Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa

José Ramón Canedo Arrillaga
Profesor de Derecho Comunitario, Universidad de Deusto

y

Luis I. Gordillo Pérez
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Deusto

Sumario: I. Introducción.—II. La incorporación de los derechos fundamentales al sistema comunitario: el papel del TJCE A. Los derechos fundamentales como parámetro de validez. 1. La posición inicial del Tribunal de Justicia. 2. El diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales. 3. La opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B. Los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del Derecho.—III. La progresiva incorporación de los derechos fundamentales a los Tratados. A. Planteamiento. B. La Carta de Derechos Fundamentales.—IV. La reforma que no llega: esperando a Lisboa. A. La situación de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa. B. La incorporación al Convenio Europeo de Derechos Humanos. C. Conclusión.

Resumen: El artículo tiene como objetivo presentar la situación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En un primer momento, se analiza la situación de los mismos en las versiones originales de los Tratados así como el esencial papel jugado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la articulación de un sistema de protección de esos derechos, a falta de previsiones escritas. Posteriormente, se pasa revista a las aportaciones de derecho positivo que se han ido produciendo en el tiempo, para terminar con un análisis del impacto que el Tratado de Lisboa podría tener en esa sensible área, tanto a través de la consagración de la Carta de Derechos Fundamentales como de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derechos Fundamentales – Carta de Derechos Fundamentales – Convenio Europeo de Derechos Humanos – Tratado de Lisboa – Tribunal de Justicia

Abstract: *The goal of the article is to present the situation of human rights in the European Union's legal order. First, the situation of human rights in the original version of the treaties is analysed, as well as the crucial role palyed by the European Court of Justice in the development of a system for the protection of those rights, lack of written provisions. The main legal changes introduced in this area are later revised. Finally, the article explores the impact the Lisbon Treaty might*

have, both through the constitutionalization of the Charter of Fundamental Rights –and making it legally binding- and through the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.

Keywords: *Fundamental Rights – Charter of Fundamental Rights – European Convention on Human Rights – Lisbon Treaty – European Court of Justice*

I. **Introducción**

1. Los derechos fundamentales son uno de los asuntos clásicos del derecho comunitario. Los Tratados fundadores de las Comunidades Europeas, en su versión original, no contenían disposiciones específicas para la protección de dichos derechos[1]. A pesar de ese silencio inicial de los Tratados, tales derechos han entrado en escena de la mano del Tribunal de Justicia. Esta situación ha generado abundantes contribuciones doctrinales sobre la cuestión de hasta qué punto las Comunidades están obligadas a respetar los derechos fundamentales e, incluso, cuáles serían éstos[2]. Posteriormente, esta jurisprudencia se ha

[1] De hecho, hubo que esperar hasta el Tratado de Maastricht (1992) y a su artículo F para encontrar una mención expresa a los derechos fundamentales y, aun así, aparecía redactado en términos tales que en principio, se acercaría más a una declaración política que a una disposición jurídicamente vinculante.

[2] Sobre esta cuestión la literatura es muy abundante. Así, *vide* P. PESCATORE, «The context and significance of fundamental rights in the law of the European Communities», *Human Rights Law Journal*, vol. 2/3-4, 1981, pp. 295-308; J. SCHWARZE, «The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights», *Common Market Law Review*, vol. 23/2, 1986, pp. 401-417; M.A. DAUSES, «The protection of fundamental rights in the Community legal order», *European Law Review*, vol. 10/6, 1985, pp. 398-419; H.G. SCHERMERS, «The European Communities Bound by Fundamental Human Rights», *Common Market Law Review*, vol. 27/2, 1990, pp. 249-258; M. ZULEEG, «Der Schutz der Menschenrechte im Gemeinschaftsrecht», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1992, pp. 937-944; A. O'NEILL, J. COPPEL, «The European Court of Justice: taking rights seriously?», *Common Market Law Review*, vol. 29/4, 1992, pp. 669-692; J. WEILER, N. LOCKHART, «"Taking Rights Seriously": seriously the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, Part I», *Common Market Law Review*, vol. 32/1, 1995, pp. 51-94; J. WEILER, N. LOCKHART, «"Taking Rights Seriously": seriously the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, Part II», *Common Market Law Review*, vol. 32/2, 1995, pp. 579-627; P. ALSTON, J. WEILER, «An "Ever Closer Union" in Need of a Human Rights Policy», *European Journal of International Law*, vol. 9/4, pp. 658-723; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities», *Columbia Journal of European Law*, vol. 1/2, 1995, pp. 169-181; K. LENAERTS, «Le respect des Droits fondamentaux en tant que principe constitucionnel de l'Union Européenne», M. DONY, A. DE WALSCHE, M. WAELBROECK, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 423-457; D. WAELBROECK, «Fundamental rights in the European Union: possible

Cuadernos Europeos de Deusto
ISSN: 1130 - 8354, Núm. 39/2008, Bilbao, págs. 27-59

visto reforzada por las sucesivas modificaciones de los Tratados. La elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»), proclamada dos veces hasta la fecha, y la problemática de la adhesión de la Comunidad, después la Unión, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, «CEDH») ha sido objeto de estudio de la doctrina europea. 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.

2. Algunos autores analizan la evolución de la integración europea atendiendo al papel cada vez más importante que se otorga a los derechos fundamentales en el «proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»[3]. Tal y como constata toda la doctrina que ha analizado la cuestión, a pesar de que los Tratados fundacionales obviaban por completo la cuestión de los derechos fundamentales, sin embargo éstos fueron adquiriendo una importancia creciente, desde finales de los 60[4]. Desde entonces, la cuestión ha ido evolucionando a medida que se otorgaba cada vez mayor reconocimiento a estos derechos y, sobre todo, una mayor efectividad de la mano del Tribunal de Justicia. En el momento actual, y antes de que entre en vigor el Tratado de Lisboa, los derechos fundamentales están reconocidos como principios fundadores de la Unión, que han de ser respetados por sus instituciones y que, además, forman parte de los principios generales del derecho comunitario, cuya efectividad garantiza el Tribu-

---

developments in the years to come», A. DASHWOOD *et allii, The Developing role of the European Court of Justice*, European Policy Forum - Frankfurter Institut, London - Frankfurt am Main, 1995, pp. 17-27; K. LENAERTS, «Fundamental Rights in the European Union», *European Law Review*, vol. 25/6, 2000, pp. 575-600; A. VON BOGDANDY, «The European Union as a Human Rights organization? Human Rights and the core of the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 37/6, 2000, pp. 1307-1338; A.G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea,* 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999; J. CORCUERA ATIENZA, *et allii, La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002; F.J. MATÍA PORTILLA *et allii, La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea,* Civitas, Madrid, 2002.

[3] *Vide,* v.gr., A. CLAPHAM, A. CASSESE, J.H.H. WEILER, *European Union: The Human Rights Challenge, vol. III, Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Nomos, Baden-Baden, 1991. La frase entrecomillada es del preámbulo del Tratado de la Unión Europea, versión consolidada. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C321/E, de 29 de diciembre de 2006. El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, no modifica este punto del preámbulo. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 306/11, de 17 de diciembre de 2007.

[4] En el Asunto 29/69, *Stauder*, Sentencia de 12 de noviembre 1969, ya se trató, aunque tangencialmente, la cuestión. Sobre este caso, *vide infra*.

nal de Justicia[5]. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos fundamentales sería plenamente vinculante y, además, se establece que la Unión se adherirá al Convenio Europeo de Derechos Fundamentales.

II. La incorporación de los derechos fundamentales al sistema comunitario: el papel del TJCE

3. Como queda dicho, los Tratados comunitarios no contenían en su origen ninguna disposición general relativa a los derechos fundamentales, aun cuando ciertos principios como el de la no discriminación o el de la libre prestación de servicios podrían, en ciertos casos, ser coincidentes con algunas disposiciones relativas a los derechos humanos[6]. La explicación de este silencio es simple. Dada la naturaleza económica de los Tratados, sus autores no pensaron que pudiera existir un riesgo de colisión entre la legislación comunitaria y los derechos humanos. En el momento de la redacción de los Tratados, la concepción mayoritaria sobre la naturaleza de los derechos humanos incluía dentro de esta categoría los derechos civiles y políticos, con lo que se hacía difícil concebir posibles interferencias entre regulaciones de carácter económico y los derechos fundamentales.

4. La experiencia ha demostrado, sin embargo, cuán errónea era esta apreciación, dado que obviaba el hecho de que los derechos fundamentales actúan como límite de la actividad de todo poder público (ya tenga éste una dimensión local, regional, estatal o supranacional) e, incluso, pueden aplicarse en las relaciones entre particulares[7]. De este modo, en el debate en Ir-

---

[5] Para una precisa narración de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la UE, *vide* H.G. SCHERMERS, D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001.

[6] J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne,* 4.e ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 54-55.

[7] Sobre la posibilidad de que los derechos fundamentales se apliquen en las relaciones entre particulares, la doctrina alemana, especialmente, ha desarrollado la interesante teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* o, más comúnmente conocida como *Drittwirkung*. Sobre esta cuestión, *vide* W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1960; W. RÜFNER, «Drittwirkung der Grundrechte-Versuch einer Bilanz», P. SELMER, I. VON MÜNCH, *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, De Gruyter, Berlin, 1987, pp. 215-230; C. STARCK, «Derechos fundamentales y Derecho Privado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, pp. 65-90; M. VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004. Sobre la teoría de la *Drittwirkung* en el sistema del CEDH, para una visión general *vide* F.G. JACOBS, R.C.A. WHITE, C. OVEY, *Jacobs and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006, pp. 51-52, y, para un estudio más exhaustivo, *vide* A. CLAPHAM, *Human Rights in Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford 1993.

landa sobre la ratificación del Acta Única Europea, inicialmente se descartó el argumento según el cual la integración comunitaria podía afectar al derecho absoluto a la vida desde el mismo momento de la concepción, reconocido por la Constitución irlandesa (artículo 40.3.3.º). Posteriormente, el Tribunal de Justicia hubo de decidir una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una medida irlandesa que prohibía la difusión de información en la isla sobre las condiciones en las que las clínicas de otros Estados miembros practicaban legalmente el aborto[8]. En este controvertido caso, el Tribunal entendió que la cuestión se veía afectada por las reglas sobre la libre prestación de servicios y por lo tanto entraba dentro del ámbito de competencia de la Comunidad Europea. Este caso demuestra que no es posible excluir *a priori* toda interferencia entre la actividad de la Unión y las cuestiones relativas a los derechos fundamentales. Los riesgos de colisión se han visto lógicamente acrecentados tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (título VI TUE) y tras la comunitarización que operó el Tratado de Ámsterdam de parte del título VI[9], en concreto la relativa a visados, asilo, inmigración y la cooperación judicial en materia civil.

