

NOVEDADES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PARTICULAR EN EL ÁMBITO EUROPEO

por

Félix Chaverri (1)

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de un ciudadano de la Unión Europea es triple. A la protección nacional de los derechos recogidos por las Constituciones se unen la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2), frente a las posibles violaciones cometidas por las Instituciones comunitarias o los Estados miembros cuando apliquen el derecho comunitario, y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que garantiza los derechos que recoge el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) del Consejo de Europa frente a posibles violaciones de sus Estados parte (3).

La próxima reforma de los Tratados en que se funda la Unión, que dará lugar a un Tratado constitucional único, la Constitución europea, responderá dos cuestiones que crearán un nuevo panorama en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los particulares: la integración en la Constitución de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y la adhesión de ésta al CEDH, que la someterá al control del TEDH (4).

(1) Investigador y Master en Comunidades Europeas y Unión Europea. Universidad de Zaragoza.

(2) Institución única formada por el Tribunal de Justicia (TJ) y el Tribunal de Primera Instancia (TPI, creado en 1988 ante el creciente número y complejidad de los asuntos sometidos). El Tratado de Niza, en vigor desde febrero de 2003, ha introducido la posibilidad de crear Salas jurisdiccionales, agregadas al TPI, para conocer en primera instancia de determinadas categorías de asuntos, habiéndose encargado ya la creación de una para resolver los litigios de la Unión con sus agentes. La segunda que se prevé tratará los asuntos relativos a la propiedad industrial.

El proyecto de parte I de la Constitución de 10 de junio de 2003 (CONV 797/03) dispone en su artículo 28.1 que "El Tribunal de Justicia incluirá el Tribunal de Justicia Europeo, el Tribunal de Instancia y los tribunales especializados".

(3) El Consejo de Europa, creado el 5 de mayo de 1949 y con sede en Estrasburgo, es una Organización de cooperación intergubernamental que agrupa hoy a 45 Estados europeos (sólo restan por entrar Mónaco y Bielorrusia). Sus órganos principales son el Comité de Ministros, que reúne a los Ministros de Exteriores de los Estados miembros, y la Asamblea Parlamentaria, formada por parlamentarios nacionales, que es meramente consultiva. Tiene competencia general, con la única excepción de las cuestiones de defensa. Su labor principal es la elaboración de los Convenios y Acuerdos Europeos, 194 hasta hoy, que persiguen la creación de un área jurídica europea común. El más importante de ellos es el CEDH, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuya ratificación es obligatoria para todos los miembros de la Organización e implica el sometimiento al mecanismo jurisdiccional establecido para su cumplimiento: el TEDH. Los particulares pueden interponer recurso individual con el único requisito de que hayan agotado los recursos internos.

(4) Los Tratados fundacionales son tres: el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA). En julio de 2002 se disolvió la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), derogándose su Tratado constitutivo (TCECA).

Avanzo ya que el proyecto de Constitución incorpora la Carta y crea la base jurídica que permite la adhesión de la Unión al CEDH.

INCORPORACIÓN DE LA CARTA

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue adoptada el 2 de octubre de 2000 y proclamada solemnemente el 7 de diciembre de ese año en el Consejo Europeo de Niza (5). Dejamos aquí aparte las importantísimas consecuencias políticas que tiene en el proceso de construcción europea para centrarnos en las consecuencias jurídicas.

Su elaboración respondía a la necesidad de colmar un vacío del derecho comunitario: no existía un catálogo que determinase los derechos fundamentales que forman parte del mismo. Correspondía al Tribunal de Justicia definir caso por caso, con base en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales de derechos humanos por ellos ratificados, si un derecho fundamental debía ser reconocido como parte integrante del derecho comunitario como principio general del mismo.

Aunque carece de valor jurídico vinculante, la Carta realiza ya esta labor como han puesto de manifiesto diversas Conclusiones de los Abogados Generales (6) y el Tribunal de Primera Instancia, que reconoce que “la Carta confirma los derechos que son principios generales del derecho comunitario” (7). La incorporación de la Carta a la futura Constitución colmará definitivamente dicho vacío al hacerla jurídicamente vinculante (8).

La nueva Convención, al tratar esta cuestión, ha tenido que referirse al sistema de recursos de la Unión, pues de nada serviría un catálogo de derechos si los recursos de los que dispusieran los particulares para defenderlos estuviesen limitados (9).

La reforma de los Tratados, conforme al artículo 48 TUE, se realiza convocando una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, conocidas como Conferencias Intergubernamentales (CIG), que aprueba las modificaciones de común acuerdo plasmándolas en un Tratado que recibe el nombre de la ciudad donde los Jefes de estado y de Gobierno la concluyen. La CIG de 2000, que aprobó el Tratado de Niza, convocó una nueva para 2004, que se abrirá en octubre de 2003. Dada la experiencia positiva de la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión por una “Convención”, que agrupa a representantes de los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea, se ha creado otra con el fin de redactar un proyecto de Constitución que sirva de base para las negociaciones en la CIG. La Convención creó Grupos de trabajo para estudiar las distintas cuestiones que se discuten. El Grupo II se ocupó precisamente de la incorporación de la Carta y de la adhesión de la Unión al CEDH, recomendando ambas medidas en su informe final (CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002).

Todos los documentos de la Convención y las contribuciones presentadas a la misma pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://european-convention.eu.int>.

(5) Conforme a lo dispuesto en junio de 1999 en el Consejo Europeo de Colonia, que decidió la elaboración de la Carta y que primero se proclamaría para posteriormente estudiar su incorporación a los Tratados. El Consejo Europeo es la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión.

(6) El Abogado General presenta públicamente, con imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que se someten al TJCE (art. 222 TCE). El proyecto de Constitución permite que el Estatuto del Tribunal prevea que el TPI esté asistido también por Abogados Generales.

(7) Stc. TPI *Max. Mobil Telekommunikation Service* c. Comisión, de 30 de enero de 2002, Asunto T-54/99. También el Tribunal Constitucional español ha hecho referencia a la Carta como texto que reconoce derechos fundamentales (Stc. TC 292/2000, de 30 de noviembre).

(8) En el proyecto de Constitución figura como Parte II.

(9) Para tratar las cuestiones relativas al Tribunal de Justicia se constituyó un Círculo de Debate, cuyo informe final se recoge en el doc. CONV 636/03, de 25 de marzo de 2003.

El sistema actual garantiza los derechos fundamentales mediante el recurso de anulación (art. 230 TCE) (10), que basado en “la violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución” permite alegar la violación de los derechos fundamentales por constituir una violación de principios generales del derecho comunitario. Tras la incorporación de la Carta estaremos ante una violación del Tratado.

