

NOTA

de:	Secretaría
a:	Grupo “Integración de la Carta y adhesión al CEDH”
Asunto:	Fórmulas y consecuencias de la integración de la Carta de los derechos fundamentales en los Tratados y de la adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH)

La Secretaría, a petición del Presidente del Grupo “Integración de la Carta y adhesión al CEDH”, remite adjunta una nota de reflexión en la que se estudian en profundidad las distintas cuestiones ya evocadas en el documento CONV 72/02 que tendrá que debatir el Grupo.

La presente nota se divide en tres partes:

- En la primera parte se hace una reseña de los antecedentes y de la situación jurídica actual en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, el estatuto actual de la Carta y la cuestión de la adhesión de la Comunidad al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH).
- En la segunda parte se ofrece un análisis, con preguntas que orienten los trabajos del Grupo, de las distintas opciones y fórmulas para una posible integración de la Carta en los Tratados, así como de sus consecuencias. Aborda también al respecto la cuestión de la jurisdicción comunitaria.
- La tercera parte contiene un análisis y cuestiones relativas a las fórmulas y consecuencias de una posible adhesión de la Comunidad o de la Unión al CEDH.

Nota de reflexión

Asunto: Fórmulas y consecuencias de la integración de la Carta de los derechos fundamentales en los Tratados y de la adhesión de la Comunidad o de la Unión al CEDH

I. Antecedentes y situación actual

1. Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario

Desde hace unos treinta años, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido reconociendo que los derechos fundamentales forman parte del derecho comunitario como principios generales de éste.¹ A falta de un catálogo escrito propio de la Unión, el Tribunal ha extraído el contenido de estos derechos de manera pretoriana, inspirándose en distintas fuentes y especialmente de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en el Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), ratificado por todos los Estados miembros. El Tribunal lleva varios años señalando que el CEDH reviste una “particular importancia” a este respecto y remitiéndose explícitamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.² Asimismo precisó que no sólo tienen obligación de respetar los derechos fundamentales las instituciones de la Unión, sino también los Estados cuando actúan en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, siempre con el control del Tribunal.³

¹ Las primeras referencias se hallan en el asunto 29/69, *Stauder*, Rec. 1969, 419, y en el 11/70 Rec. 1970, 1125.

² Véanse, por ejemplo, las sentencias C-309/96, *Annibaldi*, Rec. 1997, I-7493, y C-185/95, P. *Baustahlgewebe*, Rec. 1998, I-8417; como referencias a la jurisprudencia de Estrasburgo, las sentencias C-74/95 y otras, X, Rec. 1996, I-6609; C-368/95, *Familiapress*, Rec. 1997, I-3689; y C-7/98, *Krombach*, Rec. 2000, I-1935.

³ Sentencias de 13 de julio de 1989, asunto 5/88, *Wachauf*, Rec. 1989, 2609, y de 18 de junio de 1991, C-260/89, *ERT*, Rec. 1991, I-2925; para una confirmación reciente véase la sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, *Karsson*, Rec. 2000, I-2737, párrafo 37. Véase igualmente, como muestra del esfuerzo del Tribunal para delimitar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios a los Estados miembros, las sentencias en el asunto C-299/95, *Kremzow*, Rec. 1997, I-2629, y C-309/96, *Annibaldi*, Rec. 1997, I-7493.

El Tratado de Maastricht incluyó una disposición en el Tratado de la Unión Europea –apartado 2 de su actual artículo 6– que confirmaba este acervo de jurisprudencia. El Tratado de Amsterdam añade a dicha disposición la del apartado 1 del artículo 6, que consagra los principios fundadores de la Unión –entre ellos el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales–; dispone además que el respeto de dichos principios es una condición para la adhesión a la Unión (artículo 49 del TUE) y establece la posibilidad de que la Unión imponga sanciones a uno de sus Estados miembros en caso de violación grave y persistente de estos principios (artículo 7 del TUE).

2. Estatuto actual de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Respondiendo a las conclusiones de los Consejos Europeos de Colonia y de Tampere de 1999, una Convención redactó durante el año 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante “Carta”), que fue aprobada, después, por el Consejo Europeo de Biarritz. Cabe señalar además que el Praesidium de dicha Convención elaboró unas explicaciones sobre el texto de la Carta; se precisó que tales explicaciones carecen de valor jurídico y tienen como finalidad aclarar las disposiciones de la Carta.¹ Ésta fue firmada y proclamada solemnemente por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000, y se publicó en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2000.²

La Conferencia Intergubernamental de Niza no se pronunció sobre su integración en los Tratados. La declaración n.º 23 de Niza establece que el debate sobre el futuro de la Unión y la nueva CIG que se convocará en 2004 tratará, entre otros temas, “el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia.” La declaración de Laeken precisa que “hay que preguntarse [además] si la Carta de Derechos Fundamentales debe integrarse en el tratado básico.”

¹ Véase el documento CHARTE 4473/00 CONVENT 49 de 11 de octubre de 2000, que se puede consultar en el sitio <http://ue.eu.int/df>.

² N.º C 364 de 18 de diciembre de 2000.

Desde su declaración solemne, una serie de abogados generales del Tribunal de Justicia han venido refiriéndose a la Carta utilizándola como una fuente que permite determinar los derechos fundamentales comunitarios, pese a que carece de fuerza de ley, como bien señalan aquéllos.¹ Más recientemente, el Tribunal de Primera Instancia ha citado en dos ocasiones artículos de la Carta como “confirmación” de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.² En cambio, el Tribunal de Justicia se ha abstenido hasta ahora de mencionar la Carta.

Por otra parte, la Comisión decidió en marzo de 2001 que toda propuesta de acto legislativo y todo acto reglamentario que se disponga a adoptar sufrirán, durante su elaboración según los procedimientos acostumbrados, un control a priori de compatibilidad con la Carta; además, a partir de ahora se incluirá en sus propuestas legislativas o actos reglamentarios que tengan una relación específica con los derechos humanos un nuevo “modelo de considerando” que acredite dicho control de compatibilidad. Estos considerandos que hacen referencia a la Carta figuran entre tanto en determinados actos adoptados por el legislador.³

¹ Véanse las conclusiones del AG Alber en C-340/99 *TNT Traco*, del AG Tizzano en C-173/99 *BECTU*, del AG Mischo en C-122 y 125/99 *P D c. Consejo* y en C-20/00 y 64/00 *Booker y Hidro c. the Scottish Ministers*, del AG Stix-Hackl en C-49/00 *Comisión c. Italia*, en C-131/00 *Nilsson* y en C-45999 *MRAX*; del AG Jacobs en C-377/98 *Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, en C-270/99 *P Z c. Parlamento*, así como en C-50/00 *P, Unión de Pequeños Agricultores*, del AG Geelhoed C-413/99 *Baumbast y R* y en C-313/99 *Mulligan y otros*, del AG Léger en C-353/99 *P Consejo c. Hautala y otros* y en C-309/99 *Wouters* - no todas publicadas aún en la Recopilación. Cabe señalar en especial la fórmula del Abogado General Léger en el asunto Hautala citado: “Como se desprende de la solemnidad de su forma y del procedimiento que llevó a su adopción, la Carta debe constituir un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales. Ésta contiene indicios que contribuyen a revelar la verdadera naturaleza de las normas comunitarias de Derecho positivo.”