A. *Los derechos fundamentales como parámetro de validez*

1. La posición inicial del Tribunal de Justicia

5. Dado el silencio de los Tratados, la cuestión no tardó en presentarse ante el Tribunal de Justicia. En sus primeras decisiones, el Tribunal rechazó tomar en consideración la argumentación de los recurrentes de que determinados actos comunitarios eran nulos puesto que atentaban contra derechos fundamentales amparados por las constituciones nacionales[10].

---

[8] Asunto C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan and others*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991, Recopilación de Jurisprudencia 1991, p. I-4685. *Vide* B. Wilkinson, «Abortion, the Irish Constitution and the EEC», *Public Law*, spring, 1992, pp. 20-30, y D.R. Phelan, «Right to Life of The Unborn v. Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union», *The Modern Law Review*, vol. 55/5, 1992, pp. 670-689.

[9] J.P. Jacqué, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne, op. cit.,* p. 54.

[10] *Vide*, v.gr., Asunto 1/58, *Friedrich Stork & Cie v. Haute Autorité de la CECA*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1959, *Recueil de jurisprudence* 1959, p. 43; Asuntos 36, 37, 38 y 40/59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a. v. Haute Autorité de la CECA*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1960, *Recueil de jurisprudence* 1960, p. 857; todos ellos comentados en L.J. Brinkhorst, H.G. Schermers, *Judicial remedies in the European Communities: a case book,* 2nd ed., Kluwer, Deventer, 1977, pp. 181-191.

6. Esta jurisprudencia planteaba una serie de problemas. En primer lugar, suponía que la creación de las Comunidades traía aparejado un déficit en la protección de los derechos fundamentales. Es decir, estaba claro que las competencias que los Estados ejercían estaban sometidas al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. Ahora bien, la transferencia de esas competencias a una instancia supranacional (las Comunidades), ¿implicaría que su ejercicio ya no estaba sometido a los límites que planteaban los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales? Una respuesta afirmativa habría permitido concluir que la creación de las Comunidades (con la consiguiente transferencia de poderes) operaba una reducción de la protección de los derechos del individuo. Además, se haría necesario explicar por qué competencias cuyo ejercicio estaba limitado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en cinco de los seis Estados miembros (Francia no lo ratificaría hasta 1974), escaparían a todo control tras una eventual cesión a las Comunidades. Del mismo modo, habría que justificar la razón por la cual los particulares que disponían de un recurso directo ante las instancias de Estrasburgo (Comisión y, en su caso, Tribunal en aquella época) perderían este derecho tras una posible transferencia de competencias[11].

7. Era, pues, sólo cuestión de tiempo que surgieran las primeras controversias entre las distintas instancias judiciales encargadas de la protección de los derechos fundamentales. En efecto, los particulares comenzaron a esgrimir ante los tribunales nacionales y ante el propio Tribunal de Justicia que determinados actos comunitarios eran nulos dado que atentaban contra derechos fundamentales amparados por textos constitucionales nacionales[12]. Dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ejercía un control apropiado sobre el respeto por parte de los actos comunitarios de los derechos fundamentales, algunos tribunales nacionales que vieron un peligro potencial de que se atentara contra derechos amparados por sus respectivas constituciones, empezaron a declararse competentes para controlar, en último término, el ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales, lo que implicaba, en el mejor de los casos, un riesgo para la aplicación uniforme del Derecho comunitario o, lisa y llanamente, la negación de su primacía[13].

---

[11] J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne, op. cit.,* p. 53.

[12] *Vide*, v.gr., Asunto 1/58, *Stork, cit*., asuntos 36, 37, 38 y 40/59, *Präsident Ruhrkohlen, cit.,* así como los Autos del Tribunal Constitucional alemán de 5 de julio de 1967, 18 de octubre de 1967, 9 de junio de 1971 y 29 de mayo de 1974, todos ellos comentados en L.J. BRINKHORST, H.G. SCHERMERS, *Judicial remedies in the European Communities: a case book,* 2nd ed., Kluwer, Deventer, 1977, pp. 181-191.

[13] Recuérdese cómo el Tribunal Constitucional alemán aceptó la posibilidad de que la aplicación en Alemania de ciertas disposiciones comunitarias fuese declarada inconstitucional si infringía derechos fundamentales. *Vide* la sentencia que resolvió el caso *Internationale*

Se inició entonces, un interesante proceso, que algunos han calificado de «diálogo», en el que las altas instancias judiciales involucradas fueron definiendo sus posiciones y estableciendo los requisitos para aceptar los planteamientos de sus homólogos[14].

2. El diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales

a) Primera fase: el establecimiento de las líneas rojas

8. Fue la *Corte costituzionale* italiana la primera que se pronunció sobre los límites constitucionales al proceso de integración. En su famosa sentencia del caso *Frontini* (1973) sentó la teoría de los *controlimiti*, según los cuales, la limitación de la soberanía derivada del proceso de integración europeo no podría bajo ningún concepto conducir al otorgamiento a las instituciones comunitarias de «un poder inadmisible de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana»[15]. Esta doctrina sería posteriormente reiterada en los asuntos *Granital* (1984) y *Frad* (1989)[16].

9. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán sostuvo en su celebérrima decisión de 1974 (*Solange I*) que «[e]n tanto no se haya alcanzado un desarrollo suficiente del proceso de integración de la Comunidad como

---

Handelsgesellschaft, más conocido como, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271. Por su parte, unos años antes el Tribunal de Luxemburgo ya había advertido en la cuestión prejudicial que le elevó el tribunal de instancia del mismo caso de los peligros de acudir a normas y conceptos jurídicos nacionales para apreciar a validez de los actos de las instituciones comunitarias, *vide* asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Recueil de jurisprudence* 1970, p. 1125, especialmente §3.

[14] Para un balance sobre el «diálogo» entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, *vide* A.M. Slaughter, A. Stone Sweet & J.H.H. Weiler, *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, especialmente la contribución de A. Stone Sweet, «Constitucional Dialogues in the European Community», pp. 305-330.

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 183/1973, de 18 de diciembre (publicada el 27 de diciembre), caso *Frontini*. En concreto, el Constitucional italiano dispuso que «*deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma —sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini—, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*».

[16] *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 170/1984, de 5 de junio (publicada el 8 de junio), caso *Granital*, sobre todo el fundamento jurídico 4, que recuerda la doctrina *Frontini*; la Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 232/1989, de 13 de abril (publicada el 3 de mayo), fundamento jurídico 3.

para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un parlamento y con vigencia efectiva que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal a través del procedimiento de "control de normas" (…)» si no queda del todo convencido por la respuesta que el Tribunal de Luxemburgo le haya dado en torno a la compatibilidad entre la norma comunitaria cuestionada y los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento alemán[17]. No obstante, en caso de constatar una violación de algún derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no se declaraba competente para invalidar la norma comunitaria, sino para declarar inconstitucional todo acto de los poderes públicos germanos tendentes a su aplicación interna[18].

10. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por su parte, comenzó a prestar una mayor atención a los derechos fundamentales[19], quizás en un intento de que las jurisdicciones internas aceptasen la supremacía del Derecho Comunitario. Ya en 1969 (caso *Stauder*), el Tribunal reconoció, al menos implícitamente, en un *obiter dictum* que los derechos fundamentales de la persona formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario[20]. Poco después, en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft,* en el que el recurrente había alegado una violación de sus derechos fundamentales por parte de un acto comunitario, el Tribunal, si bien rechazó que tal violación se hubiese producido, reconoció expresamente que «el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia» y que para definir estos derechos había que inspirarse en las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»[21]. Unos años más tarde (caso *Nold,* 1974), el Tribunal de Jus-

---

[17] Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 20 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71.

[18] R. Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea,* Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 259.

[19] Sobre este punto, se puede ver J. Astola Madariaga, «Los derechos fundamentales y el Derecho comunitario», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 18, pp. 115-142.

[20] Concretamente, la versión francesa de la sentencia, decía que «la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire», *vide* Asunto 29/69, *Stauder vs. Stadt Ulm*, Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Recueil de jurisprudence* 1969, p. 419. Sobre el caso del Sr. Stauder contra la ciudad de Ulm, *vide* C.D. Ehlermann, «Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 12.11.1969, Rs. 29/69», *Europarecht*, 1970, pp. 41-47.

[21] Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft, cit.,* §4 «le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect (…) [et] la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions consti-

ticia puntualizó su jurisprudencia haciendo referencia a los instrumentos nacionales a los que los Estados miembros se habían adherido o en cuya elaboración habían participado. En particular, se hacía referencia al Convenio Europeo[22]. Finalmente (caso *Wachauf*, 1989), el Tribunal reordenaría toda su jurisprudencia anterior en materia de derechos fundamentales y concretó de forma definitiva una jurisprudencia que mantendría hasta la actualidad, en virtud de la cual «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario»[23].

b) Segunda fase: el acercamiento de posiciones

11. De esta manera, tras la evolución experimentada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional alemán modificó su doctrina sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y la Constitución alemana. Así, tras un primer cambio de enfoque en el caso *Eurocontrol* (1981), la alta instancia de Karlsruhe modificó radicalmente su jurisprudencia en la famosa sentencia *Solange II* (1986)[24]. En este segundo caso, invirtiendo los términos empleados en *Solange I,* el Constitucional alemán dispuso que «[e]n tanto [*Solange*] que las Comunidades Europeas (…) garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha

---

tutionnelles communes aux États membres, doit être assureé dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté». Esta misma jurisprudencia sería reafirmada unos años más tarde en el caso *Hauer*, asunto 44/79, *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Recueil de jurisprudence,* 1979, p. 3727, especialmente §§14 y 15.