El problema que suscita el recurso de anulación es la limitada legitimación que concede al particular en su párrafo cuarto, que le permite impugnar “las decisiones de las que sea destinatario o que le afecten directa e individualmente”. Es cierto que jurisprudencia reiterada estima que el alcance general de una disposición no excluye que pueda afectar directa e individualmente a los particulares (11) pero la estricta interpretación de ambos requisitos lo hacen muy difícil. Para el Tribunal de Justicia existe afectación directa cuando la medida comunitaria surte efectos en la situación del particular sin permitirle ninguna facultad de apreciación por tener un carácter puramente automático y derivar únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de otras normas (12); y afectación individual si el acto perjudica al particular en razón de ciertas características que le son propias o de una situación de hecho que lo diferencia en relación a cualquier otra persona, individualizándolo de modo análogo al de un destinatario (13), no bastando con que el acto le afecte de forma más negativa que a otros ni que pueda determinarse el número y la identidad de las personas afectadas.

Los particulares que debido a estos requisitos de admisibilidad no puedan impugnar directamente actos comunitarios de alcance general pueden hacerlo de manera incidental en el proceso que interpongan contra las medidas adoptadas en aplicación de los mismos. Ya que normalmente la medida será nacional, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional plantear, como incidente en el proceso que se lleve ante él contra tal medida, la cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia (art. 234 TCE) (14).

Se requiere que haya una medida de ejecución de la disposición de carácter general, a través de cuya impugnación se realiza indirectamente la de ésta. Pero en determinados casos excepcionales un particular puede verse afectado directamente por un acto de alcance general que no conlleve una medida de ejecución interna. Lo que sucede con los Reglamentos que imponen prohibiciones directamente aplicables a los particulares, los llamados actos comunitarios “*self-executing*”.

En estos casos el particular afectado carece de cauces procesales, pues no puede recurrir ante el Tribunal de Justicia por no darse la afectación individual ni pedir la cuestión prejudicial al juez nacional pues no hay medida de aplicación interna que recurrir ante éste. Sólo obten-

(10) Que cabe frente a los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

(11) Stcs. *Extramet Industrie, Codorníu, Antillean Rice Mills, Emesa Sugar*.

(12) Stcs. *Dreyfus y Comafrika*.

(13) Stc. *Plaumann*.

(14) “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: (...) b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad...”.

En el supuesto de que la medida de aplicación de la disposición general fuese adoptada también por las Instituciones comunitarias en el proceso que se interpusiera contra la misma (normalmente de anulación) debería plantearse la excepción de ilegalidad (art. 241 TCE).

dría el derecho de recurso infringiendo la norma general para recurrir su sanción, lo que choca con el derecho a la tutela judicial efectiva (15).

Esta situación ha sido criticada, especialmente por la abogacía, reclamándose un aumento de la legitimación activa del particular en el recurso de anulación.

De ello se hizo eco el Abogado General Jacobs, que en sus Conclusiones de 21 de marzo de 2002 (16) propuso la revisión del concepto de afectación individual por una medida comunitaria, considerando al particular en dicha situación “cuando la medida perjudique o pueda perjudicar sus intereses de manera sustancial”. Para Jacobs en la práctica los particulares no pueden impugnar la legalidad de un Reglamento que afecte sus derechos o intereses por el mero hecho de ser general, lo que, explica, se basa en la idea de que los particulares pueden acceder al Tribunal de Justicia desde los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que es una ruta incierta pues puede que no haya medida nacional que impugnar ante el órgano jurisdiccional nacional o éste deniegue el recurso prejudicial (17).

Y el Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de 3 de mayo de 2002 (18), respaldó dicha propuesta. Se trataba de un Reglamento directamente aplicable que no había sido objeto de ninguna medida nacional de aplicación, por lo que el particular carecía de cualquier vía de actuación ante la jurisdicción nacional. El TPI descartó que pueda exigirse al particular afectado por el acto comunitario que lo infrinja para impugnar su validez ante los órganos jurisdiccionales nacionales en los procesos civiles y penales que se siguiesen contra él y estimó que la vía prejudicial no puede constituir un recurso efectivo dado que su puesta en marcha corresponde al Tribunal nacional y no al particular.

La Comisión Europea argumentó que el particular puede también acudir al recurso de responsabilidad extracontractual de la Comunidad (19), a lo que el TPI contestó que dicho recurso no aporta una solución satisfactoria ya que no lleva a la eliminación del ordenamiento jurídico comunitario de un acto que es, en hipótesis, ilegal. Y que aun suponiendo que se hubiera producido un daño directamente causado por la aplicación del acto impugnado, los requisitos de admisibilidad y fondo son distintos de los que se aplican al recurso de anulación, y el juez comunitario no puede ejercer totalmente el control de legalidad.

Reconoce, por tanto, que el recurso prejudicial y el de responsabilidad extracontractual no garantizan a los justiciables el derecho a la tutela judicial efectiva al no permitirles impugnar la legalidad de disposiciones comunitarias de alcance general que afectan directamente a su situación jurídica que no conllevan medidas de ejecución interna.

Para corregir esta laguna realizó una interpretación menos restrictiva del concepto de afectación individual, considerando que “una persona física o jurídica queda individualmente afectada por una disposición comunitaria de alcance general que le afecta directamente si

(15) Reconocido por el Tribunal de Justicia y que recoge el artículo 47 de la Carta.

(16) Unión de Pequeños Agricultores, asunto C-55/00 P.

(17) La opinión de Jacobs sobre los cambios necesarios en el sistema de recursos comunitarios se recoge en el documento de trabajo nº 20 del Grupo II, de 27 de septiembre de 2002.

(18) Stc. TPI *Jégo-Quéré et Cie* c. Comisión, asunto T-177/01.

(19) Que recogen los artículos 235 y 288.2 TCE.

la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones. El número y la situación de otras personas igualmente afectadas por la disposición o que puedan serlo no son, a este respecto, consideraciones pertinentes”.

Nótese que la redacción del Tribunal es más restrictiva que la propuesta por Jacobs, pues hace referencia a derechos y no a intereses, y descarta la posibilidad de afectación potencial.

Se conserva la necesidad de verse directamente afectado, lo que significa que no puede iniciarse un recurso de anulación cuando se exijan medidas nacionales de ejecución, tal y como ocurre con las Directivas o con determinadas decisiones dirigidas a los Estados miembros. En esos casos debe pedirse el recurso prejudicial, aunque su interposición no depende del particular sino del órgano jurisdiccional nacional ante el que se impugne la medida nacional de aplicación.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha mantenido su jurisprudencia tradicional, señalando que para establecer un sistema distinto es necesario reformar el Tratado, lo que parece sugerir (20).