² Véanse las sentencias de 30 de enero de 2002, T-54/99, *max-mobil* y de 3 de mayo de 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré*, ninguna de las dos publicada aún en la recopilación.

³ Véase el 2.º considerando del Reglamento 1049/2001 relativo al acceso a los documentos de las instituciones, así como el considerando n.º 18 de la Decisión 2002/187 del Consejo por la que se crea Eurojust. [Referencias del DO].

3. La cuestión de la adhesión de la Comunidad al CEDH

La Comisión había propuesto ya en 1979 que la Comunidad se adhiriera al CEDH, propuesta que reiteró en 1990 y en 1993 ¹. El Parlamento Europeo adoptó la misma postura en diversas ocasiones ². El Tribunal de Justicia, a raíz de una petición de dictamen recibida en virtud del apartado 6 del artículo 300 del Tratado CE, hizo constar en su dictamen 2/94, emitido en 1996 ³, que la Comunidad no tiene competencia para adherirse al CEDH, dado que ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito, y que la adhesión al CEDH, que “tendría una envergadura constitucional”, sobrepasaría los límites del artículo 235 (actual artículo 308) del Tratado CE. Con arreglo a este dictamen del Tribunal –que no se pronuncia sobre la compatibilidad de la adhesión al CEDH con el Tratado, y en particular con el principio de autonomía del Derecho comunitario, y con las competencias del Tribunal– dicha adhesión únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado.

Las CIG de Amsterdam y de Niza, que recibieron iniciativas en este sentido, no incluyeron en el Tratado ninguna disposición que permita la adhesión de la Comunidad al CEDH.

La Declaración de Laeken precisa que hay que “plantearse la cuestión de la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos”.

¹ Véase el suplemento 2/79 del Diario Oficial de las CE; documento SEC(90)2087 final, y documento SEC(1993) 1679 final.

² Véase, por ejemplo, la Resolución de 18 de enero de 1994, DO C 44, p. 32, y la de 16 de marzo de 2000 (A5-0064/2000).

³ Dictamen del Tribunal de 28 de marzo de 1996, Rec. 1996, I-1759.

II. Modalidades y consecuencias de la posible integración de la Carta en los Tratados

Observación preliminar: Contenido de la Carta

De conformidad con el mandato del Grupo, cuando en la presente nota se hace referencia a la Carta, se parte del supuesto de la Carta según ha sido adoptada por la anterior Convención y proclamada solemnemente por las tres Instituciones. Por consiguiente, no se analizan aquí las propuestas presentadas desde entonces destinadas a modificar la Carta mediante la supresión de ciertos derechos o la inclusión de otros; ello no obsta, naturalmente, a la posibilidad de que en el futuro se formulen tales propuestas en el marco del debate político de la sesión plenaria de la Convención. De igual modo, tampoco se abordarán las cuestiones “técnicas” ni las propuestas de “mejora de la redacción” formuladas por algunos juristas, que alegan, por ejemplo, la imprecisión de algunos artículos de la Carta. Por lo que atañe al contenido de la Carta, nos limitamos aquí sobre todo a examinar si el debate mantenido desde el año 2000 sobre la técnica de integración y sobre la futura estructura de los Tratados ha puesto de manifiesto necesidades de modificación técnica del texto de la Carta que no afectan a su sustancia. Con esta perspectiva, cabe destacar tres cuestiones:

- la del destino futuro del preámbulo de la Carta, en caso de optarse por la incorporación de su texto en el Tratado UE o en un nuevo tratado fundamental (véase *infra*, el punto 3);
- la de la procedencia de efectuar ciertas adaptaciones meramente técnicas de las disposiciones de la Carta para garantizar su coherencia con los actuales Tratados, y la magnitud de tales adaptaciones (véase *infra*, el punto 5);

- y la posible necesidad, sobre la que no nos extenderemos aquí, de una adaptación exclusivamente de la redacción de las referencias que en la Carta se hacen a los “Tratados” o a los “tratados comunitarios”, al Tratado de la Unión Europea”, al “Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” o al “Derecho comunitario”, en caso de que, con vistas a su simplificación, se modificara la estructura o la denominación actuales de dichos Tratados.¹

1. Posibles técnicas de integración de la Carta

En caso de que la Convención se orientara por la integración² de la Carta en los Tratados, existirían diversas opciones en cuanto a la técnica de esa integración:

- a) La Carta podría “adjuntarse” a los Tratados en forma de “declaración solemne”.
- b) Podría incluirse una referencia a la Carta en el Tratado UE o en un nuevo tratado fundamental en la línea del apartado 2 del artículo 6 del actual Tratado UE. Sólo constituiría, pues, una referencia *indirecta*³ a la Carta como fuente de inspiración para la definición jurisprudencial de los derechos fundamentales.
- c) Podría incluirse una referencia directa a la Carta en el Tratado CE o en un nuevo tratado fundamental⁴,
- d) Podría incluirse una referencia directa o indirecta a la Carta en el preámbulo de un nuevo tratado fundamental.

¹ Estas referencias aparecen en el preámbulo de la Carta, así como en sus artículos 16, 18, apartado 2 del artículo 21 y artículos 27, 28, 30, 34, 36, 45, 51 y 52. Igualmente, en caso de integrarse el contenido de los artículos de la Carta en el propio Tratado UE o en un nuevo tratado fundamental (la opción f) que se menciona más adelante), podría ser necesaria una adaptación de la redacción del apartado 2 del artículo 51 de la Carta para precisar que la Carta no modifica las competencias y funciones definidas en *las restantes disposiciones* de los Tratados (y podría efectuarse una adaptación análoga del apartado 2 del artículo 52 de la Carta para aclarar que dicho artículo se refiere a los derechos de la Carta que se fundan en otras disposiciones de los Tratados).

² Se emplea aquí el término “integración” en sentido amplio, abarcando distintas formas y grados de reconocimiento del valor jurídico de la Carta en los Tratados o en conexión con estos.

³ El carácter indirecto se expresa actualmente en la formulación del apartado 2 del artículo 6 del TUE mediante los términos “los derechos fundamentales *tal y como se garantizan... como principios generales ...*”). Por lo que respecta a la determinación de si debería añadirse la referencia a la Carta o colocarla en sustitución de las dos referencias actuales, véase la parte 2 *infra*.

⁴ Ejemplo: “La Unión respeta los derechos, las libertades y los principios consagrados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”.

- e) La Carta podría convertirse en un nuevo protocolo anejo a los Tratados o a un nuevo tratado fundamental.
- f) La totalidad de los 54 artículos de la Carta podría incluirse en un título o capítulo del Tratado UE, o en un nuevo tratado fundamental del que constituiría, por ejemplo, el título primero o el capítulo primero.

También existen diversas posibilidades de combinación entre las opciones a) a e) (por ejemplo, “adjunción” de la Carta como declaración solemne *más* mención en el actual apartado 2 del artículo 6 del Tratado UE; protocolo anejo a los Tratados o al nuevo tratado fundamental *más* referencia directa a dicho protocolo en un artículo del TUE o del nuevo tratado fundamental).