[22] Asunto 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung vs. Commission*, Sentencia 14 de mayo de 1974, *Recueil de jurisprudence,* 1974, p. 491.

[23] Asunto 5/88, *Hubert Wachauf vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Sentencia 13 de julio de 1989, *Recopilación de jurisprudencia* 1989, p. 2609.

[24] Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 de junio de 1981, BVerfGE 58, 2 BvR 1107/77 y 195/79, caso *Eurocontrol I*; y Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339, 2 BvR 197/83, caso *Solange II*.

de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental (…) el BVerfGE no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado (…) y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental»[25]. Esta nueva doctrina de la «protección equivalente», puesta de nuevo en entredicho en el caso *Maastricht* (1993), sería definitivamente confirmada por el Alto Tribunal alemán en su decisión sobre el mercado de *Bananas* (2000)[26]. Así, el Constitucional germano ha otorgado una inmunidad casi total al Derecho comunitario, bajo reserva de una improbable degradación del nivel general de protección de derechos en el seno de la Comunidad, dejando el control del ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales en manos del Tribunal de Luxemburgo[27].

12. El Consejo Constitucional francés, por su parte, asumiría también a su manera esta doctrina de la «protección equivalente» con el único límite de entrar en clara colisión con el texto constitucional. Después de una serie de Decisiones en las que se definía la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional francés durante un intenso año 2004, el *Conseil* dictaminó en el caso de la ley relativa a la bioética que «la transposición en Derecho interno de un directiva comunitaria deriva de una exigencia constitucional a la que sólo cabría oponer la existencia de una disposición expresa contraria a la Constitución»[28]. Así, como han interpretado los servicios del Consejo Constitucional, «sólo en caso de contradicción con una disposición expresa contraria de la Constitución francesa, la obligación de transposición dejaría de ser constitucional, aunque seguiría existiendo como obligación comunitaria»[29].

---

[25] Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de octubre de 1986, caso *Solange II*, BVerfGE 73, 339 (387).

[26] Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92, BverfGE 89, 155, caso *Maastricht;* y Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 7 de junio de 2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, caso *Bananenmarktordnung*.

[27] J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne, op. cit.*, p. 57.

[28] Decisión del Consejo Constitucional Francés 2004-498 DC, de 29 de julio de 2004, caso *Bioética*, considerando 4.

[29] *Vide* el documento *La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, de 8 de noviembre de 2004 elaborado por los servicios del Consejo Constitucional francés, (disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505/note.pdf>). En concreto, la cita está en la p. 57. Quedaría tan sólo concretar qué se entiende por «disposición expresa de la Constitución», habida cuenta del concepto de Constitución francés, que no se reduce al texto de 1958 con las sucesivas enmiendas, sino que abarca todas las normas y principios que integran el denominado *bloc de constitutionnalité*. Sobre esta categoría *vide* L. FAVOREU, P. GAIA *et allii, Droit constitution-*

3. La opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

13. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ratificaría estos planteamientos referentes a la doctrina de la protección equivalente[30]. La postura de la Corte de Estrasburgo puede resumirse como sigue. En un primer momento (caso *M. & Co*., 1990), el TEDH reconoció que sería difícilmente admisible que la transferencia de competencias a las Comunidades Europeas librara a éstas de respetar en su ejercicio los derechos fundamentales que, en cambio, sí que estaban constitucionalmente obligadas a respetar las autoridades nacionales cuando las ejercían[31]. Recientemente, en el caso *Bosphorus* (2005), el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la importancia de la cooperación internacional a través de organizaciones como la Unión Europea[32]. Dada la aplicabilidad directa del Derecho comunitario, cuyas autoridades actúan como verdadero poder público, existe la posibilidad de que las autoridades europeas incurran en vulneraciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el CEDH que están bajo la jurisdicción de los Estados miembros. Para conciliar el respeto al Convenio con la importancia acordada a la Comunidad (en tanto que instrumento específico de cooperación internacional), el TEDH recurre a una fórmula similar a la que ya utilizara el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia *Solange II*. Así, el Tribunal de Estrasburgo otorga una presunción de conformidad del Derecho comunitario para con el CEDH, presunción que podrá ser rebatida si se demuestra que el Derecho comunitario no ofrece una protección equivalente a la dispensada por el Convenio. Por «equivalente», el Tribunal entiende una protección «comparable», aunque no «idéntica», tanto en lo relativo a las garantías procedimentales, como en lo que respecta a la configuración objetiva del derecho[33]. Sólo

---

nel, 10e ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 117-132, y la abundante bibliografía sobre la cuestión recogida en pp. 131-132. En castellano, es imprescindible el clásico L. Favoreu, «El bloque de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* n.º 5, enero-marzo de 1990, pp. 45-68. Para un estudio más reciente sobre el concepto, aunque más centrado en el caso español, *vide* I. Gómez Fernández, «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después», *Estudios de Deusto*, vol. 54/1, enero-junio de 2006, pp. 61-98.

[30] S. Douglas-Scott, «A Tale of Two Courts: Luxemboug, Strasbourg and the growing European Human Rights *Acquis*», *Common Market Law Review*, n.º 43, 2006, pp. 629-665.

[31] *Vide* caso *M. & Co. v. Alemania*, Decisión de la Comisión de 9 de febrero de 1990 (recurso núm. 13258/87), *Decisions and Reports* 64, p. 138.

[32] Caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005 (recurso núm. 45036/98), especialmente §§150-158. Para un comentario de esta sentencia, *vide* S. Douglas-Scott, «Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland», *Common Market Law Review,* vol. 41/3, 2006, pp. 243-254; S. Peers, «Limited responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law», *European Constitutional Law Review,* n.º 2, 2006, pp. 443-455.

[33] Caso *Bosphorus, cit*., §155. Sobre esta cuestión, se volverá *infra*.

cuando la protección de los derechos humanos pudiese considerarse «manifiestamente deficiente», los intereses de la cooperación internacional deben ceder ante el valor del Convenio como instrumento constitucional de orden público europeo en el campo de los derechos humanos.

B. *Los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del Derecho*

14. Planteada así la cuestión, en el momento actual, la dificultad radica en concretar qué derechos van a ser los considerados fundamentales por el Tribunal de Justicia y cuáles van a ser su extensión y contenido. Una primera cuestión que hay que tener presente es que cuando el Tribunal analiza si una determinada disposición de Derecho comunitario es o no conforme con los derechos fundamentales, lo hace siempre desde el punto de vista del Derecho comunitario, y no desde el de las constituciones nacionales[34]. Es decir, el Tribunal no emplea como norma de referencia (por utilizar una expresión francesa comúnmente aceptada por la doctrina) directamente una disposición concreta de una determinada constitución nacional, sino que, en ausencia de una norma comunitaria positiva, empleará los llamados principios generales del Derecho comunitario que están integrados, eso sí, por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. En este sentido, unas fuentes cualificadas en las que se encuentran plasmadas (si no todas, sí al menos una parte) las tradiciones constitucionales comunes son los tratados internacionales sobre derechos humanos que los Estados hayan firmado o en cuya redacción hayan participado directamente (caso *Nold*). Aquí cobra una especial importancia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al que, si bien en un primer momento, el Tribunal evitó referirse directamente, en la actualidad no tiene ningún rubor en citar como documento cualificado en el que figuran los derechos fundamentales producto de las tradiciones constitucionales comunes cuyo respeto tiene que asegurar. Ahora bien, el Tribunal de Luxemburgo evita considerarse expresa e irremediablemente (aunque se observa un progresivo cambio de actitud) constreñido por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y se erige, así,

---

[34] *Vide*, v.gr., el caso *Testa,* Asuntos 41, 121 y 796/79, *Vittorio Testa, Salvino Maggio et Carmine Vitale vs*. *Bundesanstalt für Arbeit,* Sentencia de 19 de junio de 1980, Rec. 1980, p. 1979, §18, donde se reconoce que «comme la Cour l'a souligné à plusieurs reprises, la question relative à une atteinte éventuelle aux droits fondamentaux par un acte institutionnel des Communautés ne peut être appréciée autrement que dans le cadre du droit communautaire lui-même, les droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect».

Cuadernos Europeos de Deusto
ISSN: 1130 - 8354, Núm. 39/2008, Bilbao, págs. 27-59

en el máximo intérprete de los derechos fundamentales (también de los contenidos en el CEDH) en el seno comunitario.

15. Dado que en un principio el ordenamiento jurídico comunitario carecía de una declaración de Derechos o algo que se le asemejase, cuando el Tribunal se vio abocado a reconocer la existencia de ciertos derechos fundamentales, dictaminó su obligatoriedad en tanto que principios generales del Derecho[35]. Esta salida era, por lo demás, comprensible. Aceptar la vinculación directa de los catálogos de derechos de las constituciones nacionales hubiera puesto en entredicho el principio de primacía del Derecho comunitario. Además, la falta de homogeneidad entre los distintos catálogos (y el diferente valor que se asignaba a cada derecho fundamental) hubiese necesitado el decantarse por una u otra declaración, con todos los problemas de tipo jurídico y político que ello implicaría. Ello sin contar con la merma de la seguridad jurídica (principio esencial del Estado de Derecho) que esta situación acarrearía[36].

16. A continuación, cabría preguntarse por la fuente de esos principios, o, dicho de otra manera, de dónde deduce el juez comunitario los principios generales del Derecho[37]. Desde el punto de vista doctrinal, la determinación del contenido de los principios generales del Derecho debe ser efectuada sobre la base de un examen comparativo de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad[38]. Además, dicho examen no puede pretender reconducir los sistemas jurídicos en cuestión a un único denominador común. En realidad, esos principios generales del Derecho únicamente pueden ser deducidos a través de la comparación de los distintos ordenamientos jurídicos. Esta metodología implicaría que el contenido de un determinado principio general del Derecho no tiene por qué coincidir con la solución jurídica adoptada por el mayor número de orde-

---

[35] Sobre este importante concepto, *vide* D. SIMON, «Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?», *Droits. Revue Française de Théorie Juridique,* núm. 14, 1991, pp. 73-86.