La línea marcada por el Abogado General y el TPI conduce, efectivamente, a una reforma del párrafo cuarto del art. 230 TCE, que recoja la ampliación de la legitimidad activa de los particulares en el recurso de anulación de manera que se garantice su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Así, el informe final del Grupo de Trabajo II reconoció que “podrían existir ciertas lagunas” en las condiciones de acceso directo de los particulares al Tribunal en el caso de Reglamentos comunitarios de aplicación automática que imponen prohibiciones directamente aplicables a los mismos, dada la actual exigencia de que las decisiones les afecten directa e individualmente. También señaló la opinión mayoritaria de que la reforma del párrafo cuarto del art. 230 TCE no debe alterar sustancialmente el actual sistema de recursos ni la “división del trabajo” entre los Tribunales comunitarios y nacionales. Lo que llevó a rechazar propuestas como las de convertir los requisitos acumulativos de afectación directa e individual en alternativos: directa o individual, o la supresión de la afectación individual. Se prefieren aquellas que añaden como recurribles por los particulares los actos de alcance general que les afecten directamente sin comportar una medida de ejecución o cuando no exista vía de recurso ante una jurisdicción nacional.

La primera solución es preferible, pues la segunda lo hace depender del sistema de recursos de cada Estado miembro.

Para otros la reforma no es necesaria pues la disposición actual satisface los requisitos esenciales de la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares, y que en un sistema descentralizado inspirado en el principio de subsidiariedad son, sobre todo, los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben defender los derechos de aquellos, pudiendo (o

debiendo) plantear preguntas prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre la validez de un acto de la Unión. Consideran que sería adecuado establecer en la Constitución la obligación de los Estados miembros de proporcionar recursos efectivos en relación con los derechos derivados de la legislación de la Unión (21).

Pero ello no soluciona los supuestos en que no hay resolución o medida nacional que recurrir.

Y para otros no es suficiente con la reforma del párrafo cuarto del art. 230 TCE, sino que debería crearse un recurso específico para la protección de los derechos fundamentales. Esta idea no es nueva y ya se comprendía en el informe que el Tribunal de Justicia presentó en mayo de 1995 de cara a la CIG de 1996. Se trataría de un recurso de amparo semejante al español y alemán, que posibilitaría a cualquier ciudadano de la Unión acudir al Tribunal de Justicia en defensa de sus derechos fundamentales, que recoge la Carta, frente a las violaciones de las Instituciones y órganos de la Unión y de los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión.

Se reconoce que ello incrementaría la carga de trabajo y que supondría un cambio cualitativo en la configuración del Tribunal de Justicia, que se convertiría no ya en un Tribunal Supremo de la Unión, sino en un auténtico Tribunal Constitucional.

Se objeta que a través del mismo es posible interpretar toda ilegalidad que se alegue en términos de violación de derechos fundamentales, dada la amplitud de éstos. Además, las relaciones del recurso constitucional con el ordinario (el de anulación) serían difíciles, especialmente si su conocimiento se atribuyese a distinto Tribunal.

La mayor parte del Grupo de trabajo, así como del Círculo de Debate, expresó sus reservas al establecimiento de este procedimiento especial. En consecuencia el proyecto no lo recoge.

La solución adoptada ha sido la de reformar el actual artículo 230. Así, el artículo 266.4 del proyecto de la Parte III de la Constitución (22) establece que:

“Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente y *contra los actos reglamentarios que le afecten directamente sin medidas de ejecución*”.

Se permite por tanto que los particulares recurran actos que contengan una prohibición y no conlleven medidas de ejecución, si demuestran que les afectan directamente.

Debe resaltarse que se introduce una diferencia con la propuesta del Círculo de Debate, pues en ella los partidarios de reformar el párrafo del artículo 230 TCE se refieren a “actos de

(21) STJCE de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores, punto 42: “Los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados (...) a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto”.

El proyecto de Parte I de la Constitución de 10 de junio de 2003 establece tal obligación en su artículo 28.1 párrafo 2º: “Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho de la Unión”.

(22) Proyecto de Constitución, volumen II, Partes II, III y IV, CONV 725/03, de 27 de mayo de 2003. Los proyectos de artículos de la Parte III relativos al Tribunal de Justicia son comentados en el documento CONV 734/03, de 12 de mayo de 2003.

alcance general”, mientras que el proyecto alude a “actos reglamentarios”. Se establece así una distinción entre los actos legislativos (23) y los actos reglamentarios, adoptándose un enfoque restrictivo respecto a los recursos de los particulares contra los primeros, para los que seguiría aplicándose la doble condición de afectación directa e individual, y los actos reglamentarios, respecto a los que se abren las condiciones de recurso directo.

Pero el sistema judicial de la Unión Europea tiene otra característica más que supone problemas al particular desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva: la competencia del Tribunal está limitada tanto respecto a los órganos que dictan los actos como respecto al ámbito en el que se dictan.

La competencia del Tribunal no se extiende a los actos de todos los órganos de la Unión. El TCE sólo permite a los particulares impugnar medidas de las Instituciones. La Carta ha añadido expresamente a los órganos. Respecto a las agencias, en general, los actos por los que se crean contienen disposiciones que establecen vías de recurso ante el Tribunal de Justicia frente a los actos jurídicos adoptados por las mismas (24).

La Comisión Europea (25) propuso al Parlamento Europeo y al Consejo que uniformaran el sistema haciendo que el recurso de anulación se aplique a los actos que agoten la vía administrativa de todas las Agencias. Así, conforme a las recomendaciones del Círculo de debate, el artículo 266 dispone en su apartado 1 que el Tribunal de Justicia “controlará también la legalidad de los actos de las agencias y organismos de la Unión que produzcan efectos jurídicos frente a terceros”. El apartado 5 especifica que “los actos por los que se crean los organismos y agencias de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos organismos o agencias destinados a producir efectos jurídicos” (26).

Pero esto se refiere exclusivamente a los organismos y Agencias contempladas en el TCE, y no a los que operan en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (CPJP).

Aparece aquí la segunda limitación derivada de la composición de la Unión en “pilares” (27): la extensión del control judicial no abarca todas las actividades de la Unión.

(23) Las leyes y leyes marco. La Constitución también cambia la actual denominación de las normas comunitarias, confusa pues la ley comunitaria se denomina “Reglamento”, por una similar a la de los Estados nacionales: leyes y reglamentos.

(24) Bien directos ante el Tribunal de Justicia (artículo 15 del Reglamento CE nº 1035/97 del Consejo de 2 de junio de 1997 por el que se crea el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia) bien indirectos (artículo 22 del Reglamento CE nº 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994, por el que se crea la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo, que prevé el recurso ante la Comisión Europea sobreentendiéndose que posteriormente cabe recurso ante el Tribunal contra la decisión de la Comisión). Pero otras no mencionan la cuestión del control de la legalidad de sus actos, como el Reglamento CE nº 1406/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2002, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima.

(25) COM 2002 (718) final, “El encuadramiento de las agencias reguladoras europeas”.

(26) El artículo 232 incluye igualmente en el recurso por omisión a las agencias y organismos de la Unión.