Varios factores incidirán en la elección entre las técnicas mencionadas. En primer lugar, evidentemente, revestirá gran importancia dilucidar si la Convención prefiere conservar la actual estructura de los Tratados o proponer un nuevo tratado fundamental, aun cuando puede considerarse cualquiera de las citadas técnicas en ambos casos.¹

Por otra parte, el valor jurídico preciso de la Carta también variaría en función de la opción elegida: sería menor con la opción a), que ciertamente aumentaría el valor simbólico y político de la Carta, pero no aclararía ni reforzaría su estatuto jurídico actual. La opción b) iría algo más lejos que la anterior, pero no sería más que un reconocimiento formal del estatuto de la Carta como fuente de inspiración –aunque de carácter eminente– para una definición pretoriana de los derechos fundamentales como principios fundamentales del Derecho, estatuto que ya parece concedérseles en la práctica (véase *supra*). Sólo a tenor de las opciones c), e) y f) adquiriría la Carta el carácter de texto plenamente vinculante, en la línea de los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones nacionales. En cambio, el efecto jurídico de una referencia en un nuevo preámbulo (opción d)) parecería más bien incierto, habida cuenta, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que sólo concede a los preámbulos y considerandos de los actos comunitarios

¹ No se aborda aquí la cuestión de si, en caso de que la Convención propusiera un nuevo tratado fundamental (en el que se integraría la Carta), debería o no existir una jerarquía entre ese tratado y una “segunda parte” del actual Derecho primario. Esta cuestión rebasa el tema de la Carta, y la Convención debería estudiarla en el contexto general de la futura estructura de los Tratados.

un valor jurídico muy limitado y supeditado al de la parte dispositiva del acto. Por otra parte, si se opta por la técnica de una mera referencia a la Carta (opciones b), c) o d)) sin integrar la Carta en un protocolo, esta opción debería conllevar la reflexión sobre el modo en que se podrá modificar la Carta en el futuro (mientras que con las opciones e) y f) se aplicaría de oficio el régimen común de revisión de los Tratados).

Por último, la elección entre las mencionadas opciones también podría atender a las preferencias de los Convencionales sobre la difusión política y la claridad de los derechos de la Carta, así como del conjunto de los resultados de la Convención, respecto de los ciudadanos.

¿Cuál o cuáles de las citadas técnicas se consideran preferibles?

2. La cuestión del actual apartado 2 del artículo 6 del Tratado UE

Si se integra la Carta en los Tratados -y con independencia de la técnica escogida- se plantea si es o no conveniente seguir refiriéndose, como sucede en la actualidad en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado UE, a las dos fuentes exteriores de inspiración para la jurisprudencia: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el CEDH. A este respecto pueden aducirse argumentos válidos en ambos sentidos. Así, cabría justificar el mantenimiento de esta cláusula -si bien con una redacción distinta¹- para aclarar que la Carta no impedirá al Tribunal de Justicia seguir inspirándose en estas fuentes adicionales, que podrían, además, evolucionar con el tiempo. También se afirma que el mantenimiento de una referencia al CEDH en el Tratado sería un complemento deseable, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la referencia al CEDH que se realiza en el apartado 3 del artículo 52 de la Carta. Por otra parte, la supresión del actual apartado 2 del artículo 6 del TUE puede justificarse basándose en que la Carta ya constituye la

¹ Así pues, en el caso de las opciones a) y b), podrían añadirse al apartado 2 del artículo 6 actual los términos “y tal como los reconoce la Carta ...”. En el caso de las opciones c), d) o e), podría añadirse a la frase sugerida en la anterior nota 4 al pie de la página 7 una segunda frase con la siguiente redacción: “La Unión respetará asimismo los derechos fundamentales tal y como se garantizan ...” (a continuación el texto actual del apartado 2 del artículo 6 del TUE). Si bien la opción f) se combina menos fácilmente con el mantenimiento de una disposición como el apartado 2 del artículo 6 del TUE, no cabe excluir, por ejemplo, que se añada una disposición de este tipo en el nuevo título, justamente después del último artículo de la Carta, o bien que se incluya una referencia que se iniciaría con las palabras “sin perjuicio ...” en las disposiciones horizontales de esta última.

expresión más auténtica del acervo de derechos fundamentales propios de la Unión Europea. De acuerdo con este parecer no podría comprenderse muy bien la “competencia” de la referencia a las otras dos fuentes, ya que la Carta incluye los derechos del CEDH y representa la mejor plasmación de las tradiciones comunes a los Estados miembros ¹; tampoco resultaría necesaria ya que, como en el caso de otras normas jurídicas constitucionales, no cabría considerar que un catálogo escrito de los derechos fundamentales tiene carácter “exhaustivo” ni impide el desarrollo de nuevos derechos a través de la jurisprudencia cuando resulte necesario.

¿Debería la integración de la Carta en los Tratados conllevar la supresión de la referencia a las dos fuentes externas constituidas por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el CEDH (véase el actual apartado 2 del artículo 6 del TUE)? ¿O bien convendría mantener esta referencia? En caso afirmativo, ¿cómo debería redactarse atendiendo a la incorporación de la Carta?

3. La cuestión del preámbulo de la Carta

El articulado de la Carta va precedido de un preámbulo, algunos de cuyos elementos representaron un papel importante para la consecución de la fórmula transaccional final en la anterior Convención. Si la Convención Europea se decidiera por la opción e) mencionada *supra*, se plantearía la cuestión del destino de este preámbulo. En ese caso, cabría considerar la posibilidad de utilizar el preámbulo de la Carta como base para la redacción de un nuevo tratado fundamental o, respectivamente, de incorporar sus elementos a un preámbulo del Tratado UE con una nueva redacción. Esto no se plantea para las demás opciones, que permitirían que el preámbulo de la Carta siguiera vinculado al texto de esta última.

¿Qué hacer con el preámbulo de la Carta en caso de integración de ésta en los Tratados?

¹ Véase a este respecto la citada sentencia del TPI de 31 de enero de 2002, *max.mobil*.

4. La cuestión de las “duplicaciones” en la Carta

Con ánimo de establecer un catálogo completo de los derechos fundamentales de la Unión, la Carta, en el caso de algunos de sus artículos, no hace sino repetir derechos consagrados de forma expresa en el Tratado CE, a menudo abreviando su formulación respecto de los correspondientes artículos del Tratado para facilitar la lectura. Tal es el caso de los derechos de libre circulación ¹, casi todos los derechos del capítulo “ciudadanía” de la Carta (derecho de voto, de acceso a los documentos, de petición, etc.) ², y de las cláusulas de no discriminación por razón de nacionalidad y de igualdad entre los sexos ³. Dado que la anterior Convención no disponía de mandato para modificar los Tratados sino únicamente para redactar una carta que pudiera añadirse a ellos, formuló una cláusula de remisión (apartado 2 del artículo 52 de la Carta ⁴) para aclarar que, en lo que se refiere a esos derechos, la Carta no afecta a la situación jurídica determinada en los Tratados. Esta cláusula ha permitido también evitar la repetición, en los artículos pertinentes de la Carta, de fórmulas que expresen que esos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites previstos en el correspondiente artículo del Tratado y del Derecho derivado. ⁵

Se ha sugerido que, en caso de que se optara por una integración del *corpus* de la Carta en un nuevo tratado fundamental o en un protocolo anejo a él (opciones e) y f)), se plantearía la cuestión de si procedería eliminar las mencionadas “duplicaciones” entre algunos artículos de la Carta y la consagración de esos mismos derechos en los Tratados, suprimiendo dichos artículos de la Carta o bien los artículos correspondientes de los Tratados actuales (que pasarían entonces a ser la “segunda parte” del Derecho primario). Sin embargo, otros han observado que se trataría de un problema más

¹ Apartado 2 del artículo 15 y artículo 45 de la Carta.