[36] Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, *vide* H.G. SCHERMERS, D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001, pp. 28-132. Igualmente, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law,* Oxford University Press, 1999; J.V. LOUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union Européenne,* Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 235-243, y K. LENAERTS, «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 52/4, 2003, pp. 873-906.

[37] En general, sobre las técnicas de elaboración que emplea el Tribunal para elaborar los principios generales del Derecho, *vide* D. SIMON, «Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?», *op. cit.,,* especialmente, pp. 79-82.

[38] K. ZWEIGERT, «Les principes generaux du droit des Etats membres», W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, M. WAELBROEK, *Les Novelles. Droit des Communautés européennes,* Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1969, pp. 441-445.

namientos. Por ello, el principio general del Derecho consistirá en lo que se revele como la mejor solución jurídica luego de haber realizado un estudio crítico de las distintas soluciones que aporta el Derecho comparado. Por lo demás, la concreción de la mejor respuesta jurídica tendría un efecto persuasivo que facilitaría el que el resto de ordenamientos evolucionasen en ese sentido. Finalmente, en el caso de los principios generales del Derecho comunitario, la mejor solución no será sólo la técnicamente más perfecta, sino que se dará preferencia a aquélla que mejor se corresponda con los objetivos de la Comunidad[39].

17. Desde el punto de vista práctico, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha seguido los postulados de la ciencia del Derecho comparado. Esta solución, además, permitía a la alta instancia de Luxemburgo reafirmar la autonomía del Derecho comunitario al tiempo que apuntalaba su autoridad como máximo intérprete de este ordenamiento. Así, en el caso *Handelsgesellschaft*, el Tribunal declaró la autonomía de los principios generales del Derecho comunitario, aunque reconoció, a su vez, que la salvaguardia de los derechos fundamentales se inspiraba en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros[40]. Así pues, la concreción o «descubrimiento» de principios generales en el ordenamiento comunitario presenta características propias, derivadas de la naturaleza específica del sistema comunitario. En efecto, la identificación de unos principios, que serán posteriormente consagrados como generales de Derecho comunitario, se efectúa según un razonamiento pragmático y ecléctico a la vez. Así, en primer lugar, se recurrirá a principios propios del Derecho internacional, del Derecho interno de los Estados miembros y también se recurrirá a una serie de principios deducidos del propio sistema comunitario. Algunos principios, además, están respaldados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[41]. A continuación, y antes de atribuir a esos principios la cualidad de principios generales del Derecho comunitario, es necesario verificar que

---

[39] *Ibidem,* pp. 444-445.

[40] Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft, cit.,* §§3-4. Igualmente, *vide* asunto 4/73, *Nold, cit.,* §13 y asunto 44/79, *Hauer, cit.,* §§14-15.

[41] Asunto T-54/99, *max.mobil vs. Comisión*, Sentencia de 30 de enero de 2002, *Recopilación de jurisprudencia* 2002, p. II-313, sobre la tutela judicial efectiva. Esta sentencia, que reconoció un derecho fundamental basándose en las tradiciones comunes recogidas en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, fue posteriormente recurrida en casación y anulada por el Tribunal de Justicia con una parca argumentación. En realidad, se trataba de analizar el valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales, si ésta era directamente aplicable o no. *Vide* Asunto C-141/02 P, *Comisión vs. T-Mobile Austria GmbH*, *Recopilación de jurisprudencia* 2005, p. I-1283, Sentencia de 22 de febrero de 2005. Para un comentario, *vide* F. CASTILLO DE LA TORRE, «Case C-141/02 P, Commission v. T-Mobile Austria GmbH, formerly max. mobil, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 22 february 2005», *Common Market Law Review*, vol. 42/6, 2005, pp. 1751-1763.

sean compatibles con las características propias del ordenamiento jurídico comunitario. Finalmente, ante una pluralidad de principios compatibles con el sistema comunitario se escogerá aquél que mejor se adecúe a los objetivos de la Comunidad. Esto conduciría a una aceptación selectiva concretada en una operación de filtro destinada a evitar que la coherencia del sistema jurídico comunitario se vea comprometida[42]. En otro orden de cosas, conviene no olvidar que la lista no es, en absoluto cerrada, sino que se va viendo definida y perfilada a través de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia, hasta tal punto que su desarrollo está plenamente vinculado al continuo proceso de evolución e integración comunitarios.

18. Los principios generales del Derecho forman parte del ordenamiento jurídico comunitario y, por ende, su infracción constituye «una infracción de este Tratado o de cualquier otra norma relativa a su aplicación» en el sentido y con el alcance de lo dispuesto en el artículo 230 TCE[43]. En realidad, como algún autor ha precisado, se trataría de una «súper-legalidad», en la medida en que los principios generales se imponen a las instituciones en la elaboración y en la aplicación del Derecho derivado[44]. En alguna ocasión, el Tribunal incluso ha aplicado un principio general que estaba en contradicción con la letra del Tratado[45]. Además, esta instancia judicial estima que los principios generales se imponen igualmente a los Estados miembros cuando éstos actúan en el ámbito del Derecho comunitario. Es decir, no corresponde al Tribunal de Justicia asegurar el respeto de los principios generales frente a actuaciones de los Estados miembros que quedan subsumidas en el ámbito de sus competencias reservadas (caso *Cinéthèque* 1985)[46] o que están fuera del ámbito de aplicación del Derecho-

---

[42] D. SIMON, *Le système juridique communautaire,* 3e ed., PUF, Paris, 2001, pp. 358-359.

[43] Asunto C-112/77, *Töpfer vs. Commission*, Sentencia de 3 mayo 1978, *European Court Reports* 1978, p. 1019. Para un comentario, *vide* J. USHER, «Article 173 EEC: Breach of a General Principle as a Ground for Annulment», *European Law Review*, 1978, pp. 383-385.

[44] D. SIMON, *Le système juridique communautaire, op. cit.,* p. 369.

[45] Asunto C-70/88, *Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas*, Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Recopilación de Jurisprudencia* 1991, p. I-4529, donde se discutía la aplicación del principio de democracia y el de equilibrio institucional. Para un comentario, *vide* J.P. JACQUÉ, «La légitimation active du Parlement européen ou il n'était pas nécessaire d'espérer pour entreprendre», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, pp. 620-631; K. BRADLEY, «Sense and Sensibility: Parliament v. Council Continued», *European Law Review*, vol. 16/3, 1991, pp. 245-257, y K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, R. BRAY, *Constitutional Law of the European Union,* 2nd ed., Thompson, London, 2005, p. 712.

[46] Asuntos acumulados 60 y 61/84, *Cinéthèque SA et autres vs. Fédération nationale des cinémas français*, Sentencia de 11 de julio de 1985, *Recueil de jurisprudence* 1985, p. 2605. Para un comentario, *vide* J.H.H. WEILER, «The European Court at a Cross Roads: Community Human Rights and Member State Action», en F. CAPOTORTI (ed.), *Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1987, pp. 821-842.

comunitario[47]. Por el contrario, las medidas adoptadas en aplicación del ordenamiento comunitario están sujetas al respeto de los principios generales del Derecho comunitario y las jurisdicciones nacionales están obligadas a asumir las consecuencias de esta subordinación del Derecho interno a la legalidad comunitaria.

19. Así pues, la construcción jurisprudencial de los principios generales del Derecho comunitario, a la que se vio abocado el Tribunal por la necesidad de tener en cuenta las exigencias de protección de los derechos fundamentales que imponían las constituciones nacionales, ha tenido un efecto más amplio y de mayor alcance. En este sentido, la cohesión que en términos dogmáticos han aportado los principios generales al sistema jurídico comunitario ha contribuido a reforzar, además, el Estado de Derecho en el seno de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros[48].

III. **La progresiva incorporación de los derechos fundamentales a los Tratados**

A. *Planteamiento*

20. Como se ha dicho anteriormente, la consagración de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, a través de su consideración como principios generales, fue obra del Tribunal de Justicia. No obstante, los Estados miembros y las otras instituciones han avanzado igualmente en esta dirección. Una Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 1977 ya daba cuenta de la importancia primordial que estas tres instituciones otorgaban a la cuestión[49]. Asimismo, en el preámbulo del Acta Única Europea, los Estados miembros se declaraban «[d]ecididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social (…)»[50].

---

[47] Auto de 6 de octubre de 2005, asunto C-328/04, *Vajnai*, Recopilación de Jurisprudencia 2005, p. I-8577.

[48] L. DUBOIS, *Droit Communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres,* Economica, Paris, 1995.

[49] *Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales*, de 5 de abril de 1977, *Diario Oficial* C 103, 27 de abril de 1977, p. 1.

[50] *Vide* párrafo 3.º del Preámbulo del *Acta Única Europea, Diario Oficial* L 169, 29 de junio de 1987.

21. El Tratado de la Unión Europea supuso un punto de inflexión en la materia. En efecto, su artículo F.2 (el actual 6.2) retomó la jurisprudencia del Tribunal haciendo del respeto a los derechos fundamentales uno de los principios generales del Derecho comunitario. Además, reprodujo la referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como fuente de los derechos fundamentales. Sin embargo, el artículo F estaba inicialmente situado en una parte del Tratado que quedaba sustraída al control del Tribunal. Por su parte, el artículo J.1, de apertura del Título V sobre la Política Exterior y de Seguridad Común, se refiere al respeto de los derechos humanos y de las libertades públicas como uno de los objetivos de la citada política. A su vez, el artículo K.2, situado en el título VI relativo a la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, imponía igualmente, en ese contexto, el respeto al Convenio Europeo y a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951. Además, en el ámbito de la acción exterior de la Comunidad Europea, el artículo 130 U del TCE (actual 177 TCE) hacía del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales uno de los objetivos de la política comunitaria de cooperación al desarrollo[51].

