiza un exhaustivo análisis de los mismos, sino que se limita a constatar que estamos ante «una fórmula de autoexclusión u *opting-out*, que restringe notablemente la aplicabilidad de la Carta en Polonia y el Reino Unido» ⁷⁴.

Con independencia de que los objetivos de uno y otro fueran diferentes, lo bien cierto es que en un primer momento la posición de ambos países se concretó en la introducción de este Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polo-

⁷³ Protocolo sobre Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido que se incorpora como anexo al Tratado de la Unión Europea.

⁷⁴ DÍEZ PICAZO, L.M.: *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., pág. 234.

nia y al Reino Unido, que incluye la previsión de que «nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta crea derechos que puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional».

Es curioso, sin embargo, la necesidad que ha tenido Polonia de añadir dos Declaraciones anejas al Tratado, las número 62 y 63, en las que formula reservas a la Carta respecto de la legislación estatal en materia de moral pública, Derecho de familia, protección de la dignidad y el respeto de la integridad física y moral; pero desmarcándose de la posición del Reino Unido en materia de derechos sociales⁷⁵.

Para dar luz a la sombra que recae sobre la fuerza jurídica de la Carta debemos tener en cuenta que en el Protocolo anejo a los Tratados, Reino Unido y Polonia declaran que la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios.

A priori, la doctrina ha entendido el Protocolo en el sentido de que estamos ante un *opt-out*, que supondría privar a los ciudadanos de dichos países de solicitar en vía jurisdiccional la tutela de los derechos fundamentales contenidos en la Carta frente a normas o actos estatales en el ámbito del Derecho de la Unión⁷⁶. Sin embargo, curiosamente, el Comité relativo a la Constitución de la Cámara de los Lores no llegó a esta conclusión⁷⁷.

Para MANGAS MARTÍN estas excepciones son un peaje a cambio de la obligatoriedad de la Carta y supondrían que los jueces polacos y británicos no podrán controlar leyes y actos de sus respectivos estados en relación con la Carta, salvo en la medida en que Polonia y Reino Unido hayan con-

⁷⁵ ORDÓÑEZ SOLÍS apunta a que esta separación de la posición británica se debe a la tradición polaca del movimiento social «Solidaridad» y su contribución a la lucha de los derechos sociales.

Vid. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional», *op. cit.*, pág. 144.

⁷⁶ A favor de la consideración del Protocolo como un *opt-out* que limitaría la eficacia de la Carta, se reflexiona en FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», *op. cit.*; GROS-VERHEYDE, N.: «Une Charte à valeur juridique variable», *Europolitique*, núm. 3407, 2007, pág. 13; PASTOR PALOMAR, A.: «La regla *inclusio unius, exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 159-178; PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La Carta de Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pág. 12; MANGAS MARTÍN, A.: «El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa», *op. cit.*, pág. 28.

En concreto, es interesante la reflexión realizada por PASTOR RIDRUEJO, quien afirma que estudiadas sus disposiciones, entiende que «más que eximir al Reino Unido y Polonia de la obligación de cumplir la Carta, lo que hace el Protocolo es exceptuar a esos dos Estados de la justiciabilidad de los derechos y libertades enunciados, y no solo ante el Tribunal de la Unión sino también ante las respectivas jurisdicciones nacionales», en otras palabras, «estaríamos ante obligaciones jurídicas ciertas, pero no susceptibles de ser invocadas ante instituciones jurisdiccionales». Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La Carta de Derechos...», *op. cit.*, pág. 12.

⁷⁷ Vid. HOUSE OF LORDS, CONSTITUTION COMMITTEE: *European Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution*, 19 de marzo de 2009, págs. 20-23.

templado dichos derechos en su legislación nacional⁷⁸. Y cuando alguna disposición de la Carta haga referencia a prácticas y legislaciones nacionales, solo será de aplicación en Polonia y Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que se reconozcan estén reconocidos en la legislación o prácticas de Polonia y Reino Unido⁷⁹.

Pero las excepciones no son sino un elemento de compensación que, como señala LASO PÉREZ, «permite en ocasiones una apariencia de haber salvaguardado ciertos intereses. La imposibilidad de que se pueda impugnar una norma nacional por ser contraria a la Carta de Derechos Fundamentales parecía una preocupación para algunos Estados, aunque este temor puede considerarse hipotético»⁸⁰.

De hecho, muchos autores dudan de su eficacia, pudiéndose concluir que la fuerza y extensión de la misma dependerán del Tribunal de Justicia y, por tanto, también la naturaleza de *opt-out* o no de la misma⁸¹.

Alguna doctrina ha planteado la posibilidad de que el Tribunal de Justicia construya dos sistemas diferenciados de protección de los derechos fundamentales: el primero estaría basado en su jurisprudencia constante, que se aplicaría a los Estados que han realizado el *opt-out*; y el segundo se basaría en la Carta de Derechos Fundamentales, aplicable al resto de Estados⁸².

Como señala BAQUERO CRUZ, la buena noticia es que la competencia para su interpretación corresponde al Tribunal de Justicia, por lo que habrá que ver qué alcance le concede⁸³.

⁷⁸ Considera esta autora que «se reconoce obligatoriedad a la Carta de los Derechos Fundamentales para las Instituciones y los Estados, incluido el poder judicial, pero para que se aceptara esa obligatoriedad hubo que pagar el segundo peaje: la excepción británica y, la repentina tras el verano, polaca. Lo insultante de este segundo peaje no es la doble excepción sino que el Reino Unido tras conseguir edulcorar su contenido para todos, exigió a mayores la excepción para su aplicación. Mala fe».

Vid. MANGAS MARTÍN, A.: «El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa», *op. cit.*, pág. 28.

⁷⁹ *Ídem*, pág. 29. Sostiene que el Protocolo «rompe la identidad de valores. No se respeta la intangibilidad de la Carta como instrumento pleno e igual en los 27 y esa fractura puede hacer daño más simbólico que real. La excepción (*opt-out*) es más espectacular o mediática que real y jurídica, claro que nadie debe deducir que allí puede haber "barra libre" para las violaciones a los derechos humanos».

⁸⁰ LASO PÉREZ, J.: «La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 2, 2008, pág. 14.

⁸¹ LOUIS, J.V.: «Bilan d'une réforme. De l'Acte unique européen à la CIG 2007», *Cahiers de Droit européen*, v. 43, núm. 5-6, 200, *op. cit.*, págs. 568-569; BAQUERO CRUZ, J.: «¿Qué queda de la Carta?», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15, 2008, pág. 3; LASO PÉREZ, J.: «La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional», *op. cit.*, pág. 14; ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M.: *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2008, págs. 155 y 156.

⁸² *Vid.* a este respecto DOUGAN, M.: «The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts», *Common Market Law Review*, v. 45, núm. 3, 2008, págs. 617 y ss.

De hecho, se ha planteado de una interpretación del artículo 6 del TUE que entiende posible tanto esta posición como la de que el TJ mantenga su actual doctrina sobre la protección de los derechos fundamentales y considere la Carta como una de las fuentes de inspiración a utilizar.

⁸³ BAQUERO CRUZ, J.: «¿Qué queda de la Carta?», *op. cit.*, pág. 3.

Y esto, si finalmente el TJ no le dota de la eficacia pretendida políticamente por Reino Unido y Polonia, supondría estar ante lo que ALDECOA LUZÁRRAGA ha calificado como «uno de los ejemplos más rotundos de "velo"»⁸⁴.

De hecho, en el Reino Unido existe cierto temor por la dificultad de mantener la soberanía absoluta del Parlamento sin ninguna limitación, sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha planteado la necesidad de introducir un instrumento legal, una «bill» que garantice la soberanía parlamentaria⁸⁵.

B) Sobre la *vis expansiva*

Sin duda, el conjunto de derechos y libertades que contiene la Carta puede auspiciar un «clima de convivencia» basado en valores comunes que constituirían piezas esenciales del ejercicio de las libertades de circulación sobre las que pivota el mercado interior, e incluso, a más largo plazo, como piezas esenciales de una ciudadanía europea. Así, la Carta tendría un efecto de *vis expansiva*, que se vería potenciado a través de la interpretación por los tribunales de los Estados miembros de los catálogos internos de derechos fundamentales con base en la mayor protección derivada de la Carta, inclusive en ámbitos internos fuera del Derecho comunitario⁸⁶.