² Artículos 39 y 40, apartado 4 del artículo 41, artículos 42 a 46 de la Carta.

³ Apartado 2 del artículo 21 y artículo 23 de la Carta.

⁴ El apartado 2 del artículo 52 dice lo siguiente: “Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.”

⁵ Véanse también, a este respecto, las explicaciones del Praesidium (citadas *supra* en la nota 1 al pie de la página 3) relativas a este artículo (“El apartado 2 precisa que cuando un derecho se deriva de los Tratados, queda sometido a las condiciones y límites establecidos en éstos; es decir, la Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por los Tratados.”).

aparente que real, o que en todo caso sólo se plantearía para un número muy limitado de derechos ¹. Si procediera, esta cuestión debería estudiarse con mayor detalle.

En caso de que el corpus del articulado de la Carta se integrara en un nuevo tratado fundamental o en un protocolo anejo a éste (opción e)), ¿cómo debería abordarse la “duplicación” existente por el hecho de que ciertos artículos de la Carta repiten derechos ya consagrados en el Tratado CE?

5. Estudio de algunas adaptaciones técnicas de las disposiciones de la Carta

Algunos observadores han considerado que, en caso de integración de la Carta, serían necesarias algunas adaptaciones técnicas de su texto. Otros recusan la necesidad de tales cambios, por considerar que las disposiciones generales de la Carta (artículos 51 a 54) bastan para aclarar los puntos abordados.

Concretamente se ha criticado, por una parte, el hecho de que ciertos artículos de la Carta repitan derechos consagrados en el Tratado CE sin especificar en cada uno de dichos artículos que esos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites previstos en el Tratado, lo que daría lugar a inseguridad jurídica. ² Otros replican que la disposición horizontal del apartado 2 del artículo 52 de la Carta se concibió para aclarar este punto para todos esos artículos de la Carta evitando cargar el texto con la repetición de la referencia al Tratado en cada uno de los artículos afectados. Por otra parte, se ha afirmado que algunas disposiciones de la Carta recogen las del TCE pero modificándolas. Se menciona en este sentido el apartado 1 del artículo 21 de la Carta, sobre no

¹ Se trataría concretamente de los siguientes artículos de la Carta: artículos 39 y 40 (Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo - véanse el artículo 19 y el apartado 1 del artículo 190 del TCE), art. 42 (Acceso a los documentos - véase el artículo 255 del TCE), art. 43 (Defensor del Pueblo - véanse los artículos 21 y 195 del TCE), art. 44 (Petición - art. 21 y 194 del TCE), apartado 1 del artículo 45 (Libertad de circulación de los ciudadanos - art. 18 del TCE) y artículo 46 (Protección diplomática - art. 20 del TCE). En cambio, en el contexto de la igualdad entre hombres y mujeres y en el de la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena y autónomos, parece perfectamente adecuada la coexistencia entre el texto más sucinto de la Carta y el más detallado de los actuales Tratados.

² Se mencionan en este sentido los artículos 39, 40, 42, 43 y 44 de la Carta.

discriminación, que según el parecer de algunos modificaría el artículo 13 del TCE; sin embargo, otros alegan que no existe incompatibilidad alguna entre estas dos disposiciones, ya que son de naturaleza y alcance distintos ¹.

Suponiendo que la Carta se integrara en los Tratados, ¿serían necesarias ciertas adaptaciones técnicas de sus disposiciones? ¿Se considera suficiente el apartado 2 del artículo 52, o sería necesario repetir la referencia a las condiciones y límites previstos en el Tratado en cada artículo pertinente de la Carta?

6. Las disposiciones sobre el Tribunal de Justicia en los Tratados

A este respecto procede distinguir tres cuestiones, de las cuales sólo la primera se plantearía directamente como consecuencia de una eventual integración de la Carta; las otras dos, en principio, son independientes de ella, aunque con frecuencia se ha establecido una conexión temática que las une:

a) Modificación de la letra d) del artículo 46 del TUE

En función de la opción que se elija para integrar la Carta en los Tratados (véase más arriba), podría resultar necesario adaptar la redacción de la letra d) del artículo 46 del Tratado UE para que la Carta se cuente entre las disposiciones a las que se aplica la jurisdicción del Tribunal.

Al mismo tiempo, parece que habría que suprimir los términos “con respecto a la actuación de las instituciones” que figuran en la actual letra d) del artículo 46. Como antes se ha indicado, desde los años 80, el Tribunal de Justicia controla el respeto de los derechos fundamentales, no sólo mediante la actuación de las instituciones, sino también mediante la de las autoridades de los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Nunca ha estado muy claro lo que significa la inserción por el Tratado de Amsterdam de los términos citados en el

¹ Así, mientras que el artículo 13 del TCE crea una base jurídica para luchar contra las discriminaciones mediante la adopción de normas legislativas aplicables entre particulares, el apartado 1 del artículo 21 de la Carta establece una prohibición de discriminación aplicable directamente, comparable al artículo 14 del CEDH y al protocolo n.º 12 del mismo, pero que sólo vincula a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados miembros únicamente en el ámbito de la aplicación del Derecho de la Unión.

artículo 46 del Tratado UE, en relación con dicha jurisprudencia bien establecida. En cualquier caso, el Tribunal ha confirmado su jurisprudencia tradicional tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Sea como fuere, la anterior Convención quiso definir expresamente, en el apartado 1 del artículo 51 de la Carta ¹, el ámbito de aplicación de ésta, codificando la jurisprudencia anterior; por tanto, la fórmula actual de la letra d) del artículo 46, que podría interpretarse de forma distinta de la Carta, debería supeditarse a esta definición.

¿Debería suprimirse la referencia excluyente a la actuación de las instituciones en el artículo 46 del tratado UE en caso de que este artículo llegara a adaptarse en una Carta integrada en los Tratados?

b) Las competencias del Tribunal en Justicia y Asuntos de Interior

Si bien las disposiciones del Tratado de Amsterdam que instauran la competencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior constituyen un avance, muchos son quienes critican las limitaciones que aún subsisten y la complejidad de las normas pertinentes en comparación con el sistema normal del Tratado CE ². Así, el artículo 35 del Tratado UE ha llevado, por lo que respecta al procedimiento prejudicial del tercer pilar, a un régimen de geometría variable enormemente complejo. El apartado 5 del artículo 35 del Tratado UE excluye totalmente la competencia del Tribunal de Justicia, de forma general, para controlar, dentro del tercer pilar, las medidas nacionales policiales o de orden público. Una exclusión análoga está prevista, en virtud del apartado 2 del artículo 68 del Tratado, aun en el pilar comunitario, y para las actuaciones de las instituciones contra las que los jueces nacionales no pueden ofrecer protección alguna. Por último, la limitación del derecho a remitir una cuestión prejudicial que contiene el apartado 1 del artículo 68 del Tratado CE parece de difícil justificación, ya que obliga a los interesados a recorrer todas las instancias nacionales antes de llegar al juez comunitario.