22. Esta consolidación del acervo jurisprudencial era ciertamente importante, pero los progresos no se detuvieron ahí. Durante las negociaciones del Tratado de Ámsterdam, la cuestión de los derechos fundamentales no podía ser ignorada tras el dictamen del Tribunal de Justicia relativo a la adhesión de la Comunidad al CEDH[52]. Aun cuando la adhesión no fue posible, dada la negativa del Tribunal de Luxemburgo, el Tratado de Ámsterdam introdujo modificaciones de calado. En primer lugar, impuso explícitamente a los Estados candidatos el respeto a los principios enunciados en el artículo 6.1 del TUE entre los que figura el respeto de los derechos humanos y del Estado de Derecho. A continuación, instauró un procedimiento de suspensión de derechos de voto y de derechos derivados del Tratado ante una violación «grave y persistente» de los principios enunciados en el artículo 6 por parte de un Estado miembro. El Tratado de Niza, por su parte, ha introducido un procedimiento que permite, en caso de «un

---

[51] J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne, op. cit*., p. 59.

[52] Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Dictamen de 28 de marzo de 1996, *Recopilación de Jurisprudencia* 1996, p. I-1759. Para un comentario de este importante Dictamen, *vide* O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606, y M.I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 15, 1996, pp. 148-155.

riesgo claro de violación grave por parte de una Estado miembro», dirigir recomendaciones a este último[53]. Finalmente, se amplió la competencia del Tribunal para incluir, también, el artículo 6.2 TUE, el cual obliga a las instituciones a respetar los derechos fundamentales, tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito del Título VI. A diferencia de lo que en un momento se consideró, sobre todo por el Tribunal de Justicia, el Tratado de Ámsterdam no instauró un recurso específico en materia de derechos fundamentales, sino que legitima la invocación de la violación de los derechos fundamentales en el marco de los recursos existentes[54]. No se amplió, por tanto el campo de la admisibilidad, y la jurisprudencia existente en la materia se vio confirmada por los Tratados[55]. Pero éstas no fueron las únicas aportaciones de la reforma de Ámsterdam. En efecto, el Tratado habilitó a la Comunidad para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (artículo 13 TCE). El artículo 136 relativo a la política social, pasó a contener una referencia a los derechos sociales fundamentales, tales como los enunciados en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores[56]. Igualmente, Ámsterdam instauró una forma adicional de protección de los derechos de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal por parte de la Comunidad (artículo 286 TCE). Codificó, así mismo, el principio de acceso de los ciudadanos comunitarios a los documentos del Parlamento, de la Comisión y del Consejo (artículo 255 TCE). Así pues, el Tratado de Ámsterdam supuso un hito en la materia no solamente porque consagró el acervo jurisprudencial en este campo, sino porque desarrolló en ciertos ámbitos específicos, como se ha visto, la protección de los derechos fundamentales.

---

[53] *Vide* artículo 7.1 TUE. La versión consolidada de este Tratado, previa a las modificaciones que introduce el Tratado de Lisboa, puede consultarse en el *Diario Oficial* C 321 E, de 29 de diciembre de 2006, p. 1.

[54] Artículo 46 TUE, tras su modificación por el Tratado de Niza.

[55] J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne, op. cit.*, p. 60.

[56] La *Carta Social Europea*, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, fue ratificada por España por medio de Instrumento de ratificación 29 de abril de 1980 (BOE n.º 153, de 26 de junio de 1980). Por su parte, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, fue hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. En el caso español, el Instrumento de ratificación es de 7 de enero de 2000 (BOE n.º 99, de 25 de abril de 2000, corrección de errores en BOE n.º 220, de 13 de septiembre). La *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores*, de 9 de diciembre de 1989, fue aprobada en forma de declaración en la cumbre de Estrasburgo por once de los doce Estados miembros de la Comunidad. A pesar de su carácter no vinculante, el Reino Unido no firmó la Carta Comunitaria en un principio, lo que acentuó su carácter simbólico. No obstante, en 1998, tras la elección de Tony Blair, Reino Unido se decidió a firmarla.

B. *La Carta de Derechos Fundamentales*

23. Tras muchos años de debate sobre si la Unión debía o no adherirse al CEDH, el Consejo Europeo de Colonia de 1999 optó por la redacción de una «Carta de derechos que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance». Dicha «Carta», redactada en menos de un año por un órgano *ad hoc* (Convención), nació como un acuerdo interinstitucional «solemnemente proclamado» por los presidentes del Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión el 7 de diciembre de 2000 en Niza. La discusión sobre el valor de la Carta se vio solapada por el intenso y mediático debate que rodeó la redacción del Tratado constitucional europeo. La «Constitución para Europa» supondría un salto cualitativo, entre otras cosas, para los derechos fundamentales en el seno de la Unión en general y para el status jurídico de la Carta en particular. En efecto, el Tratado constitucional reconocía en virtud de su artículo I-9.1 «*los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales*», Carta que incluyó en su articulado a modo de «parte dogmática» y, además, dispuso que la Unión Europea accedería al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo I-9.2)[57].

24. No es el objetivo de este artículo analizar el contenido de la Carta ni los problemas que su redacción pudiera suscitar[58]. Sin embargo, sí entendemos relevante hacer referencia a la vida que la misma ha tenido incluso sin haber llegado a entrar en vigor en el momento presente. Su borrador fue invocado por el conocido como Comité de Sabios que analizó la situación de Austria tras la llegada al gobierno de coalición del FPÖ de Haider[59]. La Carta se ha convertido así mismo en un elemento de interpretación cualificado del Derecho comunitario. Los primeros en esgrimirla en un proceso fueron los abogados generales, seguidos por el Tribunal de Primera Insta-

---

[57] F. SUDRE, «Article I-9», L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article,* Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 141-163.

[58] Se ha debatido por la doctrina, por ejemplo, si el artículo 53 de la Carta pudiera suponer un ataque a la supremacía del Derecho Comunitario. Sobre este punto, puede leerse O. DE SCHUTTER, «Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The relations between the European Convention of Human Rights, the European Charter and the EU member states constitutions. Briefing Paper», *European Parliament, Directorate General Internal Policies of the Union*, Bruselas, 2007. Otro aspecto abierto al debate es el de la virtualidad de la distinción entre derechos y principios.

[59] El texto del Informe, preparado por Martti Ahtisaari, Jochen Frowein y Marcelino Oreja, puede consultarse en http://www.arena.uio.no/PDF/reportwisemenaustria.pdf (última consulta: 1 de junio de 2008).

cia[60]. El Tribunal de Justicia, por su parte, no la incorporaría a sus razonamientos hasta 2006. Probablemente esta tardanza se debió a que la alta instancia de Luxemburgo estaba esperando a que se ratificara la «Constitución para Europa», que incorporaba la Carta en sus texto articulado atribuyéndole rango de Tratado[61]. Así, cuando el Tribunal consideró que la «Constitución» no sería ratificada, al menos en un futuro próximo, desempolvó el texto de la Carta y la introdujo en su argumentación jurídica como elemento interpretativo[62]. Sólo así se explica que incluso el Tribunal de Estrasburgo citase la Carta antes que su homólogo luxemburgués[63]. Incluso los tribunales nacionales aludieron a la Carta para reforzar la legitimidad de sus fundamentaciones[64].

25. Por lo demás, aunque, de momento, y en tanto no entre en vigor Lisboa, quede descartada la aplicabilidad directa de la Carta como Derecho primario, no hay que menospreciar su importancia ni tampoco considerarla carente de valor jurídico. Es decir, como bien ha dicho la doctrina, «la ausencia de fuerza vinculante [en cuanto tal] no implica *per se* la ausencia de efectos jurídicos»[65]. Esto es, la Carta constituye un documento de indudable importancia hermenéutica donde se han compilado, esencialmente, las tra-

---

[60] *Vide* las conclusiones del Abogado General A. TIZZANO en el asunto C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, Sentencia de 26 de junio de 2001, *Recopilación de jurisprudencia* 2001, p. I-4881, presentadas el 8 de febrero de 2001, especialmente, §26. En cuanto al Tribunal de Primera Instancia, *vide* asunto T-54/99, *max.mobil vs. Comisión*, Sentencia de 30 de enero de 2002, *Recopilación de jurisprudencia* 2002, p. II-313, sobre la tutela judicial efectiva. Esta sentencia, que reconoció un derecho fundamental basándose en las tradiciones comunes recogidas en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, fue posteriormente recurrida en casación y anulada por el Tribunal de Justicia con una parca argumentación. *Vide* Asunto C-141/02 P, *Comisión vs. max-mobil*, Sentencia de 22 de febrero de 2005, *Recopilación de jurisprudencia* 2005, p. I-1283.

[61] En este sentido, *vide* A. HINAREJOS PARGA, «Recent Human Rights Developments in the EU Courts: The Charter of Fundamental Rights, the European Arrest Warrant and Terror Lists», *Human Rights Law Review,* vol. 7/4, 2007, pp. 793-811, especialmente, pp. 794-795.

[62] *Vide* asunto C-540/03, *Parlamento vs. Consejo*, Sentencia de 27 de junio de 2006, *Recopilación de jurisprudencia* 2006, p. I-5769, especialmente §38, donde el Tribunal afirma que «[a]unque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante» en cuanto tal, «el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar "los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia […] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"».

[63] *Vide* caso *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Recurso n.º 28957/95, Sentencia de 11 de julio de 2002, sobre el matrimonio de transexuales, especialmente §§58 y 100.

[64] *Vide, v.gr.,* la Sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000, de 30 de noviembre, sobre la protección de datos de carácter personal, que cita la Carta en su FJ 8 incluso antes de su «solemne proclamación».

[65] R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea, op. cit.,* p. 256.

diciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Además, despliega efectos jurídicos desde dos puntos de vista. En primer lugar, como acuerdo interinstitucional que es, las instituciones comunitarias tienen la obligación de respetarla y de asegurarse de que los actos que adoptan no atentan contra los derechos fundamentales que proclama[66]. En segundo lugar, como se ha escrito *supra*, el Tribunal de Justicia puede aplicar la Carta, caso por caso, reconociendo a uno o varios de sus preceptos carácter vinculante en tanto que principios generales del Derecho.