(27) La Unión Europea es un ente en evolución. El Tratado de Maastricht de 1992, que introdujo el TUE, creó la Unión Europea. Ésta, que carece de personalidad jurídica, se compone de tres “pilares”: el pilar comunitario (compuesto por las Comunidades Europeas, esto es, la Comunidad Europea -TCE- y la Comunidad Europea de la Energía Atómica o EURATOM -TCEEA-, una vez que la CEEA ha desaparecido en julio de 2002 pasando a integrarse en la Comunidad Europea) y dos pilares intergubernamentales: la PESC (Título V TUE) y la Cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior (CAJI, Título VI TUE). El Tratado de Ámsterdam de 1997 reformó profundamente esta última, pues “comunitarizó” las materias relativas a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (que pasaron a integrar el Título IV de la Parte III del TCE), reduciendo el campo del tercer pilar a la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal.

Las características de los pilares intergubernamentales es que no aplican el método comunitario, esto es, el derecho de iniciativa legislativa no corresponde a la Comisión, unanimidad como regla general y práctica no participación del Parlamento

La especificidad de ambas materias afecta también a las competencias del Tribunal respecto a las mismas. Con base en que la cooperación entre los Gobiernos sólo crearía obligaciones para los Estados miembros y las Instituciones de la Unión el artículo 46 TUE excluye la jurisdicción del Tribunal de Justicia en el ámbito de la PESC y los artículos 35 TUE y 68 TCE la limitan en las cuestiones de justicia e interior.

Sin embargo, conforme se desarrollan ambas políticas, cada vez es más frecuente que la Unión adopte actos en dichos ámbitos que puedan afectar directa o indirectamente derechos de los particulares (28). Se plantea así la necesidad de extender la competencia del Tribunal de Justicia a todas las actividades de la Unión, en particular a los asuntos de justicia e interior, al no ser aceptable mantener un control jurisdiccional restringido en un ámbito tan vinculado con los derechos fundamentales de los particulares.

Respecto a la PESC el artículo 278 de la Parte III del proyecto de Constitución mantiene la exclusión: “El Tribunal de Justicia no será competente para pronunciarse respecto de los artículos I-39 y I-40 y de las disposiciones del Capítulo II del Título V de la Parte III relativas a la política exterior y de seguridad común”.

Dada la división de opiniones sobre la introducción de la competencia del Tribunal en este ámbito se ha mantenido la situación actual (29).

Si bien los actos PESC escapan a la competencia del Tribunal, éste puede realizar cierto control en dos supuestos.

El primero es aquel en que con base en decisiones PESC se imponen sanciones económicas a un particular (30). El acto que las impone es un acto comunitario que por tanto sí está sometido al control del Tribunal, ante el que el particular sancionado puede recurrir no la decisión PESC sino la medida comunitaria de aplicación de la misma, esto es, la sanción.

Se plantea la cuestión de extender o no el control del Tribunal a las sanciones no económicas, como por ejemplo la denegación de visado. Algo que parece razonable pero sobre lo que nada se establece en el proyecto de Constitución.

El Tribunal también es competente para controlar que las decisiones PESC lo son efectivamente, esto es, que no se utiliza dicha base jurídica para actuaciones que corresponde desarrollar en el pilar comunitario. El error en la utilización de la base jurídica constituye una violación del Derecho de la Unión que el Tribunal puede constatar. El proyecto recoge la competencia del Tribunal en su artículo III-204 para ejercer tal control.

Europeo. Se trataba, en definitiva, de ir avanzando, e incluir en estos ámbitos una cooperación entre Gobiernos como primer paso de lo que en el futuro debe ser una política comunitaria. La futura Constitución reunifica todos los Tratados, concede personalidad jurídica a la Unión, que sucede a las Comunidades, y suprime la división en pilares, si bien sigue manteniendo los diferentes procedimientos.

(28) Caso de un oficial que ha invocado la responsabilidad de la Unión por los daños físicos padecidos en Bosnia-Herzegovina; caso de una sociedad que ha invocado la responsabilidad no contractual de la Unión por los daños causados debido a las sanciones contra la RFY; caso de ciudadanos yugoslavos que han invocado la responsabilidad de la Unión debido a los daños causados por la prohibición de visados basada en una acción común del Consejo.

(29) El Círculo de debate realizó un informe complementario sobre la cuestión del control judicial de la PESC (CONV 689/03).

(30) El proyecto de Constitución ha introducido expresamente la posibilidad de adoptar sanciones económicas contra particulares en el apartado 2 de su artículo 219 de la Parte III.

La novedad del proyecto de Constitución es que su artículo III-222 introduce la competencia del Tribunal para examinar con carácter previo a su celebración la compatibilidad de los Acuerdos internacionales en el ámbito PESC con el Derecho de la Unión (la Constitución).

Sobre los actos adoptados en el ámbito de Justicia e Interior (Título IV TCE y Título VI TUE) la competencia del Tribunal es limitada.

En el ámbito del tercer pilar, cooperación penal (CPJP), el artículo 35 TUE regula un recurso prejudicial facultativo para los Estados miembros, establece la incompetencia para controlar la validez de los actos de la policía y limita la legitimación activa del recurso de anulación a los Estados miembros y a la Comisión Europea. El particular carece por tanto de legitimación para recurrir la nulidad de los actos que le afecten.

Por su parte, en el ámbito de la cooperación civil, el artículo 68 TCE limita el recurso prejudicial a las cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales supremos o de última instancia (pese a que las dificultades de interpretación se plantean fundamentalmente en los Tribunales de primera instancia) y excluye la competencia del Tribunal en relación con las medidas relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior (aunque tales medidas afectan por su naturaleza a los derechos individuales).

El Grupo de trabajo X de la Convención (“Libertad, Seguridad y Justicia”) consideró que ya no pueden justificarse estas limitaciones en ámbitos que afectan directamente a los derechos fundamentales de la persona (31).

Estima que deben eliminarse los mecanismos específicos previstos en los artículos 35 TUE y 68 TCE y hacerse extensivo el sistema general de competencia del Tribunal de Justicia al espacio de libertad, seguridad y justicia, incluyéndose la actuación de los órganos de la Unión en este campo.

El proyecto de Constitución dispone en su artículo III-279 que:

“En el ejercicio de sus competencias relativas a las disposiciones de las secciones 3 y 4 del Capítulo IV del Título III relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia (32), el Tribunal de Justicia no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumban a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, cuando dichos actos estén regulados por el Derecho interno”.

Muchos han solicitado su supresión al considerar que simplemente con mantener el actual artículo 33 TUE (que reserva las responsabilidades de los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior) (33) se deja

(31) Su informe final lo recoge el documento CONV 426/02, de 2 de diciembre de 2002.

(32) Que se ocupan de la cooperación judicial en materia civil y penal respectivamente.

(33) Y que reproduce el artículo III-158 del proyecto de Constitución.

claro que los actos nacionales efectuados al amparo de dichas responsabilidades quedarían fuera del ámbito del Derecho de la Unión, y por ello fuera de la competencia del Tribunal.