¹ El apartado 1 del artículo 51 de la Carta dice así: “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, *con arreglo a sus respectivas competencias.*” (la cursiva es nuestra).

² Sobre estas cuestiones, véase también la nota de reflexión CONV 69/02, “Justicia y Asuntos de Interior”.

Está claro que esta problemática va más allá del tema de la integración de la Carta ¹. Sin embargo, se considera que la protección eficaz de los derechos fundamentales es un elemento indispensable del “espacio de libertad, seguridad y justicia”, tanto más cuanto que muchas intervenciones de la Unión en este ámbito resultan particularmente delicadas por lo que hace a estos derechos. Además, cualquier exención al control del Tribunal de Justicia dejaría el Derecho de la Unión y los actos de las instituciones expuestos a recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¿Podría derivarse de la cuestión de la protección de los derechos fundamentales una revisión de las actuales disposiciones sobre el Tribunal de Justicia respecto de la Justicia y los Asuntos de Interior?

- c) La liberalización de las condiciones de recurso directo ante el Tribunal, inclusive la interposición de un recurso constitucional (“Verfassungsbeschwerde”, “recurso de amparo”)

De un tiempo a esta parte, parte de la doctrina critica las condiciones que rigen el recurso directo de los particulares a los tribunales comunitarios, condiciones estipuladas en el apartado 4 del artículo 230 del Tratado CE e interpretadas en la jurisprudencia ² como excesivamente restrictivas y poco adecuadas para garantizar el derecho fundamental a una protección jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o derecho al recurso) contra los actos de las instituciones. Si bien esta crítica se ha formulado con independencia de la Carta y con anterioridad a su elaboración (la Carta no codifica este derecho al recurso, desarrollado por el Tribunal de Justicia a partir del CEDH desde los años 80 ³) ha sido reiterada en relación con ella. Hay quien llega aun a propugnar que se instaure una nueva vía de recurso especial que permita a cualquier particular impugnar directamente cualquier acto comunitario, aun los de carácter legislativo, por violación de sus derechos fundamentales, a semejanza de los procedimientos que existen en algunos Estados miembros (“Verfassungsbeschwerde”, “recurso de amparo”).

¹ Véase la nota de reflexión “Justicia y Asuntos de Interior”.

² El apartado 4 del artículo 230 del TCE limita el recurso de anulación exclusivamente a los destinatarios de actos comunitarios y a las personas afectadas “directa e individualmente” por los mismos. Desde la sentencia *Plaumann*, en el asunto 25/62, Rec. 197, la jurisprudencia ha interpretado que esta fórmula excluye en principio el recurso contra actos de alcance general, aun los que tienen efectos directos en particulares, ya que éstos no se ven afectados individualmente sino cuando es en razón de determinadas características que poseen en particular o de una situación de hecho que los caracteriza en relación con cualquier otra persona, individualizándolos así por analogía con el destinatario.

³ Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia en: Asunto 222/84, *Johnston*, Rec. 1986, 1651, n.º 18; Asunto 222/86 *Heylens*, Rec. 1987, 4097, n.º 14; C-97/91, *Borelli*, Rec. 1992, I-6313, n.º 14.

Otros sostienen que el Derecho comunitario cuenta con un sistema de recursos completo, que garantiza adecuadamente la protección jurisdiccional efectiva, inclusive para los derechos fundamentales: los particulares pueden, en función de cada caso, bien impugnar directamente un acto comunitario con arreglo al apartado 4 del artículo 230 del Tratado CE, o bien interponer recurso ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra medidas de aplicación del acto comunitario, pudiendo (o debiendo, en el caso de la instancia suprema) el juez nacional solicitar una resolución prejudicial del Tribunal (artículo 234 del Tratado CE) con el fin de comprobar la validez del acto comunitario. Así pues, corresponde a los Estados miembros, en virtud del artículo 10 del Tratado CE, contribuir a ese doble sistema de protección estableciendo vías de recurso en el plano nacional que permitan que dicho control indirecto de los actos de las instituciones se efectúe sin lagunas ¹. Se ha señalado asimismo que sería difícil diferenciar un nuevo recurso fundado en la violación de derechos fundamentales de los demás recursos, dado que podrían alegarse estos derechos en la práctica totalidad de las demandas. Sin embargo, los críticos replican que el “desvío” a través del juez nacional y el procedimiento prejudicial no siempre ofrecería garantías suficientes, entre otras razones dado que la resolución prejudicial del Tribunal de Justicia puede ser lenta y no depende del demandante.

Un supuesto concreto que en el ínterin se ha reconocido ampliamente como problemático es el caso en que la legislación comunitaria formula una prohibición aplicable directamente sin que se requiera un acto nacional de ejecución. La única posibilidad de que dispondría un particular que quisiera invocar sus derechos frente a este tipo de prohibición sería el recurso contra la sanción que -en su caso- le impusieran las autoridades nacionales, en caso de violación de la legislación comunitaria. Muchos consideran que no es normal que un particular deba cometer una infracción para tener derecho de recurso, ya que no puede recurrir directamente contra el acto comunitario de que se trate. En una sentencia reciente ² que se refiere a este caso concreto, el Tribunal de Primera Instancia ha admitido el recurso de un particular a pesar de la jurisprudencia anterior, que estimó excesivamente restrictiva, invocando el derecho de recurso. Las recientes conclusiones del abogado general Jacobs sobre el asunto C-50/00 P ³ critican de manera más general la interpretación que hace la jurisprudencia tradicional del apartado 4 del artículo 230 del Tratado CE. Por lo tanto, no hay que descartar que se esté perfilando un giro importante en la jurisprudencia sobre admisibilidad de recursos directos de particulares.

¹ Véase la sentencia del TPI de 27 de junio de 2000, T-172/98 y otros, *Salamander y otros*, Rec. 2000, II-2487, párrafo 74.

² Sentencia de 3 de mayo de 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré c. Comisión*.

³ Conclusiones de 21 de marzo de 2002, asunto C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*; estas conclusiones ofrecen asimismo una panorámica muy completa sobre este debate. El Tribunal dictará sentencia en el transcurso de los próximos meses.

¿Convendría modificar el apartado 4 del artículo 230 del Tratado CE para ampliar las condiciones de admisibilidad de recursos directos de particulares? En caso afirmativo, ¿cómo? ¿O bien debería dejarse a la jurisprudencia la labor de precisar las condiciones de admisibilidad, en función del derecho a la protección jurisdiccional efectiva?

¿Sería conveniente instaurar una nueva vía de recurso directo para la protección de los derechos fundamentales de las personas, a imagen de algunos procedimientos constitucionales nacionales? ¿Qué consecuencias tendría una modificación del Tratado en este sentido para la organización y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales comunitarios?