Esta *vis expansiva* se puede ver potenciada en el caso español. Por un lado, por la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que ya en la STC 28/1991, de 14 de febrero, declaró que las normas de Derecho comunitario «podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el artículo 10.2». Un valor que conforme al Dictamen 1/2004 habría que reconocer a la Carta sin perjuicio de su valor «en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex artículo 93 de la CE».

Por otro lado, en la Ley Orgánica de Ratificación del Tratado de Lisboa por parte de España se incluyó el texto de la Carta de Derechos fundamentales, y se estableció la misma como canon de interpretación de nuestros derechos fundamentales.

⁸⁴ Este autor lo explica de la siguiente manera: «Un Gobierno presentaría a sus ciudadanos que ha pactado una excepción en una materia sensible que limita la aplicación de determinada normativa europea. Sin embargo, un Protocolo de compleja redacción solo contendría la afirmación e interpretación de las disposiciones generales, sin modificar el régimen para el Estado concernido».

Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M.: *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, op. cit., pág. 156.

⁸⁵ Así lo manifestaba HOWE, *Queen's Counsel*, proponiendo una «Sovereignty Bill». Vid. a este respecto su artículo titulado «Time to Safeguard British Sovereignty» en *The Wall Street Journal*, de 4 de enero de 2010, [<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704876104574631902563957112.html>], y el libro de este autor, HOWE, M.: *Safeguarding Sovereignty: A Bill for U.K. Constitutional Rights in the EU*, Politeia, Londres, 2009. Y que parece que puede tener éxito, en la medida en que se ha planteado la cuestión en el propio Parlamento, que está estudiando su conveniencia. Vid. «The EU Bill and Parliamentary sovereignty», *Tenth Repor of Session 2010-11*, [<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/633i.pdf>].

⁸⁶ Vid. ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, op. cit., págs. 270-271.

Claro, el problema puede residir en que la interpretación o configuración de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Carta que realice el Tribunal de Justicia no responda a los más altos estándares de protección que ofrezcan las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, o del Convenio de Roma. No obstante, de lo previsto en la misma Carta, se entiende que se quiere garantizar la mayor protección posible de los derechos fundamentales.

Y por eso, en el artículo 52.3 se establece que cuando contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio de Roma, su sentido y alcance «serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», pero que esto «no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa», por lo que el Tribunal de Justicia está llamado a garantizar una protección equivalente a la del Convenio, pero pudiendo ser más garantista ⁸⁷.

Para garantizar que no hay una reducción de las garantías, se dispone en el artículo 53 que «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación (...)».

C) Sobre la publicación de la Carta en el Boletín Oficial del Estado

Es curioso que si bien la Carta ha entrado en vigor recientemente junto con el Tratado de Lisboa, en nuestro país fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, dentro de la Ley de ratificación del Tratado de Lisboa con una previsión curiosa que parece indicar que los derechos fundamentales de nuestra Constitución deben interpretarse a la luz de la Carta, sin sujetarse al momento en el que esta entrase en vigor ⁸⁸.

Antes de entrar en la controvertida eficacia que puede tener esta forma de ratificación del Tratado de Lisboa que ha optado por la inclusión del texto de la Carta en la ley orgánica de ratificación; hay que poner de relieve que ya se advirtió con prontitud una errata, puesto que la referencia que se hacía a la Carta publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007 no se correspondía con el texto reproducido, que era el texto de la Carta que se integró como parte segunda del fracasado Tratado constitucional, y por eso se seguía refiriendo el propio texto reproducido en el Boletín Oficial del Estado a la «Constitución» en lugar de a «los Tratados», por ejemplo, en los artículos 18, 21, 36, 41, 45, 51 y 52 ⁸⁹.

⁸⁷ A las relaciones entre Carta y Convenio dedicamos más espacio en el respectivo apartado, aquí solo queríamos dejar apuntadas estas reflexiones.

⁸⁸ Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa (BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008).

En el artículo 2 se dispone que «A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación (...)».

⁸⁹ *Vid.* JIMENA QUESADA, L.: «La Carta de los derechos fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», *op. cit.*, pág. 70.

Por otro lado, la Ley de ratificación, cómo es lógico, entra en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, ¿quiere decir esto que la Carta de Derechos Fundamentales estaba ya en vigor en España desde entonces?⁹⁰.

Es discutible cómo interpretar esta publicación en el Boletín Oficial del Estado. MARTÍN-RETORTILLO destaca que «no se explica bien», reflexiona que estaríamos ante la voluntad de que la Carta tenga «la mayor proyección posible», y se pregunta si no es acaso una previsión del legislador para adelantar la vigencia de la Carta con independencia del resultado del proceso de ratificación del Tratado de Lisboa⁹¹.

Mientras MARTÍN-RETORTILLO concluye que no es sino un mero «adelanto publicitario»⁹², JIMENA QUESADA considera que la remisión que se hace al artículo 10.2 de la CE implica «elevar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la categoría de canon de constitucional interno (como parámetro interpretativo)» y consecuentemente la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de la Carta deberá ser aplicada en España cuando sea más favorable que la que realice el Tribunal Constitucional respecto de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución⁹³.

Sin embargo, el problema que se suscita es que esta interpretación supone una modificación del sistema de fuentes del derecho en España. Baste decir que el artículo 5.1 de la LOPJ establece la vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es el máximo intérprete de la Constitución.

Si en virtud del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, la interpretación de un derecho fundamental contenido en nuestra Constitución por parte del Tribunal Constitucional debe ceder ante una interpretación del mismo derecho, también contenido en la Carta, que realiza el Tribunal de Luxemburgo, estaríamos modificando la posición que el Tribunal Constitucional tiene. Sí es cierto que con base en el artículo 10 de la CE debe interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero es discutible que la Carta sea incluíble ahí y, en cualquier caso, corresponde la máxima interpretación al Tribunal Constitucional. Este es el problema.

En caso contrario, en el supuesto de que la interpretación más favorable sea la que realiza el Tribunal Constitucional, la solución plantea más problemas en opinión de JIMENA QUESADA, y no es meramente hipotético, al existir ya divergencias en torno a la «euroorden» entre el Tribunal

⁹⁰ Disposición final única de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, *op. cit.*

⁹¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «La doble funcionalidad de la ley orgánica por la que se autoriza la ratificación del tratado de Lisboa. La Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea en el "Boletín Oficial del Estado"», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, págs. 148-150.

⁹² Ídem, pág. 157.

⁹³ JIMENA QUESADA, L.: «La Carta de los derechos fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», *op. cit.*, págs. 70-71.

de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional, en concreto respecto a ciertos aspectos del derecho a la defensa ⁹⁴.

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO TRAS EL TRATADO DE LISBOA

Hoy ya podemos afirmar que la Carta de Derechos Fundamentales ha entrado en vigor, junto con el Tratado de Lisboa, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 6 ⁹⁵.

Hasta ahora, la doctrina ya se había planteado algunas cuestiones sobre los problemas y perspectivas que se planteaban. Para PASTOR RIDRUEJO «el día que haya entrado en vigor el Tratado de Lisboa, habrá alcanzado la Unión la ansiada meta de la absoluta seguridad jurídica» en el campo de los derechos fundamentales ⁹⁶.

Se ha dicho con acierto que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que incluye tanto la previsión de adhesión al Convenio de Roma, como un valor de rango convencional para la Carta, se puede abrir un nuevo periodo de relaciones entre los sistemas derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta ⁹⁷.

Como acertadamente razona PASTOR RIDRUEJO, en caso de que la adhesión al Convenio sea efectiva, y entrado en vigor el Tratado de Lisboa, la seguridad jurídica se verá reforzada en materia de derechos fundamentales, pero será «ineludible de todos modos armonizar la operativa de esos dos instrumentos así como el funcionamiento de esas dos jurisdicciones» ⁹⁸.

⁹⁴ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, C-303/05; y Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio.