Sin embargo, otros han pedido que el actual 35.5 TUE se mantuviese literalmente.

Por ello se ha adoptado una solución transaccional consistente en añadir a la redacción del actual 35.5 TUE las nueve últimas palabras: “cuando dichos actos estén regulados por el Derecho interno”. Que en mi opinión resulta superflua pues el control del Tribunal incluye los actos de los Estados miembros sólo cuando aplican Derecho de la Unión.

También hay que hacer referencia a otra novedad que afecta a este ámbito de actuación: cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia “se pronunciará con la máxima brevedad” (34).

Dado que el procedimiento prejudicial suspende el procedimiento nacional resulta necesario que se actúe con rapidez. El establecimiento de un plazo se ha dejado al Estatuto del Tribunal, rechazándose la propuesta de establecer uno de tres meses en la Constitución.

Sobre los actos de los órganos y agencias en este ámbito se dice poco. Mucho se ha discutido sobre la difícil justificación de que Europol quede fuera del control del Tribunal. El Grupo de trabajo X concluyó que en el futuro sus actividades debían someterse a tal control de acuerdo con las normas generales del Tratado, además del control democrático del Parlamento Europeo y del Consejo que se establece.

Respecto a Eurojust se recoge igualmente sólo el control democrático del Parlamento Europeo, que incluirá a los Parlamentos nacionales. Pero al prever la constitución a partir de Eurojust de una Fiscalía Europea sí se dispone que la ley que la cree establecerá el control jurisdiccional de sus actos (35).

Además de las mejoras en el sistema de recursos de la Unión, el particular también podrá alegar las violaciones de sus derechos fundamentales por las Instituciones, órganos y agencias de la Unión ante el TEDH si la Unión deviene parte del CEDH, de lo que paso a ocuparme.

ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH

Es ésta una cuestión antigua. El reconocimiento del Tribunal de Justicia de su competencia para asegurar el respeto de los derechos fundamentales (36) hizo que se pidiese dicha adhesión para garantizar la coherencia en su protección por dos Tribunales distintos, y con ello la seguridad jurídica. La Comisión Europea y el Parlamento Europeo se han manifestado en numerosas ocasiones a favor de la misma, para lo que el Tribunal de Justicia ha considerado necesario que se cree una base jurídica específica en el Tratado, lo que supone su modificación (37). Algo por lo que ha sido considerado el máximo opositor a la adhesión, que, se

(34) Último párrafo del artículo III-271 del proyecto de Constitución.

(35) Artículo III-170.3 del proyecto de Constitución.

(36) Stc. *Stauder* de 12 de noviembre de 1969.

(37) Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH.

dice, pondría en peligro su monopolio jurisdiccional sobre el derecho comunitario. Sin embargo, a título particular la mayoría de sus miembros se han pronunciado a favor de la misma, caso del propio Presidente del Tribunal de Justicia, el español Gil Carlos Rodríguez Iglesias (38). Y han habido propuestas para crear la base jurídica que permitiera la adhesión en las Conferencias Intergubernamentales de 1996 y 2000, habiendo sido rechazadas, por lo que la responsabilidad no puede recaer sobre el Tribunal de Justicia.

En el momento actual no existe un sistema normativo que regule la relación entre el CEDH y el orden jurídico comunitario, siendo ambos Tribunales los que de manera práctica organizan las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos.

Es cierto que se han producido algunos casos de jurisprudencia divergente (39), si bien se reconoce que han sido pocos y que han sido casos examinados por el Tribunal de Justicia en un momento en que no existía jurisprudencia del TEDH sobre el asunto. La consistencia de la jurisprudencia no es accidental, sino el resultado de la obligación del artículo 6.2 TUE, según el cual:

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

El artículo recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que considera que las disposiciones del CEDH no son formalmente aplicadas en tanto que normas internacionales, pues la Unión no es parte en el mismo, sino que son tenidas en cuenta en el marco de la identificación de los principios generales, donde se le reconoce una significación particular.

Como ha declarado el Tribunal de Justicia, los demandantes “no pueden invocar directamente el CEDH ante el juez comunitario” (40), pero al ser considerado una fuente de inspiración particular se consigue de hecho un resultado equivalente al de una aplicación directa de sus disposiciones. La Comunidad, pese a no estar formalmente vinculada por el CEDH, en la práctica lo aplica como si fuera parte integrante del Derecho comunitario.

Pero esta situación de coincidencia práctica, de mínima divergencia, puede cambiar por dos elementos: la incorporación de la Carta a los Tratados, que la hace jurídicamente obligatoria y obliga al Tribunal de Justicia a fallar sobre ella (que tiene una redacción y estructura diferentes a la del CEDH) (41), y la extensión competencial del Derecho de la Unión, que

(38) Así lo ha manifestado en diversas ocasiones, como en la Conferencia pronunciada en el acto de clausura de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, que tuvo lugar en la Universidad de Cantabria el 21 de septiembre de 2001, o en el discurso en Estrasburgo en la reunión de ambos Tribunales de 31 de enero de 2002.

(39) Puede hacerse referencia a la cuestión de si el derecho de una persona a que sea respetada su casa cubre el local de negocio (Stc. TJCE *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989 y Stc. TEDH *Niemitz*, de 16 de diciembre de 1992), el alcance preciso del derecho a guardar silencio y a no inculparse a uno mismo (Stc. TJCE *Orkem*, de 18 de octubre de 1989 y Stc. TEDH *Funke*, de 25 de febrero de 1993) o a las sentencias falladas con respecto a la prohibición de distribuir información en Irlanda sobre los abortos practicados legalmente en el Reino Unido (Stc. TJCE *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, de 4 de octubre de 1991 y Stc. TEDH *Open Door and Dublin Well Woman*, de 29 de octubre de 1992).

(40) Stc. TPI *Mannesmannröhren-Werke AG c. Comisión*, de 20 de febrero de 2001.

(41) Aunque ya la mera existencia de la Carta produce este efecto porque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene que tomarla en cuenta al recoger los principios generales del derecho de la Unión, como vimos.

incluye campos particularmente importantes para los derechos fundamentales, como la inmigración, el asilo y la cooperación judicial y policial.

Todo ello producirá un incremento de los recursos prejudiciales (o del recurso directo de anulación una vez reformado el párrafo cuarto del actual 230 TCE) respecto a cuestiones de derechos humanos, aumentando el riesgo de decisiones judiciales divergentes con las posteriores del TEDH. Y estas interpretaciones distintas de un mismo derecho implicaría establecer distintos niveles de protección en el continente, lo que quiere y debe evitarse.

Por ello la Carta sí prevé la relación y coherencia con el CEDH, especialmente en su artículo 52.3, que dispone que:

“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa” (42).

Esta cláusula confirma la práctica actual del Tribunal de Justicia de seguir la interpretación que hace el TEDH del CEDH.