III. Modalidades y consecuencias de una eventual adhesión de la Comunidad o de la Unión al CEDH

Observación preliminar: complementariedad entre la Carta y la idea de la adhesión al CEDH

En primer lugar, cabe recordar que numerosas instituciones y personalidades opinan que la elaboración de la Carta y la propuesta de que la Comunidad (o bien la Unión, en el futuro, una vez haya quedado reconocida su personalidad jurídica) suscriba el CEDH constituyen iniciativas complementarias y no alternativas ¹. Por una parte, el que la Carta exista no reduciría en modo alguno el supuesto interés de hacer aplicable a la Unión el mecanismo de control externo que establece el CEDH. Por otra, no por suscribir el CEDH sería menos útil para la Unión el dotarse de su propio catálogo de derechos fundamentales, máxime si se tiene en cuenta que el CEDH permite a las partes contratantes establecer más derechos de los que en él se garantizan (artículo 53 del CEDH) y que la forma en que se ha articulado la relación entre el CEDH y la Carta en el texto de esta última se considera satisfactoria ².

¹ En este sentido, véanse, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2000 (COM(2000) 644 fin., apartado 9), los discursos del Sr. Wildhaber, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (quien afirmaba que el Consejo de Europa había considerado siempre ambas opciones complementarias y no alternativas) y del Sr. Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de Justicia, del 31 de enero de 2002, así como el discurso del Sr. Krüger, Secretario General del Consejo de Europa, del 18 de marzo de 2002.

² Por ejemplo, el Sr. Wildhaber en su discurso anteriormente citado, así como el Sr. Rodríguez Iglesias, también en su discurso mencionado (en el que afirma que, “lejos de estar en competencia y generar una escisión en la protección de los derechos fundamentales en Europa, la Convención y la Carta deberían enriquecerse mutuamente”), y los comentarios de los observadores del Consejo de Europa sobre el proyecto final de la Carta (doc. CHARTE 4961/00 CONTRIB 356, de 13 de noviembre de 2000, y la Comisión en su comunicación mencionada).

1. Argumentos a favor y en contra de la adhesión

En lugar de reproducir *in extenso* los argumentos que conforman una discusión que viene manteniéndose desde hace más de veinte años, nos limitaremos a recordar de forma muy sucinta los principales de ellos ¹: quienes abogan por la adhesión al Convenio alegan, principalmente, que con ella aumentaría la protección de los derechos fundamentales, al hacerse extensivo a la acción de las instituciones de la Unión el mismo mecanismo de control judicial externo al que todos los Estados miembros se han sometido ya. En su opinión, el colmar esta laguna de protección resulta cada vez más urgente, en vista de la constante transferencia de competencias de los Estados miembros a la Unión, y a fin de evitar contradicciones respecto de los compromisos que la Unión exige a los Estados candidatos. Por otra parte, la adhesión de la Unión sería la mejor solución para evitar en Europa nuevas fisuras entre dos sistemas de protección de los derechos fundamentales, garantizándose así un desarrollo armonioso de la jurisprudencia de ambos Tribunales europeos.

La principal inquietud de quienes se oponen a que se suscriba el CEDH es que ello sería incompatible con el principio de autonomía del Derecho comunitario, y por ende de la condición que tiene el Tribunal de Justicia de árbitro único en este Derecho. Esta cuestión se trata con detalle más adelante. Otro argumento que a veces se esgrime es que no sería adecuado que la Unión esté sometida al control de jueces no nacionales de su territorio y que podrían no comprender bien la especificidad de la integración europea.

A la luz de los argumentos en pro y en contra, ¿redundaría la adhesión al CEDH en un refuerzo de la autoridad y la credibilidad del Derecho de la Unión y de su Tribunal, o más bien las debilitaría?

¹ Véanse los argumentos expuestos ante el Tribunal de Justicia por las distintas partes con ocasión de la causa que condujo al dictamen n.º 2/94, Rec. 1996, I-1772 ss.; véase asimismo el informe sobre la Carta de los derechos fundamentales elaborado por el Comité restringido sobre la Unión Europea de la Cámara de los Lores, de 24 de mayo de 2000, apartados 104-112 (resumen de la intervención realizada sobre el tema ante este comité).

2. Fórmulas en caso de adhesión

a) Por parte de la Unión

De acuerdo con el dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, la adhesión de la Comunidad al CEDH requeriría la inserción en el Tratado CE de una base jurídica específica, cosa que se podría hacer, por ejemplo, en el artículo 303 del Tratado CE. Si la Convención recomendará que se reconozca formalmente la personalidad jurídica de la Unión y se la fusione con la de la Comunidad, esta base jurídica debería permitir asimismo la adhesión de la Unión.¹

b) Por parte del Consejo de Europa

La suscripción del CEDH por la Comunidad o la Unión requeriría asimismo, de todas formas, la modificación del Convenio, aunque sólo fuera el artículo 59, que restringe actualmente el círculo de partes contratantes a los miembros del Consejo de Europa (que sólo pueden ser *Estados* europeos). La adhesión suscitaría asimismo algunas otras cuestiones técnicas que podrían llevar a adaptaciones del sistema de Estrasburgo.²

3. Consecuencias de la adhesión en cuanto al principio de la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario

Hay quien opina que la adhesión de la Comunidad al Convenio menoscabaría el principio de la autonomía del derecho comunitario. Por una parte, el Tribunal de Justicia perdería el monopolio de fallar sobre la validez de los actos de derecho comunitario, que se verían sometidos en lo sucesivo

¹ Para establecer esta base jurídica, habría que determinar si la disposición debe contemplar únicamente el caso de la adhesión al CEDH, o bien prever asimismo la posibilidad de suscribir otros convenios internacionales de derechos humanos. Deberían establecerse también normas sobre el proceso de toma de decisiones que se aplicaría a la firma y celebración del tratado de adhesión.

² Estas cuestiones las ha examinado recientemente un grupo de trabajo ad hoc creado en el seno del Comité Director de Derechos Humanos, del Consejo de Europa; véase el informe de actividad de este grupo, de 2 de abril de 2002 (GT-DH-EU (2002) 012).

igualmente al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otra, el Tribunal de Estrasburgo podría tener que pronunciarse también sobre cuestiones de interpretación del derecho comunitario, por ejemplo en una cuestión como la proporcionalidad de los actos comunitarios, o como el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, o en caso de agotamiento de las vías internas de recurso. Por otra parte, el Tribunal de Justicia perdería también su función de árbitro único en los litigios entre Estados miembros y entre éstos y las instituciones, ya que estos recursos podrían interponerse ante el Tribunal de Estrasburgo en virtud del artículo 33 del CEDH. Todo ello debilitaría además sensiblemente la autoridad política del Tribunal de Justicia frente a las instancias de los Estados miembros, incluidos sus tribunales supremos.