IV. **La reforma que no llega: esperando a Lisboa**

Dos son los principales cambios que en la materia que nos ocupa pretende llevar a término el Tratado de Lisboa. El primero afecta a la carta de derecho Fundamentales y el segundo a la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A. *La situación de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*

26. El Tratado de Lisboa, a diferencia de la «Constitución para Europa», no ha incorporado la Carta en su articulado aunque, a pesar de ello, le ha otorgado el mismo valor jurídico que a los Tratados mismos. Esta amputación del Tratado constitucional muestra, sin duda, el rechazo de ciertos Estados a todo vestigio de «constitucionalización formal» o «estatalización» de la Unión[67]. No obstante, de ratificarse finalmente *Lisboa*, el nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión, retomando parte del texto del artículo I-9 del Tratado constitucional, efectuará un remisión a la Carta, en su última

---

[66] *Vide* el memorándum COMMISSION EUROPÉENNE, *Texte en application de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Europeenne - Communication de M. le President et de M. Vitorino*, Bruselas, 13 de marzo de 2001, SEC(2001)380/3. Igualmente, *vide* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión - Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión - Metodología para un control sistemático y riguroso*, Bruselas, 27 de abril de 2005, COM(2005) 172 final. La Agencia Europea de Derechos Fundamentales tiene encomendada, entre otras tareas, la de verificar que las propuestas de la Comisión o las posiciones tomadas por las instituciones en el curso de procedimientos legislativos respetan los derechos fundamentales, siempre que éstas así lo soliciten. Artículo 4.2 del Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el considerando 9 (*DO* n.º L 53, de 22 de febrero de 2007, p. 1).

[67] Sobre este particular, *vide* A. BERRAMDANE, «Le traité de Lisbonne et le retour des États», *La Semaine Juridique,* n.º 9-10, février 2008, pp. 23-28, especialmente, p. 26.

redacción de 2007, y le conferirá «el mismo valor jurídico» que a los Tratados[68]. El artículo 6.1 TUE dispone que «las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados». Tal afirmación se ha reforzado con la Declaración n.º 1, en la que se insiste en que «la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados».

27. Al margen de esta Declaración, el Reino Unido y Polonia negociaron un Protocolo específicamente dirigido a aclarar la aplicación de la Carta en ciertos aspectos. Por una parte, deja claro que la Carta no amplía la competencia de los tribunales comunitarios o de los tribunales nacionales de esos países para cuestionar la normativa interna de ambos Estados (artículo 1.1 del Protocolo). Además, se deja constancia expresa de que el título IV de la Carta (titulado «Solidaridad» y relativo a derechos sociales) no crea ningún derecho nuevo que se pueda esgrimir ante los tribunales nacionales de ambos países (artículo 1.2). En realidad, probablemente nos encontramos más ante una declaración que ante un protocolo. En la medida en que la propia Carta se considera a sí misma como un texto que no hace otra cosa que reafirmar una serie de derechos que otros textos, ya sean de carácter internacional ya constitucional han proclamado previamente, los tribunales comunitarios podrían seguir siendo tan «creativos» como lo han sido hasta este momento en el área de los derechos fundamentales. Lo mismo podría ocurrir con los tribunales internos, los cuales, según el último considerando de dicho protocolo, siguen vinculados por todas las demás obligaciones que incumben a Polonia y al Reino Unido, entre las cuales están, obviamente, las que derivan de considerar, como fuente del ordenamiento comunitario (artículo 6.3 TUE), todos los textos internacionales y constitucionales internos que han servido para «encontrar» los derechos que la Carta reafirma. Nos encontraríamos así ante una reiteración de lo ya establecido en las cláusulas horizontales de la Carta. Cosa diferente sería si se llega a la conclusión, frente a la letra de su texto, que la Carta va más allá que el mero reconocimiento de derechos ya existentes, cosa que en absoluto es descartable y que dependerá de la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia. Es de lamentar en cualquier caso la falta de claridad en cuanto al alcance de dicho protocolo.

28. Desde el punto de vista político, y obviando el caso polaco, produce cierta extrañeza esta insistencia del Reino Unido, ya que dos años an-

[68] En concreto, el TUE hace referencia a la solemne proclamación de la Carta en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, que rescataba el texto de la Carta tal y como fue insertado en el Tratado constitucional y que la preparaba para su conversión en Derecho originario. *Diario Oficial,* n.º C 303, 14 de diciembre de 2007, p. 1.

tes firmó el Tratado constitucional, que incluía la Carta, sin una reserva comparable a ésta. La doctrina sugiere que quizá el Gobierno británico estaría preparándose para simplificar el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa y, así, pretendía dar a entender que éste es muy diferente de la «Constitución para Europa», con lo que no sería necesario un referéndum para que el Reino Unido diese su consentimiento al nuevo texto. De hecho, esta vez la ratificación se llevó a cabo a través del Parlamento británico. Además, desde el punto de vista jurídico, el efecto de este Protocolo ha de ser relativizado. En efecto, este añadido no afecta al acervo comunitario en la materia. Así, los demandantes podrían basar sus argumentos, no exclusivamente en la Carta, sino en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal de Justicia[69].

B. *La incorporación al Convenio Europeo de Derechos Humanos*

29. La adhesión de la Comunidad al CEDH es uno de los asuntos clásicos y recurrentes que, cada cierto tiempo y cada vez con más fuerza, se viene planteando en su seno. Suele citarse como punto de partida el memorando de la Comisión de 1979 en el que la institución comunitaria planteaba la adhesión al Convenio Europeo, indicando los ventajas (casi todas ellas de tipo político) y los inconvenientes (más bien de tipo jurídico) de tal adhesión[70]. Este loable objetivo fue ganando adeptos hasta que el Tribunal de Justicia, en su controvertido dictamen 2/94, concluyó que no existía base jurídica para que la Comunidad se adhiriese al CEDH y que, por consiguiente, de pretenderse tal, era necesario proceder a una revisión de los Tratados[71]. Con la ventaja que implica una metodología científica deduc-

---

[69] CRAIG, P., «The Lisbon Treaty, Process, Architecture and Substance», *European Law Review,* vol. 33/2, 2008, pp. 137-166, especialmente, p. 163.

[70] EUROPEAN COMMISSION, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights», *Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/79, COM (79) final.

[71] Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Dictamen de 28 de marzo de 1996, *Recopilación de Jurisprudencia* 1996, I-1759. Los comentarios doctrinales sobre este dictamen son numerosos. Sin ánimo de exhaustividad, *vide* P. WACHSMANN, «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*, n. 2, 1996, pp. 467-491; O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606 ; G. GAJA, «Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, vol. 33/5, 1996, pp. 973-989; N. FERNÁNDEZ SOLA, «La adhesión de la Co-

tiva, es decir, conociendo el resultado final (la adhesión de la UE al CEDH, que casi se vislumbra en el horizonte), es posible esgrimir que, tras el sorprendente dictamen del Tribunal, dio comienzo una discreta pero firme evolución que ha ido venciendo todas las reticencias políticas y casi todas objeciones jurídicas que hasta ahora han evitado la adhesión formal. Quizá sería excesivo concluir que ha sido un proceso teledirigido y coordinado por el *establishment* europeo, pero lo cierto es que esta evolución a la que hacemos referencia ha sido de lo más eficaz. En efecto, tras el varapalo del Tribunal, se sucedieron los estudios doctrinales que, criticando la decisión, además, aportaban argumentos favorables a la adhesión, sosteniendo incluso la existencia, en el momento del dictamen, de base jurídica suficiente en los Tratados[72]. Por otra parte, los países más reticentes, como Irlanda o el Reino Unido, fueron moderando sus posiciones. Estos últimos desconfiaban del activismo del Tribunal y temían que incorporar un catálogo de derechos en el sistema comunitario tuviese un efecto centrífugo y aumentase las competencias de la Comunidad. Aunque aún hoy es posible observar conatos de estos recelos (*vide* los Protocolos sobre la interpretación de la Carta en el Tratado constitucional y en el Tratado de Lisboa), lo cierto es que en el momento actual todos los Estados miembros coinciden en la necesidad de la adhesión. El Tribunal de Justicia, por su parte, ha ido incorporando el Convenio y la jurisprudencia del TEDH en su argumentación jurídica; si bien lo ha hecho a través del filtro de los principios generales, lo que le permite controlar el proceso en todo momento. No obstante, esta actitud del Tribunal, más allá de la dialéctica de una posible competición con su homólogo de Estrasburgo, habría que enmarcarla en su empeño por preservar la autonomía del Derecho comunitario, máxime cuando las reglas del juego reposan sobre equilibrios inestables: los Estados miembros están de acuerdo en la adhesión pero ésta no termina de llegar, queda por definir los términos en los que la Unión (tras Lisboa) participará en el sistema del Convenio… Mientras tanto, el Tribunal de Estrasburgo parece someter los actos de las instituciones comunitarias a un control *de facto*, lo que no casa muy bien con las dos columnas sobre las cuales el Tribunal de Luxemburgo ha edificado el ordenamiento jurídico comunitario: los principios de autonomía y primacía. Estos episodios de «competencia entre Tribunales» sobre quién tiene la última palabra en un litigio no son desconocidos en siste-

---

munidad 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*, 1997, núm. 144, pp. 41-55; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica?», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, núm. 3, pp. 817-838.

[72] *Vide* las referencias de la nota anterior.

Cuadernos Europeos de Deusto
ISSN: 1130 - 8354, Núm. 39/2008, Bilbao, págs. 27-59

mas en los que existe una jurisdicción especializada en materia de derechos fundamentales[73]. Esta posible deriva competitiva se ha visto elegantemente neutralizada por los habituales contactos informales (quiere decirse, ajenos a la jurisdicción) entre miembros de ambos tribunales, especialmente, entre sus presidentes. Finalmente, a esta «diplomacia judicial» se ha sumado la «diplomacia funcionarial» de alto nivel que, discreta pero progresivamente, se ha ido desarrollando entre el Consejo de Europa y la Unión[74].

30. Volviendo al plano estrictamente jurídico, desde que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo incorporase a su jurisprudencia (caso *Rutili*, 1972[75]) y antes de que la Unión se adhiera formalmente a él, en el momento presente, el Convenio ha sido «constitucionalizado» en el artículo 6.2 TUE, es instrumento cualificado de interpretación y concreción de los derechos fundamentales en tanto que principios generales y su importancia es recordada por el Tribunal cada vez que éste tiene ocasión:

> 35. Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Para ello el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. A este respecto el CEDH reviste un significado particular (…)[76].