La segunda frase del 52.3 es crucial, ya que permite precisar que ello no se opone a una protección más extensa (ya lograda o que podría establecerse más adelante) en la legislación de la Unión. De hecho algunos artículos de la Carta van más allá del CEDH por haber alcanzado ya el acervo de la Unión un nivel de protección más elevado (43).

Se reconoce, así, el carácter de mínimo exigible al CEDH, de conformidad con su art. 53 que indica que no pretende imponer un nivel uniforme de protección de los derechos humanos en Europa, sino únicamente garantizar un nivel mínimo, que las partes contratantes son libres de sobrepasar, sea individualmente sea de acuerdo con otros Estados.

Pero pese a esta garantía surgen dudas sobre su suficiencia cuando la Carta devenga jurídicamente obligatoria, pues como dice Polakiewicz “el mero de hecho de que dos catálogos serán aplicados por dos jurisdicciones diferentes, cada una actuando en su propio contexto, creará un momento en el que seguro se producirán interpretaciones divergentes” (44). La interpretación de las distintas redacciones de los mismos derechos y, sobre todo, la fijación de sus límites constituyen una fuente potencial de discrepancias, y con ello de incertidumbre jurídica.

Y es que el cumplimiento del artículo 52.3 de la Carta supone que el Tribunal de Justicia determine el grado de protección que otorga el TEDH, decidir el estado preciso de su jurisprudencia, lo que no resulta fácil, pues en muchas de las áreas la jurisprudencia de Estrasburgo bien es muy compleja bien está siendo construida.

(42) También el Preámbulo de la Carta y el artículo 53 (nivel de protección) de la Carta aluden al CEDH.

(43) Caso de los artículos 47 y 50 que recogen el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio *ne bis in idem*. La Carta sirve como fuente de modernización de la jurisprudencia del TEDH, como demuestra el caso Goodwin (Stc. TEDH de 11 de julio de 2002) en el que éste se ha referido expresamente al artículo 9 de la Carta, que recoge el derecho a formar una familia, y que difiere de la redacción del artículo 12 CEDH al no hacer referencia expresa al hombre y a la mujer.

(44) Polakiewicz, J., “The relationship between the European Convention on human rights and the EU Charter of fundamental rights”, *Human Rights Law Journal*, vol. 22 (2001), pp. 1-13.

Por eso se pide la adhesión como mejor solución para evitar el riesgo de interpretaciones diferentes de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, con ello, se enviaría un claro mensaje político de coherencia entre la Unión y la “Gran Europa” que representa el Consejo de Europa y su sistema paneuropeo de protección de los derechos fundamentales. Otros argumentos que la apoyan son que de esta manera se otorgaría a los ciudadanos de la Unión una protección frente a los actos de las Instituciones y órganos comunitarios análoga a la que disfrutaban frente a los actos de sus Estados, y que se reforzaría la credibilidad y coherencia de la Unión que exige a los países candidatos a la adhesión la ratificación del CEDH mientras ella goza de inmunidad frente a dicho control externo.

A estas razones se ha añadido otra como consecuencia de la evolución de la jurisprudencia del TEDH, que ha entrado a conocer el derecho de la Unión: la adhesión permitiría a ésta ser parte en los procedimientos ante el TEDH en los que el derecho comunitario está involucrado (45).

El TEDH dio un cambio a su jurisprudencia con la sentencia *Matthews* de 18 de febrero de 1999 (46) al establecer que los Estados miembros de la Unión son responsables de los efectos del derecho comunitario en sus ordenamientos jurídicos, argumentando que la protección de los derechos por el CEDH no excluye la transferencia de competencias a Organizaciones internacionales. El TEDH revisa la legislación nacional incluso si está basada palabra a palabra en el derecho comunitario, habiendo declarado que el hecho de que una disposición nacional se limite a trasponer casi textualmente una Directiva comunitaria no implica que por ello quede sustraída al ámbito de aplicación del Convenio (47). Es decir, el TEDH enjuicia la conformidad con el CEDH de los actos de los Estados miembros cuando aplican el derecho comunitario, sobre lo que es igualmente competente el Tribunal de Justicia. Ya no existe sólo riesgo de jurisprudencias divergentes sino conflicto de jurisdicción.

No obstante, sin la adhesión de la Unión al CEDH se produce una imposibilidad de ejecución de la sentencia del TEDH que estime alguna vulneración de derechos fundamentales, pues las modificaciones necesarias de la legislación de la Unión sólo pueden llevarse a cabo por ésta y no por el Estado miembro que ha sido encontrado como infractor del CEDH.

Igualmente es competente el TEDH si el órgano nacional que aplica el derecho comunitario es un órgano jurisdiccional. Aquí quiero hacer referencia especial al caso en el que el juez nacional deniega el recurso prejudicial.

Pese a que el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han establecido supuestos en los que el órgano jurisdiccional nacional está “obligado” a plantear dicho incidente prejudicial, esa obligación sólo surge si la resolución del litigio depende de la aplicación del acto comunitario, extremo que corresponde apreciar al juez nacional. En el

(45) Fundamentalmente las demás ventajas serían que la Unión nombraría un juez que represente a su ordenamiento jurídico en el TEDH y su representación en el Comité de Ministros para participar en la importante labor del control de la ejecución de las sentencias del TEDH. Todo ello aparece recogido en el documento DG-II (2002) 006 “Estudio de los aspectos técnicos y jurídicos de una posible adhesión de la Comunidad Europea/Unión Europea al Convenio Europeo de los Derechos Humanos”, informe adoptado por el Comité Director de los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su 53ª sesión (25-28 de junio de 2002).

(46) También en la misma línea dictó ese día las sentencias *White & Kennedy* y *Beer & Regan*.

(47) Sentencia *Cantoni* c. Francia, de 15 de noviembre de 1996.

derecho español la omisión de elevar cuestión prejudicial podría suponer en ciertos casos una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución Española), susceptible de ser recurrida mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero en ninguna de las ocasiones que éste ha tenido que pronunciarse (Stcs. TC 11/93 y 180/93) ha admitido el amparo, si bien ha reconocido la posibilidad de ello en los casos en que la omisión no esté razonada. Si el Tribunal Constitucional no otorga el amparo el particular, al no haber recurso prejudicial, no puede llegar al Tribunal de Justicia⁴⁸, pero sí puede acudir al TEDH. La jurisprudencia de Estrasburgo así lo ha señalado, pues, aunque reconoce que el CEDH no garantiza el derecho de un individuo a que los Tribunales nacionales sometan al Tribunal de Justicia una demanda prejudicial, su rechazo en ciertas circunstancias podría constituir una violación del derecho al proceso equitativo (art. 6 CEDH), en particular si dicha negativa fuese arbitraria (49).