Por el contrario, hay quienes discuten este análisis y sostienen que la adhesión sería totalmente compatible con la autonomía del derecho comunitario. Aducen que el Tribunal de Estrasburgo no tiene ninguna facultad de casación ni puede declarar nulos actos de las partes contratantes ni sentencias de sus tribunales supremos, sino que sólo puede conocer de violaciones del CEDH, siendo entonces las instituciones de las partes contratantes las competentes para sacar consecuencias concretas para el ordenamiento jurídico interno. Además, se alega que el Tribunal de Estrasburgo sólo considera el derecho interno como una cuestión de hecho y que, al pronunciarse sobre la proporcionalidad de los actos nacionales, reconoce márgenes de apreciación que permitirían tener en cuenta también la especificidad del derecho comunitario. Así, el Tribunal de Estrasburgo no podría calificarse de tribunal “superior” en relación con los tribunales supremos de las partes contratantes, sino simplemente como una instancia más especializada que ejerce un control externo subsidiario, y el Tribunal de Justicia ha admitido ya la posibilidad de someter la Unión a tal control externo.¹ En cuanto al riesgo de que se remitan al Tribunal de Estrasburgo recursos entre la Comunidad y los Estados miembros o entre éstos, podría suponerse que estos contenciosos estarían prohibidos de todas formas por el derecho comunitario²; sin embargo, en caso de que se celebrara

¹ Véase el dictamen 1/91 del Tribunal, de 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991, I-6079, punto 40: “La competencia de la Comunidad en materia de relaciones internacionales ... implica, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales Acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere.”

² Así, el que un recurso entre Estados miembros se remitiera al Tribunal de Estrasburgo infringiría el artículo 292 del Tratado CE en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (seguirían siendo posibles, claro está recursos relativos a actos no relacionados con el derecho comunitario). Del mismo modo, puede suponerse que un litigio entre la Comunidad o la Unión y un Estado miembro ante este Tribunal violaría el artículo 10 del Tratado CE ya que infringiría los procedimientos del artículo 226 o del artículo 230 del Tratado CE, respectivamente.

un acuerdo de adhesión, parecería conveniente que esto se aclarara expresamente, por ejemplo, mediante una declaración en la que la Comunidad o la Unión y los Estados miembros renunciaran al derecho a interponer recursos entre Estados ante el Tribunal de Estrasburgo.

Por último, algunos sugieren que precisamente la falta de participación continua de la Comunidad/Unión en el sistema de Estrasburgo sería la que plantearía en el futuro riesgos para el ordenamiento jurídico de ésta. Efectivamente, se dan casos en que los Estados miembros son considerados responsables indirectos ante el Tribunal de Estrasburgo por presuntas violaciones del CEDH que en realidad proceden de actos de las instituciones de la Unión. Esta responsabilidad se ha reconocido ya para actos de Derecho primario no sujetos al control del Tribunal de Justicia¹, así como para recursos contra un acto nacional que constituye una mera transposición literal de una directiva comunitaria²; actualmente está pendiente ante el Tribunal de Estrasburgo un recurso contra los 15 Estados miembros que alega que una decisión de la Comisión en materia de competencia, confirmada por el Tribunal de Justicia, viola el CEDH.³ De no mediar la adhesión, estos observadores temen que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncie indirectamente, cada vez con mayor frecuencia, sobre actos de la Comunidad/Unión sin que ésta pueda siquiera defenderse ni que su sistema jurídico esté representado por un juez en dicho Tribunal, y que los Estados miembros, responsables de la defensa en lugar de la Comunidad, puedan tener controversias con ella o entre sí sobre la compatibilidad de los actos comunitarios con el CEDH.

¿Atentaría la adhesión al CEDH contra el principio de autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y el papel del Tribunal de Justicia como supremo árbitro del mismo? ¿O más bien tendría consecuencias positivas para dicho ordenamiento jurídico?

¹ Véase la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 18 de febrero de 1999, Matthews c. Reino Unido, Rec. n.º 24833/94, en relación con el Acto de 1976 sobre las elecciones al Parlamento Europeo, en cuyo Anexo II se excluía de las mismas a Gibraltar.

² Véase la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 15 de noviembre de 1996, Cantoni c. Francia, Rec. n.º 17862/91. Véase también la sentencia de 7 de marzo de 2000, T.I. c. Reino Unido, Rec. n.º 43844/98, en relación con el Convenio de Dublín.

³ Asunto DSR Senator Lines c. los 15 Estados miembros, Rec. n.º 56672/00. El Tribunal no se ha pronunciado aún sobre la admisibilidad de la demanda, cuestionada por los 15 Estados miembros, que se remiten a la jurisprudencia de la antigua Comisión de Derechos Humanos (resolución de 9 de febrero de 1990, M & Co c. Alemania).

4. Consecuencias para el sistema de reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros

En este contexto cabe distinguir dos cuestiones:

En primer lugar, puesto que, de conformidad con el dictamen n.º 2/94 del Tribunal de Justicia, la adhesión al CEDH requiere la inclusión en el Tratado de una base jurídica expresa (véase *infra* por lo que respecta a su forma), algunos estiman que ello podría tener el efecto de reconocer una competencia general de la Comunidad/Unión en el ámbito de los derechos fundamentales, inclusive en el plano interno. Otros cuestionan este análisis: dado que el objetivo y el efecto de la adhesión consistiría simplemente en someter a las instituciones a los derechos fundamentales del CEDH y al control externo del Tribunal de Estrasburgo, no se entiende por qué una base jurídica en el Tratado que se limitara a este propósito daría origen a una competencia general ¹ de la Unión para legislar en el plano interno prescribiendo derechos fundamentales que comprometerían a los Estados miembros en su actuación propia. Cabría, sin embargo, la posibilidad de tratar de aclarar este extremo en la base jurídica permitiendo así la adhesión, si se considerase necesario. Otros sugieren resolver esta cuestión sometiendo la acción de las instituciones al sistema de Estrasburgo sin prever la adhesión (este modelo se presenta más adelante).

En segundo lugar, algunos subrayan que la adhesión podría llevar al Tribunal de Estrasburgo a pronunciarse sobre el sistema de reparto de competencias de la Unión, ya que en ciertos casos podría ser difícil determinar si un asunto afecta a la “jurisdicción” (artículo 1 del CEDH) de la Comunidad/Unión o a la de un Estado miembro. Se han sugerido, no obstante, soluciones técnicas para evitar esta situación, que se definirían en el posible acuerdo de adhesión. ²

¹ Debe observarse que, aun cuando no exista tal competencia general, la Comunidad adopta en algunos ámbitos normas específicas relativas a los derechos fundamentales, bien tomando como base artículos concretos del Tratado (por ejemplo los artículos 13 y 141 del Tratado CE) o bien como “complemento” del ejercicio de competencias que tiene conferidas (véase, por ejemplo, el art. 2 del citado Reglamento n.º 2679/98 (derecho a la huelga) o los Reglamentos 975/99 y 976/99 en el marco de acciones comunitarias de cooperación en terceros países.

² Se propone, concretamente, como solución análoga a la utilizada en el caso de la Convención sobre el Derecho del Mar, un mecanismo que permita que la Comunidad/Unión se asocie a un Estado miembro en calidad de parte demandada y responsable solidaria, y viceversa, junto con la inclusión de una declaración que subraye que únicamente la Comunidad/Unión y los Estados miembros estarán facultados para pronunciarse sobre el reparto de competencias a tenor de sus procedimientos internos.