Así pues, en el ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal considera al CEDH como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico, pero sin eficacia jurídica directa. Esto es, el Tribunal de Justicia consentirá su aplicación indirecta a través de los principios generales, de los que es el guardián y supremo intérprete, garantizando así, la autonomía y primacía del Derecho comunitario. Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo es, en principio, el máximo intérprete del CEDH en el con-

---

[73] Sirva como ejemplo el caso español, donde se han dado episodios de esta naturaleza entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, a veces magnificados por los medios.

[74] Uno de los más significativos productos de esta labor diplomática es el Memorandum de entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea de 2007, *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, 10 may 2007, 117th Session of the Committee of Ministers, Strasbourg, 10-11 may 2007, CM(2007)74.

[75] Asunto 36/75, *Roland Rutili vs. Ministre de l'intérieur*, Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Recueil de jurisprudence* 1975, p. 1219.

[76] Asunto C-540/03, *op. cit.,* §35. Para un estudio sobre las relaciones entre y las mutuas referencias en las jurisprudencias de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, *vide* S. DOUGLAS-SCOTT, «A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights *acquis*», *Common Market Law Review,* vol. 43/3, 2006, pp. 629-665.

texto comunitario. No obstante, de un tiempo a esta parte, parece que la alta instancia de Luxemburgo ha flexibilizado su posición inicial y se muestra dispuesta a aceptar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, es decir, la interpretación que del Convenio hace su máximo intérprete ordinario. No obstante, esta incorporación de la jurisprudencia de Estrasburgo opera igualmente a través del filtro de los principios generales, lo que le permite al Tribunal de Justicia mantener la autonomía del Derecho comunitario, aunque puede ser igualmente interpretado como muestra de su predisposición a ir aceptando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como jurisdicción especializada (más que «suprema») en materia de derechos fundamentales[77].

31. Por su parte, como antes se ha visto (§13), en la actualidad el Tribunal de Estrasburgo ejerce un control indirecto sobre el Derecho comunitario a través de las medidas nacionales de ejecución, aunque, por otra parte, ha otorgado una presunción general de conformidad con el Convenio al Derecho comunitario. Esta actitud, aunque facilita la cohabitación entre las dos máximas instancias, ha sido vista por todos los comentaristas como una solución provisional, a la espera de la deseable adhesión[78].

32. La labor de persuasión ejercida por el *establishment* europeo y descrita *supra*, unida a los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales, abocaron a los líderes políticos a tomar una determinación sobre la adhesión o no al CEDH. De lo escrito en las líneas anteriores, se podría deducir con facilidad que los responsables políticos aceptaron los hechos consumados. En todo caso, es claro que, como ha defendido la doctrina, la adhesión al CEDH aportará coherencia al sistema jurídico comunitario, aumentará

---

[77] *Vide* asunto C-94/00, *Roquette Frères*, Sentencia de 22 de octubre de 2002, Recopilación de Jurisprudencia, 2002, *p. I-9011*. Para un comentario sobre esta sentencia, *vide* M. LIENEMEYER, D. WAELBROECK, «Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes. Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 22 october 2002», *Common Market Law Review*, vol. 40/6, 2003, pp. 1481-1497. Igualmente, *vide* L.I. GORDILLO, «Fundamental Rights of Companies in Transnational Law. Special reference to the protection afforded to business premises», en M.P. CANEDO ARRILLAGA, *General Problems of Transnational Law and its implications for the Companies in International Trade*, Tirant, Valencia, en prensa. El §17 del *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, op. cit.,* dispone asimismo que la Unión reconoce al Consejo de Europa como la fuente de referencia paneuropea en material de Derechos humanos («*The European Union regards the Council of Europe as the Europe-wide reference source for human rights*»).

[78] Un resumen de la situación actual, puede consultarse en J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne, op. cit*., pp. 72-73. Para un estudio más en profundidad del mismo autor, *vide* J.P. JACQUÉ, «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel,* n.º 60, 2007, pp. 3-37.

la seguridad jurídica y fortalecerá la legitimidad de la Unión. En este sentido, el artículo I-9 de la fallida «Constitución para Europa», producto de la unanimidad sin precedentes que rodeó la cuestión, preveía la adhesión de la Unión (dotada expresamente de personalidad jurídica) al Convenio Europeo. Finalmente, se dispondría de la base jurídica necesaria para acometer un acto de relevancia constitucional[79]. Por lo demás, el procedimiento de conclusión del acuerdo relativo a la adhesión sería el ordinario de conclusión de acuerdos internacionales establecido en el artículo III-325, que requería que la decisión de conclusión del acuerdo se adoptase por mayoría cualificada (apartado 8) y preveía la necesidad de aprobación por el Parlamento Europeo [apartado 6,a),ii)]. El Protocolo n.º 32 anejo al Tratado constitucional precisaba que el acuerdo de adhesión debía preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho, lo cual hace referencia a dos cuestiones que la doctrina y algunos documentos anteriores habían señalado: la cuestión de la participación de la Unión en las instancias de control del Convenio (Tribunal, Comité de Ministros) y el establecimiento de un sistema que permitiera (re)dirigir las posibles demandas que se presentaran contra la Unión y/o los Estados miembros y evitar así que el Tribunal de Estrasburgo se convirtiese en juez del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión[80].

33. A pesar del fracaso del proceso de ratificación de la «Constitución para Europa», en esta materia, como en muchas otras, se recuperó el consenso alcanzado en el pasado y el Tratado de Lisboa prevé igualmente la incorporación de la Unión al Convenio. Si finalmente entra en vigor en sus términos iniciales, la nueva redacción del artículo 6.2 del TUE dispondrá que la Unión «se adherirá» al CEDH y que dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». El Tratado de Lisboa retoma los acuerdos y avances de la Constitución e incluye un Protocolo específico relativo a la adhesión al CEDH donde, al igual que en el Protocolo 32 del Tratado constitucional, se establece un mandato a los negociadores destinado a preservar las características específicas de la Unión Europea y de su Derecho. Así, el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión ha de comportar disposiciones específicas relativas a la participación de la Unión —que no es un Estado— en los órganos propios del Convenio y, también, se han de establecer los mecanismos necesarios para «garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos». Además se deja constancia de que una eventual

[79] *Vide* Dictamen 2/94, *cit*., §35, donde se establece que la adhesión al Convenio «tendría una envergadura constitucional».

[80] *Vide* F. SUDRE, «Article I-9», *op. cit*., 141-163.

adhesión no modificará las competencias de la Unión ni afectará el estatuto jurídico de los Estados miembros en el sistema del Convenio[81].

34. Por lo demás, el proceso de adhesión no es, precisamente, un camino de rosas. En primer lugar, existe la posibilidad de un doble veto institucional. En efecto, según el artículo 218.8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), el acuerdo que permita la adhesión ha de ser adoptado por unanimidad del Consejo (en el caso de la «Constitución» sólo se precisaba de mayoría cualificada). Al igual que en la «Constitución», se sigue exigiendo así mismo la aprobación previa del Parlamento Europeo (218.6.a),ii), TFUE) por mayoría de los votos emitidos. A partir de ahí, la entrada en vigor del acuerdo de adhesión queda condicionada a la aprobación por parte de todos los Estados miembros según sus reglas constitucionales respectivas. Se produce en este sentido un retroceso respecto del Tratado constitucional y se reafirma el carácter constitucional de la adhesión al Tratado que el Dictamen 2/94 ya señalara. Es interesante constatar que incluso la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1610 (2008) adoptada en su reunión de 17 de abril, se interrogó sobre la oportunidad de introducir dichos cambios en el procedimiento de aprobación de la decisión de adhesión. La doctrina apunta que, de haberse requerido simplemente la mayoría cualificada para integrar a la Unión en el CEDH, ello hubiese supuesto una transferencia de poder que habría obligado a algunos Estados miembros a celebrar un referéndum para ratificar el Tratado de Lisboa[82]. Este reforzamiento de las exigencias procedimentales de la adhesión llevada a cabo por los gobiernos de los Estados miembros casa mal con el planteamiento de los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (entre los que estaban todos los de los miembros de la UE) durante la cumbre de Varsovia de mayo de 2005 de acelerar los trabajos necesarios para la adhesión a fin de que ésta se llevase a cabo en el menor tiempo posible. Incluso resulta chocante con el imperativo de adhesión que el propio artículo 6.2 TUE contiene.

35. Además, de momento el acceso al Convenio Europeo está limitado a los Estados. Sería necesario efectuar algunos ajustes en el seno del Consejo de Europa para permitir el acceso y la participación en sus órganos de una organización internacional[83]. De momento, el Protocolo 14 ha in-

---

[81] *Vide* el «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», anejo al Tratado de Lisboa, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 306/11, de 17 de diciembre de 2007.

[82] *Vide* la contribución de F. BENOIT-ROHMER, en M.-L. BEMELMANS-VIDEC, *The accession of the European Union/European Community to the European Convention of Human Rights*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 11533, 18 march 2008, p. 20.

[83] Sobre esta cuestión, son interesantes E. MYJER, «Can The EU join the ECHR: General conditions and practical arrangements», en I. PERNICE, J. KOKOTT, Ch. SAUNDERS (eds.),

cluido una modificación del artículo 59 del CEDH, según la cual la Unión Europea podrá adherirse al Convenio. Sin embargo, esta reforma, que por cierto mantiene bloqueada Rusia —único país pendiente de ratificar el Protocolo llamado a hacer viable el sistema de protección de derechos del Convenio— no realizará todas las modificaciones técnicas necesarias para permitir la incorporación de la Unión[84]. Además, algunas dudas sólo se despejarán con la práctica: ¿hasta qué punto el Tribunal de Justicia verá al Tribunal de Estrasburgo como una jurisdicción especializada o como un tribunal jerárquicamente superior?, ¿qué rango jerárquico tendrá el Convenio Europeo relación con el Derecho de la Unión?[85], ¿conseguirá el acuerdo de adhesión evitar que el Tribunal de Estrasburgo se erija en juez del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros?[86]

36. De todas formas, el Tratado de Lisboa ha elevado los derechos contenidos en el CEDH a la categoría de principios generales del Derecho de la Unión (artículo 6.3 TUE). La diferencia, salta a la vista, es que, a la espera de la adhesión, el máximo intérprete del Convenio en el seno de la Unión no será el Tribunal de Estrasburgo, sino el Tribunal de Justicia.