Sobre esta cuestión se pronuncia JIMENA QUESADA considerando como posible remedio la formulación de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte de las jurisdicciones constitucionales.

Vid. JIMENA QUESADA, L.: «La Carta de los derechos fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», *op. cit.*, pág. 72.

También podemos encontrar una divergencia del TJCE con el Tribunal Constitucional alemán, así en la Sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional federal en la que declaraba la nulidad de la Ley de 21 de julio de 2004 que incorporaba la euroorden en Alemania.

⁹⁵ En concreto, la entrada en vigor se ha producido el 1 de diciembre de 2009.

Vid. http://europa.eu/lisbon_treaty/countries/index_es.htm

⁹⁶ PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa», *op. cit.*, pág. 3.

⁹⁷ Como sostienen CANEDO y GORDILLO «el nuevo Tratado de Lisboa, que otorga a la Carta rango convencional, aunque la saca del texto que el Tratado constitucional había unificado, y que prevé la incorporación de la Unión al Convenio, hace presagiar nuevos desarrollos en las relaciones entre el sistema emanado del Convenio europeo y el de la Unión».

Vid. CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *op. cit.*, pág. 29.

⁹⁸ PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La Carta de Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pág. 7.

Acaba la reflexión con una sentencia lapidaria y sugestiva que debe hacernos reflexionar y motivar la investigación en el futuro: «Consiguiendo, habrá necesidad de un ensamblaje sustantivo o jurisprudencial, de una parte; y de un ensamblaje institucional y procesal, de otra».

Para reflexionar sobre esta cuestión parece importante tener presentes dos cuestiones: por un lado, las posiciones que han mantenido las dos Cortes o Tribunales, el Tribunal de Estrasburgo respecto a la Unión Europea y el Derecho comunitario, y el Tribunal de Luxemburgo respecto al Convenio de Roma; y por otro, estudiar los dos textos, teniendo en consideración tanto su contenido como la interrelación y prevalencia entre los mismos.

4.1. Posiciones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ⁹⁹

Como hemos comentado con antelación, para poder llegar a un estudio de la relación de ambos altos Tribunales, vamos a tratar de ver la posición que por un lado ha mantenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Comunidad Europea, y luego sobre la Unión Europea, en materia de su competencia, hasta el momento; y después atenderemos a la postura del Tribunal de Justicia respecto al Convenio de Derechos Humanos, el cual ha ido ganando de forma progresiva peso en su jurisprudencia desde que afirmara que la tutela de los derechos fundamentales que iba a ejercer iba a estar inspirada en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en el propio Convenio Europeo.

El estudio de esta relación interjurisdiccional es relevante, puesto que la Jurisdicción que ambos ejercen abarca territorio coincidente, a la vez que ambas instituciones forman parte de sistemas jurídicos diferentes, que tienen también un origen diverso. SCHEECK ha apuntado que debido a esta diferencia no puede extrañar que exista una cierta desconfianza y rivalidad entre los dos sistemas ¹⁰⁰.

Además, esta construcción de fuentes de base jurisprudencial ha gozado de su propia formalización en los Tratados. Por un lado, el Acta Única Europea de 1986 reafirma el respeto de los derechos humanos; y el Tratado de Maastricht, en palabras de Díez PICAZO, lo hace «encapsulando en una fórmula sintética la ya consolidada construcción jurisprudencial» ¹⁰¹.

En cualquier caso, el hecho de que el Tribunal de Justicia interpretara los derechos del Convenio implicaba la posibilidad latente de una divergencia respecto a la interpretación mantenida por el Tribunal de Derechos Humanos, y así parece haber ocurrido ¹⁰².

⁹⁹ Se ha llegado a hablar de diálogo constitucional para referirse a la relación entre ambos.

¹⁰⁰ SCHEECK, L.: «The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights», en *ZaöRV*, 65, 2005, págs. 844-845. Citado por BUSTOS GIBBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», *op. cit.*, pág. 154.

¹⁰¹ Díez PICAZO, L.M.: *La naturaleza de la Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 118.

¹⁰² Para una aproximación a la relación entre ambos Tribunales *vid.* HARPAZ, G.: «The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy», *Common Market Law Review*, v. 46, núm. 1, 2009, págs. 105-141; ROSAS, A.: «Fundamental Rights in the Luxemburg and Strasbourg Courts», en BAUDENBACHER, C.A., TRESSELT, P., y ÖRLYSEN, T (eds.): *The EFTA Court. Ten years on*, Oxford/Portland, 2005, págs. 166 y ss.; y LÓPEZ BASAGUREN, A.: «La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 5, 2003.

4.1.1. El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ¹⁰³

En cuanto a la posición que ha tenido el Tribunal de Derechos Humanos, hay que tener en cuenta que ni la Comunidad Europea era, ni la Unión Europea es hoy parte en el Convenio de Roma, se venía distinguiendo entre actos comunitarios de las instituciones comunitarias, y actos de Derecho comunitario de las Autoridades Nacionales.

Respecto de las Instituciones comunitarias, el Tribunal ya dejó claro que «los actos de las instituciones europeas no pueden ser impugnados en tanto que tales ante este Tribunal porque la Comunidad, como tal, no es parte contratante» del Convenio de Roma ¹⁰⁴.

Por esa razón, el Tribunal también manifiesta que no le corresponde «controlar el respeto de las obligaciones que incumben en virtud de otros Tratados internacionales o del Derecho comunitario» ¹⁰⁵.

Tampoco es que estuviéramos ante una novedad, puesto que el Tribunal asume los antecedentes de la Comisión de Estrasburgo que ya se pronunció en ese sentido ¹⁰⁶.

En contra de esta doctrina encontramos a PESCATORE, quien considera que la Comunidad Europea había sucedido a los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma, y que, por tanto, las demandas contra la Comunidad Europea debían admitirse ¹⁰⁷.

En un segundo lugar encontramos el supuesto en que la vulneración de los derechos humanos los lleva a cabo un Estado miembro en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En este caso, Estrasburgo también ha terminado asumiendo la doctrina de la «protección equivalente» del Tribunal Constitucional alemán.

En efecto, en un principio la Comisión de Estrasburgo reconoció la dificultad de admitir que la transferencia de competencias a las Comunidades europeas supusiera una liberalización de la obligación de respetar los derechos fundamentales que estaban constitucionalmente obligados a respetar las autoridades nacionales ¹⁰⁸.

¹⁰³ Vid. SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, págs. 117 y ss.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1999, asunto *Mathews v. Reino Unido*.

¹⁰⁵ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2000, asunto *A. Malar v. Francia*; y de 2 de septiembre de 2003, asunto *PL v. Francia* 3.

¹⁰⁶ Vid. el Dictamen de la Comisión de Estrasburgo de 10 de julio de 1978, asunto *CFDT/Comunidad Europea*.

¹⁰⁷ Vid. PESCATORE, P.: «La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme», en *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Colonia, 1988, pág. 451.

¹⁰⁸ Vid. Decisión de la Comisión de Estrasburgo de 9 de febrero de 1990, caso *M. & Alemania*.

En este caso, la empresa demandante había sido condenada por la Comisión Europea a una multa por infracción de las reglas del Derecho de la competencia; en sede del Tribunal de Justicia, se redujo el importe que no satisfacieron a la empresa. En la vía judicial interna, los Tribunales reconocieron a la sanción carácter ejecutivo, y el Tribunal Constitucional federal alemán no admitió a trámite el recurso de amparo que se interpuso.

De hecho, la Comisión consideró que era competente para conocer de las eventuales violaciones del Convenio de Roma por un Estado parte cuando la supuesta violación se produzca como consecuencia de las obligaciones asumidas mediante Tratado que impliquen cesión de competencia estatal, puesto que dicha cesión «no es incompatible con el Convenio, siempre y cuando en la organización de que se trate los derechos fundamentales reciban una protección equivalente».

También asume que «el sistema jurídico de las Comunidades Europeas, no solo reconoce los derechos fundamentales, sino que también garantiza el control de su respeto», y es que, además, el Tribunal de Justicia «ha elaborado una jurisprudencia por la que se obliga a controlar los actos de las Comunidades sobre la base de los derechos fundamentales, incluidos los consagrados por el Convenio». Por esas razones, inadmite el recurso.

Sin embargo, esto no ha evitado que en alguna ocasión haya declarado que se había violado un derecho previsto en el Convenio de Roma. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1999, *Matthews v. Reino Unido*¹⁰⁹, donde declaró que el Reino Unido había violado el Convenio por no celebrar elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar (art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio que obliga a los Estados parte a organizar regularmente elecciones libres al cuerpo legislativo).

El Reino Unido se había defendido argumentando que las consecuencias del respeto a actos adoptados por la Comunidad Europea (Acto de 1976, relativo a la elección de los diputados al Parlamento por sufragio universal directo, anexo a la Decisión 76/787 del Consejo, de 24 de septiembre de 1976) no podían imputarse a los Estados miembros.

Si bien la Comisión del Convenio elaboró un Dictamen favorable al Reino Unido, finalmente el Tribunal de Estrasburgo consideró que las modificaciones de los Tratados constitutivos habían convertido al Parlamento en el instrumento principal de control democrático, lo que le otorgaba la condición de cuerpo legislativo, al que era aplicable el artículo 3 del Protocolo núm. 1.

El Reino Unido terminó ejecutando la sentencia de Estrasburgo¹¹⁰, y España interpuso un recurso por incumplimiento de Derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia, si bien el Tribunal de Justicia consideró la Sentencia de Estrasburgo como causa de exclusión de la antijuridicidad del comportamiento del Reino Unido¹¹¹.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Matthews v. Reino Unido*, *op. cit.*

¹¹⁰ Hay que tener presente que tras la Sentencia *Matthews*, el Comité de ministros del Consejo de Europa urgió al Reino Unido a la ejecución de la sentencia. *Vid. Interim Resolution ResDH(2001)79 concerning the judgement of the European Court of Human Rights of 18 February 1999 in the case of Matthews against the United Kingdom- Adopted by the Comité of ministers on 26 June 2001 at the 757th meeting of the Ministers` Deputies.*

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2006, *España v. Reino Unido*, C-145/04.

La sentencia *Matthews* ha sido duramente criticada por la doctrina española, pero hay que reconocer que los Estados que son parte en el Convenio están vinculados al mismo sin que puedan objetar que actúan aplicando el Derecho de la Unión ¹¹².

Encontramos después la sentencia *Dangeville v. Francia* ¹¹³. Un asunto en el que el Tribunal debía resolver una falta de transposición tempestiva de una directiva comunitaria ¹¹⁴. Entendió que unos pagos que no se hubieran tenido que hacer de estar traspuesta la directiva vulneraba el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio, criterio que sería confirmado en la sentencia *Cabinet Diot v. Francia* ¹¹⁵.

Aquí se plantea un problema y es la posible divergencia de esta doctrina con respecto a la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por incumplimiento de Derecho comunitario.

Quizá es conveniente señalar también que se ha tratado de llevar ante el Tribunal de Derechos Humanos a la propia Unión Europea, si bien al no ser parte esta del Convenio, se ha materializado mediante un recurso contra todos los Estados miembros de la Unión.

Por un lado, tenemos la sentencia *Segi y otros v. Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido* ¹¹⁶ respecto a la inclusión de una organización en la lista de organizaciones terroristas para la Unión Europea, en la que el Tribunal consideró que las entidades que habían recurrido no coincidían con la organización que se había incluido en la lista y que no resolvió la cuestión técnica planteada respecto a la legitimación pasiva del conjunto de Estados miembros de la Unión Europea.

Por otro lado, la sentencia *DSR-Senator Lines GmbH v. Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido* ¹¹⁷, y en la que se trataba de dilucidar si la negativa del Tribunal de Primera Instancia a adoptar la suspensión cautelar de una multa recaída en un supuesto de infracción del Derecho de competencia suponía una vulneración del derecho a un juicio equitativo.

¹¹² Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.: «Sobre el derecho internacional de los derechos humanos y comunitario europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 5, 1999, págs. 95 y ss.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2002, *Dangeville v. Francia*.

¹¹⁴ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la efectiva protección de los derechos comunitarios de los particulares», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 8, 2003, págs. 737 y ss.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2003, *Cabinet Diot v. Francia*.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2002, *Segi y otros v. Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido*.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2004, *DSR-Senator Lines GmbH v. Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido*.

La doctrina ha resaltado la tardanza del Tribunal de Estrasburgo en resolver el recurso interpuesto, planteando incluso la posibilidad de que dicho retraso se debiera a la circunstancia de que se estaba aprobando la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea y, posteriormente, el proyecto constitucional europeo y el Tribunal no quería interferir ¹¹⁸.

Lo cierto es que el Tribunal de Primera Instancia resolvió antes la anulación de la multa, con lo que cuando el Tribunal de Estrasburgo resolvió el recurso, el interés del recurrente se había desvanecido y procedió a la desestimación ¹¹⁹.

En cualquier caso, se ha considerado que el Tribunal de Justicia culminaba con las sentencias *Matthews* y *Senator Lines* una fórmula jurisprudencial de control externo sobre la actividad de las instituciones comunitarias ¹²⁰; llegando a afirmar que podríamos estar ante las bases para una «domesticación» del Derecho comunitario ¹²¹.

Posteriormente, en la famosa Sentencia de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus*, ha reconocido la importancia de la cooperación con organizaciones internacionales como la Unión Europea ¹²². Ante una hipotética vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio de Roma por parte de las autoridades europeas, en un supuesto de embargo de aviones en aplicación de un reglamento de la Unión Europea que imponía sanciones a Serbia, el Tribunal de Estrasburgo acude a la doctrina de la protección equivalente, entendiendo que hay una protección «comparable» de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario y el Convenio de Roma. Hay que tener presente que el reglamento había sido objeto de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, resuelta mediante la sentencia también *Bosphorus* ¹²³.

Evidentemente, estamos hablando de una presunción *iuris tantum*, que puede ser rebatida, si se demuestra que la tutela dispensada no es equivalente. Aquí debemos entender que ante una protección de los derechos humanos manifiestamente deficiente, el Tribunal de Estrasburgo aplicaría el Convenio ¹²⁴.

¹¹⁸ Vid. MARINAS SUÁREZ, D.: «Senator Lines c. los quince Estados miembros de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004, págs. 475 y ss.

¹¹⁹ DÍEZ PICAZO, L.M.: *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., págs. 131 y 132.

¹²⁰ Vid. BUSTOS GIBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», op. cit., pág. 162.

¹²¹ Vid. SCHEECK, L.: «The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights», en *ZaöRV*, 65, 2005, pág. 857.

¹²² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*.

¹²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de Julio de 1996, *Bosphorus*, C-84/95.

¹²⁴ Vid. DOUGLAS-SCOTT, S.: «A Tale of Two Courts: Luxemburg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis», *Common Market Law Review*, v. 43, núm. 3, 2006, págs. 629-665; y del mismo autor «Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland», *Common market Law Review*, v. 41, núm. 3, 2006, págs. 243-254; y PEERS, S.: «Limited responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law», *European Constitutional Law Review*, núm. 2, 2006, págs. 443-455.

4.1.2. El Tribunal de Justicia

Respecto de la posición del Tribunal de Justicia, en cuanto al Convenio de Roma, cabe decir que comenzó nombrándolo por primera vez en la ya clásica Sentencia *Nold* (1974), donde atribuyó una auténtica relevancia a la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y, además de referirse a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, también hacía referencia explícita al Convenio de Derechos Humanos ¹²⁵.

A partir de aquí, el Tribunal de Justicia ha optado por utilizar sus propios criterios y parámetros a la hora de tutelar los derechos fundamentales, aunque ha ligado su jurisprudencia no solo a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, sino también a los catálogos internacionales de derechos, siempre que todos los Estados miembros fueran parte en los mismos. Será en la sentencia dictada en el asunto *Hauer* (1979) donde el Tribunal de Justicia afirmará que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales de derecho cuya tutela y garantía el Tribunal de Justicia garantiza recurriendo a las tradiciones comunes a los Estados miembros ¹²⁶.

Pero sería más adelante cuando el Tribunal comenzara a prestar una mayor atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque antes de la aprobación de la Carta. Efectivamente, ya en los asuntos *Orkem v. Comisión* (1989) ¹²⁷ y *Solvay v. Comisión* (1989) ¹²⁸, respecto del derecho de las empresas a no proporcionar elementos de información susceptibles de ser utilizados en su contra en materia de infracciones del Derecho de la Competencia, mantuvo, refiriéndose al artículo 6 del Convenio de Roma, que «aun admitiendo que pueda ser invocado por una empresa objeto de investigación en materia de Derecho de la Competencia, es preciso hacer constar que ni de su redacción ni de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que dicha disposición reconozca el derecho a no declarar contra sí mismo».

Llega un momento en el que los derechos fundamentales dejan de utilizarse como instrumento al servicio de la afirmación del sistema comunitario, y pasan a constituir parámetro de control del respeto de las garantías fundamentales en sede comunitaria. Este momento es identificado por algún autor con el momento posterior al Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, explicándolo como una reacción del propio Tribunal de Justicia tras su negativa a la adhesión al Convenio de Roma ¹²⁹.

¹²⁵ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung v. Comisión de las Comunidades Europeas*, C-4/73, *op. cit.*

¹²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Hauer*, C-44/79, *op. cit.*

¹²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *Orkem v. Comisión*, C-374/87.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *Solvay v. Comisión*, C-27/88.

¹²⁹ PALACIOS GONZÁLEZ, J.: «La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, pág. 172.

Con el famoso asunto *Bosphorus* tendrá unas alargadas consecuencias. Efectivamente, en la sentencia *Bosphorus* (1996)¹³⁰, el Tribunal de Justicia tiene presente el Convenio de Roma como instrumento constitucional del orden público europeo, realizando, en palabras de Díez PICAZO «un reconocimiento explícito por el Tribunal de Luxemburgo del lugar central que ocupa el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que a su vez favorece la deferencia del Tribunal de Estrasburgo hacia la especificidad de la Unión Europea», esto segundo, la deferencia del Tribunal de Estrasburgo llegará precisamente con la sentencia *Bosphorus* de aquel¹³¹, como hemos comentado antes, y que aplica la protección equivalente al ámbito de la Unión Europea.

Era posible la divergencia en la interpretación de los derechos fundamentales entre ambos tribunales, y se pone de relieve de un modo especial respecto el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, que el Tribunal de Estrasburgo afirmó y que la doctrina del Tribunal de Justicia negaba hasta la sentencia *Roquette Frères* (2002) en la que ya asume la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo¹³².

Por otro lado, utiliza la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para la concreción de otros derechos fundamentales, como se pone de manifiesto con ocasión de la Sentencia *Limburgse Viny Maatschappij* (2002)¹³³.

En *Schmidberger* (2003)¹³⁴, frente a la jurisprudencia consolidada que consideraba como parte fundamental del sistema comunitario el principio de libre circulación de mercancías de estricta aplicación y que solo se podrá limitar por ciertas exigencias imperativas de interés público; la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2003, en cambio, reconoce la posibilidad de limitar dicha libertad por parte de los Estados miembros justificándola en el respeto de los derechos fundamentales.

Por otro lado, en la Sentencia del asunto *RTL Televisión* (2003)¹³⁵, frente a la consolidada jurisprudencia que permitía restringir la libertad de servicios por interés público pero interpretándolo de forma muy estricta, va a razonar que la protección de los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial y el mantenimiento de una cierta calidad de los programas son objetivos que pueden justificar restricciones estatales; y va a hacer referencia a una doctrina del Tribunal de Estrasburgo según la cual las autoridades nacionales tienen «cierto margen de discrecionalidad para apreciar la existencia de una necesidad social imperiosa que pueda justificar una restricción a la libertad de expresión»¹³⁶.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Bosphorus*, *op. cit.*

¹³¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways v. Irlanda*, *op. cit.*

¹³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères*, C-94-2000.

¹³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2002, *Limburgse Viny Maatschappij*, C-238/99.

Sobre esta cuestión *vid.* ROSAS, A.: «Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts», *op. cit.*, pág. 169.

¹³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, C-112/00, *op. cit.*

¹³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2003, *RTL Television GmbH*, C-245/01.

¹³⁶ PALACIOS GONZÁLEZ, J.: «La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo», *op. cit.*, pág. 174.

En la sentencia *Baustahlgewerbe* (2008)¹³⁷, el Tribunal sigue el método del Tribunal de Estrasburgo en la interpretación del artículo 6.1 del Convenio de Roma y lo aplica a una actuación del Tribunal de Primera Instancia.

De alguna manera, se aprecia que el Tribunal de Justicia tiende a seguir la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, puesto que no solo cita el Convenio de Roma, sino también su jurisprudencia¹³⁸.

No obstante, quedan pendientes algunos problemas:

- Salta a la vista que un caso de fricción es la doctrina del Tribunal de Justicia relativa al derecho internacional, al dar prevalencia a los Tratados constitutivos frente a los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad¹³⁹.
- PALACIOS GONZÁLEZ apunta que el Tribunal de Justicia sigue sin asumir y aplicar la doctrina *Borgers* del Tribunal de Estrasburgo respecto de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia; y los problemas derivados de la doctrina restrictiva del Tribunal de Justicia en lo referente a la legitimación activa de los particulares para la anulación, siendo factible que el Tribunal de Estrasburgo termine pronunciándose sobre si el Convenio obliga a la reapertura de la fase oral del proceso ante el Tribunal de Justicia, cuando una parte solicita presentar observaciones tras la lectura de las Conclusiones por el Abogado General. Y es que hay que tener en cuenta que ya hubo un caso ante Estrasburgo por esta cuestión, que si bien no fue admitido el recurso por Auto de 13 de enero de 2005, la razón no se basó en el fondo de la cuestión, sino en que se trataba de un asunto de carácter administrativo que no entraba en el ámbito de aplicación del artículo 6.1 del Convenio de Roma¹⁴⁰.
- Para Díez PICAZO hay peligro de que el Tribunal de Estrasburgo termine interfiriendo en el régimen jurídico de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por incumplimiento de Derecho comunitario, teniendo en cuenta las sentencias *Dangeville* y *Cabinet Diot* antes estudiadas¹⁴¹.
- Por su lado, CANEDO y GORDILLO destacan que si finalmente se confirma la adhesión de la Unión Europea al Convenio, habría que plantearse cómo afectaría a la jurisprudencia del TEDH en el asunto *Bosphorus*, puesto que mantener una presunción a favor de la Unión Europea de protección equivalente mientras que los otros Estados parte en el Convenio no

¹³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2008, *Baustahlgewerbe*, C-185/95.

¹³⁸ Y sin que existiera una vinculación formal a tal efecto. *Vid.* en este sentido el estudio de KELLER y SCHELL en el que recopilan toda la recepción del Convenio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. KELLER, H. y SCHELL, C.: «International Human Rights Standards in the EU A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?», *Revue Suisse de Droit international et the Droit europeen*, v. 20, núm. 1, 2010, págs. 3-37).

¹³⁹ Dictamen del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1975, *OCDE*, 1/75.

¹⁴⁰ PALACIOS GONZÁLEZ, J.: «La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo», *op. cit.*, pág. 178.

¹⁴¹ Díez PICAZO, L.M.: *La naturaleza de la Unión Europea*, *op. cit.*, págs. 129-130.

gozan de la misma, se podría considerar un privilegio no justificado; o que el mantenimiento del segundo pilar fuera de la jurisdicción del Tribunal de Justicia podría ocasionar problemas, al no poder garantizarse vía jurisdiccional una protección de los derechos fundamentales ¹⁴².

- Otra cuestión a resolver será la necesidad de que la Unión Europea adopte sus procedimientos para que los ciudadanos europeos accedan al juez comunitario en defensa de derechos fundamentales para cumplir con los requisitos del artículo 13 del Convenio de Roma ¹⁴³.

La posibilidad de que pudiera existir un conflicto es innegable, pero ciertamente no se puede equiparar conflicto a divergencia, entendiendo como divergencia la diferencia de criterio en la interpretación de los derechos fundamentales, que puede considerarse positiva ¹⁴⁴.

Evidentemente, la actuación de ambos Tribunales ha sido necesariamente prudente, que algún autor como BUSTOS GISBERT ha calificado como cuidadosa ¹⁴⁵. SCHECK ha llegado a considerar que de otro modo las primeras víctimas habrían sido las propias Cortes ¹⁴⁶.

Es destacable que esta actuación ha sido sin que existieran procedimientos formales que posibilitaran una relación entre ambas instituciones, como ha puesto de manifiesto el propio BUSTOS GISBERT ¹⁴⁷.

Y SCHECK ha dicho que la relación entre ambos ha producido el proceso de «crossfertilization» teniendo como consecuencia una mayor protección de los derechos en Europa, y autonomía de las dos Cortes respecto a los Estados nacionales ¹⁴⁸.

Basándose en las reflexiones de SCHECK, BUSTOS GISBERT concluye que se ha conseguido una solución de síntesis, fruto del diálogo informal, y de la divergencia, que ha llevado a una jurisprudencia cada vez más matizada de los Tribunales ¹⁴⁹.

¹⁴² Vid. CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *op. cit.*, pág. 56.

¹⁴³ BUSTOS GISBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *op. cit.*, pág. 168.

¹⁴⁴ Sobre esta cuestión *vid.* BUSTOS GISBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», *op. cit.*, pág. 163.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ SCHECK, L.: «The relationship...», *op. cit.*, pág. 872.

¹⁴⁷ BUSTOS GISBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *op. cit.*, pág. 164.

¹⁴⁸ SCHECK, L.: «The relationship...», *op. cit.*, págs. 868 y ss.

¹⁴⁹ BUSTOS GISBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», *op. cit.*, págs. 165 y 166.

4.2. Sobre la prevalencia e interrelación de los textos

Tradicionalmente se había sostenido por la doctrina que las discrepancias entre los Tribunales eran difícilmente solucionables al no existir jerarquía en ellos por la misma razón de la inexistencia de la misma entre los textos ¹⁵⁰.

Esto parece que ya no es afirmable en la misma rotundidad, al menos con una lectura sosegada del Tratado de Lisboa.

Ya antes de que la Unión Europea se incorpore al CEDH, si es que esto ocurre algún día, hay que tener presentes dos previsiones de la Carta que hacen referencia al Convenio: por un lado, el artículo 52.3, que establece que en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio.

Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa; y, por otro lado, la previsión del artículo 53, que dispone que no se pueden interpretar las disposiciones de la Carta en forma limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros y, en particular, el CEDH y las Constituciones de los Estados miembros.

Estas «cláusulas horizontales» imponen una lectura de los derechos incluidos en la Carta en correspondencia con el Convenio de Roma ¹⁵¹.

Por tanto, el nivel de protección de la Carta ya hoy en día no puede ser menor que el que dispensa el CEDH. De estos dos preceptos se debe concluir que prevalecerá la interpretación más garantista de los derechos fundamentales, es decir, que la Carta de Derechos Fundamentales no podrá suponer una limitación a los derechos reconocidos en el CEDH, pero a la vez cabe una interpretación más extensiva de tutela por parte del Tribunal de Justicia de Luxemburgo más allá de las garantías del Convenio.

4.2.1. La adhesión al Convenio de Roma

Efectivamente, el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea prevé que la Unión se adhiera al Convenio de Derechos Humanos, y que dicha adhesión no modifica las competencias de la Unión definidas en el Tratado, y que los derechos fundamentales, garantizados por el Convenio y que son

¹⁵⁰ Vid. Díez PICAZO, L.M.: *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., pág. 119 y ss.; RIDAEU, J.: «Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos», op. cit., págs. 61 y ss.

¹⁵¹ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2007, pág. 267.

el resultado de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales ¹⁵².

Con la inclusión de esta previsión (que se había incluido en términos similares en el fallido Proyecto constitucional) se introduce una reforma de los Tratados que incorpora una base legal para la adhesión, base que había negado el Tribunal de Justicia en el anteriormente comentado Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, y que ahora se cumple con la previsión.

Lo que sucede es que esta previsión no regula el procedimiento de adhesión, sino que sencillamente prevé la posibilidad, y se refiere de forma genérica al Convenio, sin aludir a los Protocolos anejos a la Convención, y que son de gran importancia. Habrá que considerar que la posibilidad de adhesión al Convenio implica también la posibilidad de firmar estos Protocolos una vez la Unión Europea se haya adherido, en su caso, al Convenio de Roma.

El tema no es baladí, puesto que no todos los Estados miembros de la Unión Europea han firmado todos los Protocolos, pudiendo destacarse por su relevancia, por ejemplo, el Protocolo número 1, que se refiere al derecho a la propiedad; y la prohibición de cualquier tipo de discriminación, en el Protocolo número 12 ¹⁵³.

Ciertamente, el Tratado de Lisboa, a diferencia del Proyecto constitucional, prevé que la decisión de la adhesión se tome por unanimidad, lo que necesariamente conllevará un retraso en la misma, teniendo en cuenta, además, que en todo caso es necesario conducir con cautela el proceso de adhesión, de forma que se encuentre un difícil equilibrio entre la salvaguardia de las peculiaridades del ordenamiento comunitario y la relación de los Estados miembros en el sistema del Convenio de Roma ¹⁵⁴.

Como es lógico, el artículo 46 A del Tratado de la Unión Europea, tal y como queda conforme al Tratado de Lisboa, otorga personalidad jurídica a la Unión Europea. En la actualidad, la Unión Europea ya concluía tratados internacionales (art. 2 B/2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y parece que se considera que ya goza de personalidad jurídica a tal efecto.

Esto lo decimos puesto que al no prever procedimiento específico para la adhesión, en el Proyecto de Tratado constitucional habría que estar al procedimiento ordinario de conclusión de acuerdos internacionales, esto es, el del artículo III-325, que requería una adopción del acuerdo por mayo-

¹⁵² En sus apartados segundo y tercero, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea contiene expresamente:

«2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

¹⁵³ Se puede ver el estado actual de ratificación del Convenio de Roma y sus Protocolos en [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=&CL=ENG>]

¹⁵⁴ ROSSI, L.S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», *op. cit.*, pág. 2.

ría cualificada. Y el Protocolo 32 anejo al Tratado constitucional terminaba de perfilar la cuestión, al afirmar que la adhesión debía preservar las características específicas de la Unión Europea y de su Derecho. Esto buscaba fundamentalmente, como también ahora con la nueva regulación en el Tratado de Lisboa, evitar que el Tribunal de Estrasburgo pudiera convertirse en un juez de reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea ¹⁵⁵.

Efectivamente, en la regulación actual de la adhesión, el artículo 6.2 del TUE tal y como queda redactado por el Tratado de Lisboa, especifica que dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados»; asimismo, Lisboa incluye un Protocolo específico que, en términos similares al Protocolo 32 del Tratado Constitucional, manda a los negociadores preservar las características de la Unión Europea y su Derecho, debiendo el acuerdo de adhesión comportar disposiciones específicas relativas a la participación de la Unión en los órganos del Convenio, y mecanismos de garantía de que los recursos interpuestos por terceros Estados, y los recursos individuales, se presenten correctamente contra los Estados miembros o bien contra la Unión, o incluso contra ambos ¹⁵⁶.

Sobre el procedimiento de adhesión hay que tener en cuenta también que según el artículo 218.8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el acuerdo para la adhesión se debe adoptar por unanimidad del Consejo; se exige, como en el Tratado constitucional, la aprobación previa del Parlamento [art. 218.6) ii)] por mayoría de votos; posteriormente estaría condicionada a la aprobación de todos los Estados miembros, conforme a sus normas constitucionales, lo que supone un retroceso, puesto que no era así en el Tratado constitucional. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se interrogó sobre la oportunidad o no de introducir estos cambios en el procedimiento de aprobación de la decisión de adhesión al Convenio ¹⁵⁷.

También es cierto que de no haber introducido este último cambio, y posibilitar la aprobación por mayoría de la decisión de adhesión, teniendo en cuenta los sistemas constitucionales de algunos Estados miembros, es probable que hubiera sido necesario celebrar un referéndum para ratificar el Tratado de Lisboa más allá del caso irlandés como ha ocurrido con el cambio ¹⁵⁸.

En cualquier caso, parece que ha sido un acierto la previsión de la adhesión, ya que en la situación actual, donde el Convenio de Roma vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea, pero no a la Unión Europea misma, se plantea una incertidumbre en la aplicación del Convenio, puesto que no es posible recurrir directamente contra la Unión Europea ante el Tribunal de Estrasburgo, sino que hay que recurrir contra los Estados miembros.

¹⁵⁵ CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *op. cit.*, pág. 52.

¹⁵⁶ Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», DOUE, núm. C 306/11, de 17 de diciembre de 2007.

¹⁵⁷ Resolución 1610, de 17 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

¹⁵⁸ Contribución de BENOIT-ROHMER, F., en BEMELMANS-VIDEC, M.L.: *The accession of the European Union/European Community to the European Convention of Humans Rights*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 11533, 18 march 2008, pág. 20. Cit. en CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *op. cit.*, pág. 54.

Con la adhesión al Convenio, ha reflexionado BUSTOS GISBERT que «todos los actos del poder público en Europa recuperarán el doble control en razón del respeto a los derechos fundamentales», siendo el control del Tribunal de Estrasburgo el control subsidiario tanto respecto del control judicial nacional como del comunitario ¹⁵⁹.

Desde la perspectiva del Convenio de Roma, se ha realizado una modificación del artículo 59 del Convenio, para permitir a la Unión la adhesión al Convenio. Pero esta reforma, de momento, ha sido bloqueada por Rusia, puesto que no ha sido ratificada por la Duma. De todas formas, a pesar de que se llegara a ratificar por parte de Rusia, sería necesario solucionar una serie de problemas técnicos que se han planteado ¹⁶⁰.

Con la adhesión, el problema de no poder interponer un recurso frente a la Unión Europea quedará resuelto. Pero no debemos olvidar que el recurso directo contra la Unión Europea se podrá tramitar solo después de haber agotado los recursos dentro del sistema de la Unión. En relación con los límites de acceso al Tribunal de Justicia, hay que tener presente que el artículo 13 del Convenio de Roma exige que se asegure respecto de todos los derechos del Convenio un recurso eficaz dentro del sistema asegurado ¹⁶¹. Y es que el recurso ante Estrasburgo se configura como un recurso de carácter subsidiario, cuando los recursos internos no hayan conseguido solventar la violación del derecho o libertad fundamental ¹⁶².

Y es aquí donde encontramos un problema por las limitaciones existentes en el acceso a través de un recurso individual al Tribunal de Justicia. Límites que se encuentran en los artículos 240 bis y 240 ter del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y que permanecen a pesar de la ampliación de las facultades del individuo derivadas del nuevo Tratado de Lisboa (art. 230.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) ¹⁶³.

¹⁵⁹ BUSTOS GISBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pág. 167.

¹⁶⁰ El informe explicativo del Protocolo 14 destaca la necesidad de futuras modificaciones del Convenio para conseguir la adhesión no solo desde el punto de vista jurídico, sino también técnico.

Vid. Explanatory report to the Protocol núm. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, CETS núm. 194, 101.

También se pueden ver estos obstáculos técnicos en el Informe realizado por el Comité Director para los derechos humanos del Consejo de Europa, STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (CDDH), *Study of Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, de 28 de junio de 2002.

¹⁶¹ El artículo 13 del Convenio de Roma establece que «toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

¹⁶² Aquí habrá que considerar que el Tribunal de Justicia no podrá considerarse como una instancia internacional, sino nacional, a los efectos del artículo 35.2 b) del Convenio de Roma, que recordemos que dispone que el Tribunal «no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34» (demandas individuales) cuando «sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos».

Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05.

¹⁶³ *Vid. ZAGREBELSKY, V.: «La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell' uomo», en l' Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, [www.europeanrights.eu], pág. 4.*

5. CONCLUSIONES

Después de realizar un estudio sobre el proceso que llevó a la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales, y a la previsión de la adhesión en el Convenio de Roma, con todas aquellas cuestiones interconectadas que se han señalado a lo largo del trabajo, nos parece oportuno extraer las siguientes conclusiones:

1. Hemos reflexionado sobre los problemas advertidos por la doctrina en el sistema casuístico de protección de derechos fundamentales desarrollado por el TJ, y que han justificado dos soluciones: la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales y la previsión de la adhesión al Convenio de Roma; dos soluciones que suponen formalizar la tutela de los derechos fundamentales.
2. La previsión de la adhesión al Convenio de Derechos Humanos se encontraba ya en el fracasado Tratado constitucional, y se mantiene en el Tratado de Lisboa. Supone un reforzamiento claro de la voluntad de la Unión Europea de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho de la Unión Europea.
3. En cuanto a la Carta de Derechos Fundamentales, hay que decir que si bien con el Tratado de Lisboa queda fuera del contenido del Tratado de la Unión Europea, se le atribuye una fuerza jurídica equivalente a la del mismo. No obstante, los *opt-outs* británico y polaco, su *vis expansiva*, y en el caso de España su publicación en el Boletín Oficial del Estado, han suscitado reflexiones doctrinales que hemos puesto de relieve en los apartados correspondientes. Es una obviedad insistir en que no caben dudas sobre su eficacia jurídica, al menos con carácter general, puesto que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, producida el 1 de diciembre de 2009, la Carta ha entrado también en vigor.
4. Hemos dedicado un apartado a las perspectivas de futuro del Tratado de Lisboa, centrándonos en una de las cuestiones clave de un futuro próximo, teniendo en cuenta la fuerza jurídica que adquiere la Carta de Derechos Fundamentales, y la previsión de adhesión al Convenio de Roma: una visión comparada de dos textos, Carta y Convenio, que están llamados a una interrelación activa. No obstante, con antelación hemos tratado de esbozar las posiciones actuales de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo sobre el sistema y su influencia recíproca.

De la exposición del trabajo se puede concluir que estamos llamados a vivir en un sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales, en el que el TJ va a jugar un papel de tribunal constitucional para el Derecho de la Unión Europea semejante al de los tribunales constitucionales en los Estados miembros, y vinculado como ellos a una declaración de derechos, y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. La diferencia estribaría en que el TJ no es una jurisdicción especializada, puesto que gozaría a la vez de atribuciones de tribunal supremo y de tribunal constitucional. Queda pendiente un estudio profundo por parte de la doctrina sobre esta función constitucional del Tribunal de Justicia.

A partir de aquí, se plantean muchos interrogantes que habrá que resolver conforme se avance hacia la adhesión o no del Convenio de Roma, y conforme apliquen el TJ y la jurisdicción interna la Carta de Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho de la Unión. Especialmente interesante, como hemos dejado apuntado antes, será estudiar la función del TJ en la protección de los derechos fundamentales, puesto que, con una Carta de Derechos Fundamentales ya vigente, debería asumir un rol de carácter más constitucional y protector de los derechos fundamentales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M.: *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2008.
- ALONSO DE ANTONIO, A.L.: «Aproximación al marco constitucional de los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, 2001, págs. 35-70.
- ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2007.
- y SARMIENTO, D.: *La Carta de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Thomsom/Civitas, Cizur Menor, 2006.
- «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000.
- ALSTON, P.H. y WEILER, J.H.H.: «An ever closer Union in Need of a Human Rights Policy. The EU and HR» en ALSTON, P.H.: *European Union and Human Rights*, Oxford University Press., 1999.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «La constitución europea en el camino hacia el derecho constitucional europeo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, págs. 41-52.
- BAQUERO CRUZ, J.: «¿Qué queda de la Carta?», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15, 2008.
- BERRAMDANE, A.: «La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 2, 2006, págs. 243-272.
- BIFULCO, R., CARTABIA, M., y CELOTTO, A. (dir.): *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- BOBBIO, N.: *El Tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2.^a edición, Valencia, 2010.

- BRIBOSIA, E. y SHUTTER, O.: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Journal des Tribunaux*, núm. 120, de 24 de marzo de 2001, págs. 281-293.
- BUSTOS GIBERT, R.: «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 147-168.
- CABEZUDO BAJO, M.J.: «La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional», *Revista de derecho político*, núm. 77, 2010, págs. 141-182.
- CÁMARA VILLAR, G.: «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, págs. 9-42.
- CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, págs. 27-59.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, págs. 7-26.
- CARTABIA, M.: «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, págs. 199-236.
- CASTILLO DAUDÍ, M.: «Los derechos humanos en la Unión Europea», en *Cuadernos de Integración Europea*, Marzo 2006, págs. 1-36.
- CONSTANTINESCO, V.: «La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia», *Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, UCM, 2001, págs. 179-196.
- CORTÉS HERRERA, V.R.: «El juego de la cláusula democrática en relación con la condición de miembro de la Unión Europea: ¿Verdadero compromiso o exigencia de lo políticamente correcto?» en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, BOE, Madrid, 2003, págs. 107-114.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J.: «Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multinivel de Derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (VIKING C-438/05)», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 16, 2008, págs. 1-14.
- DE SCHUTTER, O. y LEJEUNE, Y.: «L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 32/5-6, 1996, págs. 555-606.
- DÍAZ CREGO, M.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, págs. 139-176.
- *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2009.

- DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, Tomo II. Organizaciones, Tecnos, Madrid, 1990.
- DÍEZ PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005.
- *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2009.
- DOUGLAS-SCOTT, S.: «A Tale of Two Courts: Luxemburg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis», *Common Market Law Review*, v. 43, núm. 3, 2006, págs. 629-665.
- «Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland», *Common market Law Review*, v. 41, núm. 3, 2006, págs. 243-254.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, núm. 3, 1996, págs. 817-838.
- FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 144, 1997, págs. 41-55.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J (coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 119-149.
- GAJA, G.: «Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, v. 33, núm. 5, 1996, págs. 973-989.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M.E.: *El convenio europeo de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GARCÍA ROCA, J.: «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?» en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales; de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 15-54.
- GOLDSMITH, L.: «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, v. 38, núm. 5, 2001, págs. 1.201-1.216.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, 2008.
- GROPPI, T.: «La codificación de los derechos en la Constitución europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, págs. 27-60.
- GROS-VERHEYDE, N.: «Une Charte à valeur juridique variable», *Europolitique*, núm. 3407, 2007.

- HARPAZ, G.: «The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy», *Common Market Law Review*, v. 46, núm. 1, 2009, págs. 105-141.
- HOWE, M.: *Safeguarding Sovereignty: A Bill for U.K. Constitutional Rights in the EU*, Politeia, Londres, 2009.
- «Time to Safeguard British Sovereignty» en *The Wall Street Journal*, de 4 de enero de 2010, [<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704876104574631902563957112.html>].
- JIMENA QUESADA, L.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, págs. 63-83.
- KAUFF-GAZIN, F.: «Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne: un bilan contrasté», *EUROPE-actualité du droit communautaire*, núm. 7, 2008.
- KELLER, H. y SCHELL, C.: «International Human Rights Standards in the EU A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?», *Revue Suisse de Droit international et the Droit europeen*, v. 20, núm. 1, 2010, págs. 3-37.
- KUMM, M.: «¿Who is the final arbiter of Constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», *Common Market Law Review*, v. 36, núm. 2, 1999, págs. 351-386.
- LASO PÉREZ, J.: «La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 2, 2008.
- LEANERTS, K. y DE SMIJTER, E.: «A Bill of Rights for the European Union», *Common Market Law Review*, v. 38, núm. 2, 2001, págs. 273-300.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: «Derechos Humanos y Unión Europea», en CARDONA LLORENS, J. (coord.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Bancaja, 1997, págs. 363-420.
- LÓPEZ BASAGUREN, A.: «La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 5, 2003.
- LOUIS, J.V.: «Bilan d'une réforme. De l'Acte unique européen à la CIG 2007», *Cahiers de droit europeen*, v. 43, núm. 5-6, 2007, págs. 559-51.
- MANGAS MARTÍN, A.: *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.
- «El tren europeo vuelve a sus railes: el Tratado de Lisboa», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 2, 2008.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «La doble funcionalidad de la ley orgánica por la que se autoriza la ratificación del tratado de Lisboa. La Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea en el "Boletín Oficial del Estado"», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, págs. 135-157.

- MARINAS SUÁREZ, D.: «Senator Lines c. los quince Estados miembros de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004.
- MENÉNDEZ, J.A.: «"Rights to Solidarity" balancing Solidarity and Economic Freedoms», en ERIKSEN, E., FOSSUM, J. y MENÉNDEZ, J. (eds.): *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, págs. 179-198.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, págs. 109-148.
- PALACIOS GONZÁLEZ, J.: «La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 40, 2009, págs. 161-179.
- PASTOR PALOMAR, A.: «La regla *inclusio unius, exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros», en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES (coord.): *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 159-178.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa», en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 3-14.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la efectiva protección de los derechos comunitarios de los particulares», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 8, 2003.
- PESCATORE, P.: «La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'home», en *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Colonia, 1988.
- RIDAEU, J.: «Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos», en MATÍA PORTILLA, F.J. (ed.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 61-86.
- RODRÍGUEZ, A.: «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, 37-56.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A.: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Lección inaugural del Curso Académico 2000-2001, Universidad Autónoma de Madrid).
- ROSAS, A.: «Fundamental Rights in the Luxemburg and Strasburg Courts», en BAUDENBACHTER, C.A., TRESSELT, P., y ÖRLYSSEN, T (eds.): *The EFTA Court. Ten years on*, Oxford/Portland, 2005.
- ROSSI, L.S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», [<http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/Rossi.doc>].
- RUBIO LLORENTE, F.: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), y ALONSO GARCÍA, R. (subdir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 113-147.

- RUIZ JARABO y COLOMER, D., ALONSO GARCÍA, R., y BORRAJO INIESTA, I.: «Los Tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2006, págs. 185-202.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A.: «El Tratado de Lisboa: comienza una nueva etapa para Europa», *Diario La Ley*, núm. 6851, Sección Doctrina, 31 dic. 2007, Año XXVIII, Ref. D-282, La Ley.
- SALINAS ALCEGA, S.: «Desarrollos recientes en la protección de los derechos humanos en Europa. Nuevos elementos en una vieja controversia: la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 199-200, 2001, págs. 9-36.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 175-210.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.: «Sobre el derecho internacional de los derechos humanos y comunitario europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 5, 1999, págs. 95-108.
- SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004.
- SARRIÓN ESTEVE, J.: «La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes», *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2007, págs. 631-646.
- «La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo», *Criterio Jurídico*, v. 9, núm. 1, 2009, págs. 39-53.
- «El Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *CefLegal Revista Práctica de Derecho*, Marzo 2010 [<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal/el-derecho-de-la-union-europea-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-RCL001592.htm>].
- SCHEECK, L.: «The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights», en *ZaöRV*, 65, 2005.
- SCHILLING, T., WEILER, J.H.H. y HALTERN, U.R.: «Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences?», Jean Monnet Paper, 1996, [<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9610.html>].
- STONE SWEET, A.: «Constitutional Dialogues in the European Community», en SLAUGHTER, A.M., STONE SWEET, A. y WEILER, J.H.H.: *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, págs. 305-330.
- TAJADURA, J. y DE MIGUEL, J (coords.): *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid, 2008.
- VALLE GÁLVEZ, A.: «La especificidad del ordenamiento comunitario (comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 1, 1993, págs. 155-194.

- VIDAL PRADO, C.: *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid, 2004.
- VITORINO, A.: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du Droit de l'Union européenne*, núm. 1, 2001.
- WEILER, J.H.H.: «We will do, And Hearken», en BIEBER, R. y WIDMER, P (eds.): *Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union*, The European Constitutional Area, Zurich, 1995.
- ZAGREBELSKY, G.: «La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell' uomo» (19-12-2007), en el *Observatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, [www.europeanrights.eu].
- ZANGUÌ, C.: «Un 'altra critica al parere 2/94 della Corte sull' adesione della Comunità Europea alla CEDU», en *Scritti in onore di G.F. MANCINI, Diritto dell' Unione Europea*, V.II, 1998, Milán, págs. 1.001 y ss.