Si la sentencia *Matthews* ya resultó polémica al entrar el TEDH a controlar el derecho comunitario cuando es aplicado por los Estados miembros, mucha más está generando la posible asunción por el TEDH de la competencia para pronunciarse sobre la adecuación al CEDH de los actos de las Instituciones y órganos comunitarios mediante el reconocimiento de la responsabilidad colectiva e individual de sus Estados miembros. El argumento sería que los Estados miembros siguen siendo responsables colectivamente de asegurar que las competencias transferidas son ejercitadas en conformidad con el CEDH, interpretando el artículo 1 del CEDH de una manera amplia incluyendo no sólo el ejercicio directo de poderes a nivel nacional sino también el ejercicio de poderes transferidos por Organizaciones internacionales.

Lo que en mi opinión llevaría a desconocer que la Comunidad Europea (en el futuro la Unión) (50) es una persona jurídica distinta de sus Estados miembros y que sus Instituciones y órganos actúan independientemente.

La cuestión no es nueva. El TEDH ha declarado su incompetencia *ratione personae* para examinar procedimientos ante o decisiones de Instituciones y órganos de las Comunidades Europeas (51) puesto que éstas no son parte del CEDH.

Pero ya en el caso *Dufay* la demanda se dirigió contra la Comunidad Europea y subsidiariamente contra la colectividad de los Estados miembros y éstos individualmente. Más recientemente en el asunto *Société Guerin Automobiles* (52) la demanda se dirigió sólo contra los Estados miembros. En ambos casos el TEDH ha declarado la inadmisibilidad de las demandas *ratione materiae*, pero señalando que no niega la posibilidad de que pueda apreciar la responsabilidad de los Estados miembros. Algo sobre lo que va a tener que pronunciarse en el asunto *Senator Lines*, donde la demanda igualmente se ha dirigido contra los Quince (53).

(48) Sólo cabría iniciar contra el Estado un procedimiento por incumplimiento de obligaciones conforme al art. 226 TCE, donde el particular no interviene, siendo la Comisión la que decide su inicio.

(49) Asunto *Mens*, de 20 de mayo de 1997, y *Moosbrugger*, de 25 de enero de 2000.

(50) Conforme al artículo 1-6 del proyecto de Constitución "La Unión está dotada de personalidad jurídica".

(51) Stcs. CFDT, de 10 de julio de 1978; *Dufay*, de 19 de enero de 1989; *M&Co.*, de 9 de febrero de 1990.

(52) Declaración de inadmisibilidad de 4 de julio de 2000.

(53) También están pendientes contra los Quince los asuntos *Lucaccioni* y *Connolly*. Un asunto similar, en el que tampoco se ha pronunciado sobre el fondo del asunto, ha sido el de *Bankovic*, en el que los demandados eran los Estados OTAN parte en el CEDH por actos de la Alianza en Belgrado. El TEDH, por decisión de 19.12.01, declaró la inadmisibilidad por haber ocurrido los hechos fuera de su jurisdicción y no poder aplicar extraterritorialmente el Convenio.

En caso de reconocerse la responsabilidad de los Estados miembros por los actos de las Instituciones y órganos de la Unión ello incluiría todos los campos de actividad de ésta, y por tanto también los ámbitos intergubernamentales de la PESC y la CPJP (54).

En este caso podría aparecer más razonable que el TEDH apreciase la responsabilidad colectiva de los Quince, ya que en los pilares intergubernamentales nos encontramos ante una acción concertada, común, de los mismos. No cabría sostener esto tras la concesión de personalidad jurídica a la Unión.

Vemos cómo hasta el momento el TEDH ha evitado pronunciarse sobre su competencia para conocer de la conformidad con el CEDH de los actos de las Instituciones y órganos de la Unión. El 24 de octubre de 2002 la Sección 3ª ha renunciado a su competencia en el caso *Senator Lines* a favor de la Gran Sala. El TEDH parece retrasar su decisión hasta ver qué decisión se adopta en la Unión respecto a su adhesión al CEDH.

En este asunto igualmente tendrá que pronunciarse sobre si los recursos ante el Tribunal de Justicia deben considerarse como un “procedimiento de investigación o solución internacional”, lo que conforme al artículo 35.2 CEDH conllevaría, en caso de interponerse, la inadmisibilidad de la demanda posterior ante el TEDH. Tras la adhesión de la Unión al CEDH obviamente serán considerados recursos internos que deberán agotarse antes de acudir al TEDH.

La sentencia *Mathews* y el asunto *Senator Lines* son puestos como ejemplo de ataques al monopolio jurisdiccional del derecho comunitario (art. 220 TCE) por los opositores a la adhesión. De una manera indirecta, sin respetar la actual no adhesión de la Unión/Comunidad, explican, el TEDH se erige en último controlador del derecho comunitario (55).

Ésta ha sido la postura española, contraria a la adhesión (56). Opinión que explica Rodríguez Bereijo: los derechos fundamentales de la Unión deben ser los de la Carta y no otros, y la adhesión al CEDH significaría la ruptura de la unidad de interpretación del Derecho comunitario y de la supremacía jurisdiccional que corresponde al Tribunal de Justicia (57).

Como máximo admite el establecimiento de un procedimiento de consulta no vinculante del Tribunal de Justicia al TEDH.

Pero durante las negociaciones y debates de la Convención España ha cambiado su opinión y se ha mostrado partidaria de la adhesión (58).

(54) Asunto SEGI y Gestoras, decisión de 23 de mayo de 2002, en la que se declaró la inadmisibilidad *ratione materiae*, no *personae*, de demandas interpuestas contra dos posiciones comunes PESC.

(55) Igualmente se ha citado la desafortunada jurisprudencia del TEDH defendiendo la contestación a las Conclusiones de los Abogados Generales ante el Tribunal de Justicia como parte del derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH), lo que ha sido rechazado por éste en el caso *Emesa Sugar* (Auto de 4 de febrero de 2000), y calificado de “interferencia en la arquitectura judicial del Tribunal de Justicia, pues los Abogados Generales no son parte en el proceso” por el Abogado General Ruiz Jarabo en sus Conclusiones al asunto *Kaba* de 11 de julio de 2002, advirtiendo que fallos así pueden conducir a una “guerra de jueces”.

(56) Documento de trabajo del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre los temas de Niza, la Convención y el debate constitucional, que puede consultarse en la siguiente dirección: www.futuroeuropa.es/docum.html.

(57) Rodríguez Bereijo, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, Lección inaugural del curso académico 2000-2001 de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM Ediciones, 2000. Es el Presidente del Consejo para el debate sobre el futuro de la Unión Europea, creado por el Gobierno español para discutir las cuestiones tratadas por la Convención.

(58) Así figura en la contribución a la Convención hecha por Ana Palacio, Ministra de Asuntos Exteriores española, titulada “Debate sobre el futuro de la Unión”, CONV 690/03, de 28 de abril de 2003.