37. El Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996 concluyó que, en ese momento, no existía base jurídica que permitiese a la Comunidad adherirse al Convenio. La doctrina y la clase política dedujeron que era necesaria una disposición expresa en los Tratados que previese esta adhesión. Por otro parte, el in-

---

The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective, Nomos, 2006, pp. 297-308, así como el Documento preparado por el Consejo de Europa bajo el título *Étude des questions juridiques et techniques d'une eventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme,* que aparece en el Documento de Trabajo n.º 8 del Grupo de Trabajo II Integración de la Carta/adhesión al CEDH de la Convención que preparó la «Constitución para Europa».

[84] De hecho, este aspecto de la reforma, más simbólico que otra cosa, añade un nuevo apartado al artículo 59, según el cual «la Unión Europea podrá adherirse a este Convenio». El informe explicativo del Protocolo 14, haciéndose eco de informes técnicos previos, destaca que será necesario acometer futuras modificaciones al Convenio para hacer posible la adhesión desde el punto de vista legal y técnico. *Vide* el informe *Explanatory report to the Protocol no. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, CETS No. 194, §101. El informe en el que, hasta la fecha, se han explicado con mayor detalle los «ajustes técnicos» necesarios es el 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, DG-II(2002)006[CDDH(2002)010 Addemdum 2], de 28 de junio de 2002.

[85] Recuérdese que el Tribunal ha afirmado la prevalencia de los Tratados constitutivos sobre los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad. *Vide* Dictamen 1/75, caso *OCDE,* 11 de noviembre de 1975, *Recueil de jurisprudence* 1975, p. 1355.

[86] Sobre estas cuestiones, *vide* F. SUDRE, «Article I-9», *op. cit*., especialmente pp. 155-163.

forme *Juncker*, redactado tras el fracaso de la «Constitución para Europa» para el Consejo de Europa, propuso acelerar la incorporación de la Unión al Convenio, al margen de una reforma global de los Tratados, mediante un protocolo *ad hoc* anexo a los actuales Tratados para permitir la adhesión a la Unión[87].

38. Otra cuestión sobre la que merece la pena reflexionar es la que se refiere al futuro de la jurisprudencia *Bosphorus* en el supuesto de que se produzca finalmente la adhesión de la Unión al Convenio. Recordemos que tal resolución concedía una presunción de conformidad con el Convenio a favor de los actos de las Comunidades. Cabe preguntarse si esa seguiría siendo la posición del Tribunal de Estrasburgo en el supuesto de que la Unión se adhiriese al Convenio. Como ya se ha comentado, la base de la presunción sentada por el Tribunal parece encontrarse en el hecho de considerar que los Estados son libres para participar en organizaciones internacionales y que tal participación es incluso plausible cuando la organización en cuestión mantiene un *standard* de protección de los derechos humanos equivalente al ofrecido por el sistema de Estrasburgo. Fruto de tal planteamiento, los Estados miembros de la Unión ya no son responsables ante el TEDH de las acciones que lleven a cabo en ejecución de actos de la Unión en ámbitos en los que aquéllos hayan transferido toda su competencia a ésta, y, al tiempo, la Unión escapa a su potencial responsabilidad al gozar de esa presunción de conformidad. Sin embargo, tal presunción, que ya ha sido ampliamente criticada incluso por algunos de los jueces del Tribunal sentenciador en sus votos particulares, resultaría muy difícilmente sostenible en el caso de la adhesión de la Unión Europea. ¿Qué argumentos justificarían que un sujeto de derecho adherido al Convenio goce de una presunción de conformidad con el Convenio cuando el resto de socios, todos ellos Estados, no disfrutan del mismo *status*? No perdamos de vista que, en la medida en que las cuestiones relativas a lo que hoy conocemos como segundo pilar siguen fuera de la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo, el sistema podría adolecer de una falta de conformidad con el *standard* de Estrasburgo.

39. Retrasada, como poco, la entrada en vigor de la última reforma de los Tratados, la cuestión sobre la competencia de la Comunidad/UE para adherirse al Convenio recobra interés más allá de lo meramente dogmático. La doctrina posterior al Dictamen precitado ya aportó argumentos sólidos que podrían ser recuperados para defender una respuesta afirmativa. No obstante, y sin perjuicio del valor de esas aportaciones, cabría preguntarse qué ha cambiado objetivamente desde 1996, es decir, de plantearse

---

[87] J.C. JUNCKER, *Council of Europe - European Union: A sole ambition for the European Continent. Report by Jean-Claude Juncker, Prime Minister of the Grand Duchy of Luxembourg 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, p. 5.

hoy la cuestión, ¿existirían nuevos (o distintos) elementos que podrían llevar al Tribunal a pronunciarse en un sentido distinto? Puede que sí. La tesis sería que el desarrollo de la integración europea y la evolución de la Unión en materia de derechos fundamentales operados hasta la fecha hacen que el artículo 308 del TCE de la versión consolidada tras Ámsterdam y Niza (antiguo 235) constituya hoy en día base jurídica suficiente para la adhesión al Convenio. Tres tipos de argumentos sustentarían esta aseveración:

1. En el momento del Dictamen, el artículo F§2 (equivalente al actual 6.2) del TUE estaba excluido del control del Tribunal. Además, a efectos de la aplicación del artículo 235, hoy en día, es más plausible defender que los Derechos humanos constituyen una de las finalidades de la Comunidad/Unión:

   a) La acción exterior de la Comunidad/Unión incluye, entre otras cosas, la promoción de los Derechos humanos. Se exige a los socios y receptores de ayuda comunitaria que los respeten.
   b) Uno de los requisitos de los países candidatos al ingreso en la Comunidad/Unión es que firmen el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
   c) Se ha elaborado una Carta de Derechos fundamentales que, si bien no tiene aplicación directa, no por ello deja de desplegar efectos jurídicos, como se ha visto.
   d) Se ha llegado a acuerdos con el Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos. En este sentido, el Memorandum de entendimiento establece el compromiso de la Unión de que los actos adoptados por sus instituciones serán sometidos a un control previo de conformidad con los derechos fundamentales.
   e) Se ha constituido la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene como fin asesorar a las instituciones y órganos comunitarios en materia de derechos fundamentales «con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas»[88]. Dicha Agencia ha sido con base ju-

[88] *Vide* el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recientemente, en virtud del §20 del *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, op. cit*., el Consejo se Europa y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea han firmado un acuerdo de cooperación que pretende reforzar la complementariedad y evitar duplicidades innecesarias en el ámbito de la protección de los derechos humanos en Europa, *vide* el documento distribuido por el servicio de prensa del Consejo de Europa con motivo de la firma del acuerdo, *Council of Europe: Press release* 453(2008), Estrasburgo 18 de junio de 2008.

rídica en el referido artículo 308. No debemos perder de vista, así mismo, que en la explicación de la Comisión sobre la propuesta de creación de la Agencia se puede leer que «[e]l fundamento jurídico del reglamento propuesto es el artículo 308 del Tratado CE. Uno de los objetivos generales de la Comunidad es garantizar que su propia acción respete plenamente los derechos fundamentales. La creación de la Agencia promoverá ese objetivo, a pesar de que el Tratado no prevea competencias específicas a tal efecto».

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, además de seguir reconociendo la importancia del Convenio como instrumento de interpretación de primer orden en materia de derechos fundamentales, ha dado un paso más al incorporar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a sus argumentaciones (caso *Roquette Frères*, 2002).
3. Por otra parte, los últimos desarrollos jurisprudenciales del TEDH (casos *Matthews* y *Bosphorus*), han conducido al Tribunal de Estrasburgo a someter los actos de la Comunidad/Unión a un control *de facto* con respecto al Convenio[89]. Esta situación, aunque amortiguada por la presunción general de conformidad con el Convenio de los actos comunitarios (presunción que admite prueba en contrario), podría operar un cambio en la actitud del Tribunal de Luxemburgo y permitir la adhesión en aras de la coherencia del sistema y de la seguridad jurídicia. En efecto, como la doctrina ha expuesto, la situación actual tiene para la Comunidad/Unión todos los inconvenientes (sujeción al Convenio) y ninguna de las ventajas (participación en las instancias de control y legitimación pasiva).
4. Asimismo, y salvando las obvias distancias, la reciente posición del Tribunal de Justicia en relación con la competencia en materia penal de las Comunidades Europeas permitiría entender que son posibles desarrollos legislativos en sectores sensibles sobre los cuales no existe una base jurídica específica en el Tratado cuando de lo que se trata al legislar en esa materia es asegurar la consecución de uno de los objetivos de la Comunidad[90].

---

[89] Caso *Matthews v. Reino Unido*, *cit*, y caso *Bosphorus, cit.*

[90] Sobre este punto, ver «Article I-9»GIMENO VERDEJO, C., «La sentencia «protección penal del medio ambiente a través del Derecho Penal». Clarificación del reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar del Tratado de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 34/2006, pp. 189-198; GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La sentencia «Comisión/Consejo» de 13 de septiembre de 2005: la Comunidad es competente para exigir que los Estados miembros impongan sanciones penales», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia,* 2005, n.º 239, pp. 47-57; PEERS, S., «The European Community's criminal law competence: The plot thickens», *European Law Review*, vol. 33, n.º 3, junio de 2008, pp. 399-410.

C. *Conclusión*

Los restos relacionados con la protección de los derechos humanos a los que se enfrenta la Unión no son desdeñables. Desde los más domésticos como el acceso de los particulares a la justicia europea o el funcionamiento de la *Euroorden*, hasta los más internacionales como puedan ser los relacionados con las *blacklists* de terroristas y organizaciones colaboradoras elaboradas en el seno de Naciones Unidas o los vuelos de servicios secretos extranjeros utilizando aeropuertos europeos, los problemas están lejos de desaparecer. La articulación de esta cuestión, entre o no en vigor el Tratado de Lisboa, es crucial para que la Unión pueda mantener —mejor incrementar— su legitimidad.