¿Tendría la adhesión al CEDH un carácter neutro en lo que atañe al reparto de competencias internas entre la Unión y sus Estados miembros? ¿Sería oportuno prever una disposición en el Tratado que precise esta neutralidad, de manera análoga al apartado 2 del artículo 51 de la Carta?

¿Existe un riesgo real de que el Tribunal de Estrasburgo deba pronunciarse sobre el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros? ¿Pueden los mecanismos propuestos excluir dicho riesgo?

5. Fórmulas alternativas destinadas a garantizar la coherencia entre el Derecho de la Unión y el CEDH

Se admite de manera general que los contactos e intercambios informales existentes entre los dos Tribunales europeos son muy positivos y facilitan de manera apreciable el desarrollo armonioso de la jurisprudencia de éstos. Sin embargo, si bien muchos observadores insisten en que la solución ideal para garantizar la coherencia sería la adhesión de la Comunidad/Unión, algunos sugieren la elaboración de mecanismos alternativos para este propósito, de los que se citarán a continuación los analizados con mayor frecuencia:

a) Un mecanismo de traslado o consulta

Se ha sugerido la posibilidad de instaurar un mecanismo de traslado o consulta, que daría al Tribunal de Luxemburgo la posibilidad de plantear al Tribunal de Estrasburgo una cuestión de interpretación del CEDH.

Tales propuestas se han formulado bien como medida de acompañamiento de la adhesión al CEDH o bien como alternativa a dicha adhesión. En este último caso se ha sugerido que el dictamen que diera el Tribunal de Estrasburgo podría calificarse de “no vinculante” para el Tribunal de Justicia. Se ha afirmado igualmente que un mecanismo de este tipo garantizaría la máxima coherencia entre ambas jurisprudencias, especialmente en los casos en que el Tribunal de Justicia tuviera que pronunciarse sobre cuestiones de derechos humanos sin contar con jurisprudencia de Estrasburgo, y pudiera verse contradecido por dicha jurisprudencia en el futuro. A juicio de quienes propugnan la combinación del mecanismo de traslado con la adhesión, éste permitiría además reducir el número de demandas individuales ante el Tribunal de Estrasburgo referentes al Derecho de la Unión.

Se han formulado, sin embargo, diversas objeciones a estas propuestas. En particular, se subraya que este mecanismo de traslado prolongaría de manera considerable –y contraria al derecho a una protección jurídica eficaz– la resolución de la controversia sobre el fondo (especialmente en los casos en que este procedimiento se añadiera a una solicitud de dictamen prejudicial formulada al Tribunal de Justicia por un órgano jurisdiccional nacional). Cabe observar además que el Tribunal de Justicia podría verse en situaciones incómodas a las que no está sujeto ningún tribunal constitucional nacional: aun cuando evidentemente sólo podría recurrir a este procedimiento en casos muy determinados, su elección de *no* plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Estrasburgo en un asunto concreto siempre podría ser criticada más adelante, en particular si el Tribunal de Estrasburgo siguiera en el futuro una línea distinta de la de Luxemburgo. Si se previera, como alternativa a la adhesión, dar carácter “no vinculante” a los dictámenes del Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia difícilmente podría, en cualquier caso, apartarse abiertamente de ellos, y en cambio sus sentencias sí podrían estar sujetas a cuestionamiento del grado concreto de fidelidad al dictamen de Estrasburgo.

Por último, se ha sugerido que un procedimiento de dictamen o traslado introduciría una mezcla indebida de sistemas jurídicos y tendría repercusiones más importantes en la autonomía del Derecho comunitario que la adhesión “pura y simple”. El Tribunal de Estrasburgo intervendría directamente en litigios pendientes, dando interpretaciones que serían obligatorias para el Tribunal de Justicia, bien *de jure* o bien, como mínimo, *de facto*, al tiempo que cualquier otro tribunal constitucional nacional puede en primer lugar apreciar libremente los derechos fundamentales de su propio ordenamiento jurídico y el papel del Tribunal de Estrasburgo se limita a un control ulterior del respeto de las obligaciones de Derecho internacional emanadas del CEDH.

Técnicamente, la instauración de este procedimiento de traslado o consulta exigiría no sólo un protocolo especial anejo a los Tratados CE/UE, sino también modificaciones del CEDH, ya que constituiría una excepción respecto de la función normal del Tribunal de Estrasburgo.

b) Una sala común

Debe mencionarse igualmente la sugerencia que se ha formulado en alguna ocasión, conforme a la cual, en tanto no exista adhesión, el Tribunal de Justicia y el de Estrasburgo podrían constituir una “sala común” o un órgano jurisdiccional colegiado al que ambas jurisdicciones podrían remitirse cuando observaran la necesidad de garantizar una interpretación uniforme de los derechos fundamentales o, más concretamente, cuando uno de los Tribunales quisiera apartarse de la jurisprudencia del otro. Los partidarios de esta idea alegan que reflejaría la estricta igualdad entre ambos Tribunales y afectaría menos a su funcionamiento actual. Cabría preguntarse, sin embargo, si esta propuesta no es contraria a la norma –que el Tribunal de Justicia considera emanada del principio de autonomía del Derecho comunitario– de que los jueces del Tribunal de Justicia no deberían deliberar simultáneamente en otros foros en los que debieran interpretar disposiciones idénticas a las del Derecho comunitario pero atendiendo a planteamientos, métodos y conceptos diferentes.¹

c) Creación de un derecho de recurso ante el Tribunal de Estrasburgo sin adhesión al CEDH

Por último, se ha sugerido que la acción de las instituciones de la Unión se someta al mecanismo de demandas individuales ante el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de un protocolo especial de los Tratados CE y UE y de un protocolo al CEDH, pero sin disponer la adhesión de la Comunidad/Unión al CEDH. Si bien este modelo pretende crear una situación que en gran medida es análoga a la de una adhesión en lo que atañe a la posición de ambos Tribunales y a la protección de las personas, la principal diferencia consistiría en que la Comunidad/Unión no participaría en las negociaciones relativas a modificaciones del CEDH o de sus protocolos adicionales. Se ha observado que este modelo implicaría dificultades de principio en cuanto a la autonomía del Derecho comunitario, además de complicaciones prácticas: efectivamente, las instituciones estarían

¹ Véase el dictamen 1/91 del Tribunal, de 14 de diciembre de 1991, párrafo 52, en relación con el primer proyecto de Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el régimen del “Tribunal EEE” que en el mismo se prevé.

sujetas a la vía de recurso de Estrasburgo sin que el Derecho de Estrasburgo fuese formalmente parte del Derecho comunitario (aun cuando puede decirse que las normas materiales del CEDH se aplican *de facto* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada anteriormente), y que la Comunidad/Unión no reciben en el sistema de Estrasburgo un trato idéntico al de los demás signatarios del CEDH.

¿Resultan satisfactorias las fórmulas propuestas como alternativas a la adhesión al CEDH? Concretamente, ¿sería oportuno instaurar un mecanismo de traslado del Tribunal de Justicia al Tribunal de Estrasburgo, bien como alternativa o bien como medida complementaria de la adhesión de la Comunidad/Unión al CEDH? ¿O bien sería preferible, en el supuesto de la adhesión, ceñirse al régimen actual (demandas individuales ante este último Tribunal una vez agotados los recursos internos)?