Sobre la compatibilidad con la autonomía del derecho comunitario, los partidarios de la adhesión, además de recordar el principio de universalidad de los derechos humanos, han explicado que al igual que el TEDH no puede interferir en los sistemas legales de los Estados parte en el CEDH, en virtud del principio de subsidiariedad, tampoco podría hacerlo en el de la Unión. Sólo tendría poder para decir si la medida de la Institución u órgano comunitario es consecuente o contraria con el CEDH, y al hacerlo, dejaría, como en sus valoraciones de las medidas nacionales, un amplio margen de acción a la Unión para tener en cuenta las especialidades de su derecho. La sentencia de incumplimiento no anula ni enmienda ni sugiere qué medidas deben adoptarse, correspondiendo a la Unión, como a los Estados parte, decidir cómo la cumple. El TEDH no podría considerarse como un Tribunal Supremo, sino como un Tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH. La posición del Tribunal de Justicia sería análoga a la actual de los Tribunales Supremos y Constitucionales de los Estados parte respecto al TEDH. Y en caso de incorporación de la Carta a la Constitución europea su situación sería igualmente análoga a la de las Constituciones de los Estados miembros, que al mismo tiempo son partes del CEDH.

El Grupo de trabajo II de la Convención recalcó que la incorporación de la Carta a los Tratados y la adhesión de la Unión al CEDH no son posibilidades alternativas, sino medidas complementarias y recomendó que se incluyera en el nuevo Tratado constitucional una base jurídica autorizando a la Unión a adherirse al CEDH. Añadió que dada la importancia constitucional de la adhesión la firma y celebración del Tratado de adhesión al CEDH requerirán una decisión unánime del Consejo y el dictamen conforme del Parlamento Europeo.

Los opositores a la adhesión han propuesto otras alternativas, rechazadas por el Grupo por los problemas jurídicos y prácticos que plantean.

El mecanismo que más se ha estudiado ha sido el del establecimiento de un procedimiento especial de consulta conforme al cual el Tribunal de Justicia solicitaría un dictamen al TEDH sobre la interpretación del CEDH. Dicho dictamen no sería vinculante pero si el Tribunal de Justicia lo tuviese en cuenta las demandas individuales posteriores ante el TEDH, si bien no serían formalmente excluidas, raramente serían admisibles por ser los actos impugnados conformes a la interpretación del TEDH (59).

Pero este sistema no se recomienda por la diferencia que crearía entre la Unión y los Estados parte del CEDH, cuyos Tribunales Supremos no estarían habilitados para plantear dicha consulta. Además complicaría, alargaría y sobrecargaría el procedimiento ante el Tribunal de Justicia (60).

(59) Este mecanismo se ha planteado igualmente en el supuesto de adhesión con el fin de buscar una solución más rápida que el sistema actual que exige agotar los recursos internos. De esta manera el Tribunal nacional decidiría con pleno conocimiento de la interpretación auténtica del derecho comunitario y del CEDH.

(60) Otros dos mecanismos alternativos se han propuesto. La creación de una Sala colegiada compuesta por jueces de ambos Tribunales, que decidiría los supuestos de interpretaciones divergentes, inspirada en el sistema alemán. Y la denominada "adhesión funcional", que consistiría en la sumisión de las Instituciones de la Unión al control del TEDH pero sin que ello supusiese la adhesión de la Unión al CEDH, solución rechazada por no aportar, respecto a la adhesión, ninguna ventaja y privar a la Unión de tener un juez en el TEDH y un representante en el Comité de Ministros.

Así, el proyecto de Constitución recoge en su artículo 7.2 de la Parte I la base jurídica para la adhesión, que alienta, al disponer que:

“La Unión procurará adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. La adhesión a dicho Convenio no afectará a las competencias de la Unión que se definen en la presente Constitución”.

Por su parte el artículo 222.9 de la Parte III, al regular el procedimiento de celebración de Acuerdos internacionales, establece, frente a la regla general de la mayoría cualificada, la necesidad de una decisión unánime del Consejo para la adhesión de la Unión al CEDH.

CONSIDERACIONES FINALES

Cuando entre en vigor la Constitución europea que se espera aprobar en 2004 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión será jurídicamente vinculante y ésta se podrá adherir al CEDH.

El sistema del CEDH se perfeccionará con la adhesión de la Unión, al incluir al único actor del continente que hoy queda fuera de la jurisdicción del TEDH, pues aunque éste se ha declarado competente para enjuiciar los actos de los Estados miembros que apliquen el derecho de la Unión, y que podría declararse competente igualmente respecto a los actos de las Instituciones y órganos de la Unión reconociendo la responsabilidad colectiva de sus Estados miembros, sus sentencias no son ejecutables mientras no se produzca la adhesión.

Con ésta, además de evitar el riesgo de jurisprudencias divergentes y de conflictos de jurisdicción, los ciudadanos de la Unión podrán recurrir los actos de derecho comunitario, tanto de los Estados miembros como de las Instituciones y órganos de la Unión, que violen derechos reconocidos por el CEDH, sin restricciones de ningún tipo.

Por su parte, el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales de la Unión mejora con la incorporación de la Carta a la Constitución y su conversión en norma jurídicamente vinculante de máximo rango. Ahora los derechos fundamentales protegidos por el Tribunal de Justicia vienen determinados en la Carta.

No obstante, esto no supone la perfección del mismo, siendo necesario un sistema de recursos que permita a los particulares defender eficazmente tales derechos ante el Tribunal de Justicia.

A ello responden una serie de reformas que recogerá la Constitución, fundamentalmente el incremento de la legitimación activa de los particulares para interponer el recurso de anulación y la extensión de la competencia del Tribunal de Justicia a los actos y omisiones de las agencias y organismos de la Unión.

Sin embargo, siguen quedando ciertos ámbitos excluidos de la competencia del Tribunal, como las sanciones políticas, las acciones de las Agencias creadas en el ámbito PESC (como la futura Agencia de Armamento), las acciones de las fuerzas militares y policiales desplegadas sobre el terreno por la Unión y las actuaciones de Europol.

El recurso individual ante el TEDH, una vez la Unión se haya adherido al CEDH, permitirá recurrir tales actos. Pero dicho control externo no puede ser el elemento de perfección del sistema de la Unión, sino que debe ser meramente complementario.

La Unión debe establecer un sistema perfecto *per se*, siendo anómalo que ciertos actos suyos pudiesen recurrirse ante el TEDH y no ante el Tribunal de Justicia.

Por eso deben eliminarse las actuales restricciones a la competencia del Tribunal en el ámbito de la PESC y de la cooperación penal, para que brinde a los ciudadanos de la Unión una protección completa, igual que la que los Estados miembros conceden a los suyos.

A estos efectos me declaro partidario de la introducción en el futuro de un recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales de los particulares, que podría interponerse contra cualquier acto de derecho comunitario, de todas las Instituciones, órganos y agencias de la Unión y cualquiera que fuese el ámbito de actuación.

Si bien es cierto que las reformas previstas mejoran el sistema actual de protección de los derechos fundamentales del particular, quedan todavía cuestiones pendientes por resolver: