

Europa como espacio integrado de libertad

Fernando Álvarez-Ossorio Micheo
Universidad de Sevilla, España

1. Europa, Estados constitucionales y derechos fundamentales

Decimos Europa y nos vemos obligados a precisar el concepto. Puede que geográficamente su significado sea preciso, que su invocación nos manifieste un objeto delimitado y delimitador, política y jurídicamente, sin embargo, el significante engloba realidades bien distintas, diferentes; Europa, pues, desde esta última acepción, no es término polisémico, sino tal vez un concepto imposible si referido queda a una concreta realidad espacial. Europa son Estados antes que nada, y Estados independientes además y con una distinta formación histórica¹. Europa es también intentos de superación de fronteras, en la búsqueda de un orden jurídico político superior que englobe a las formaciones políticas primarias. Culturalmente, por último, y en la medida que el derecho es cultura, Europa se fracciona en un menor número de espacios, facilitándose con ello los acuerdos interestatales que persiguen, mediante la creación de marcos jurídicos de cooperación estables, la integración de los Estados bajo un mismo ordenamiento. En consecuencia, la geografía de lo que aquí entenderemos por Europa se nos reducirá considerablemente, pues sólo allí donde se den varias de las condiciones referidas podrá hablarse de Europa como orden jurídico de libertad. Es decir, únicamente donde podamos determinar un mínimo común denominador de elementos en la base de las construcciones jurídicas estatales nos será posible identificar un espacio jurídico europeo que disfrute de la misma naturaleza que los Estados implicados en su construcción².

1. Al respecto, el estudio de J. Elster, "Régimen de mayorías y derechos individuales" en la obra colectiva *De los Derechos Humanos*, 1998, pp. 165-199, sobre la apertura de los países del este europeo al orden constitucional.

2. Vid. P. Häberle, "¿Existe un espacio público europeo?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pp. 113-136.

Así pues, el primer elemento a destacar –nuestra senda nos lleva de lo sencillo a lo complejo– es el Estado, entendido éste como ordenamiento total del que se dota un pueblo, dentro de un espacio territorial definido, para garantizar su convivencia. Sin que pretendamos aquí y ahora realizar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los ordenamientos que se esparcen por la geografía europea –no es ese, por otra parte, nuestro propósito–, sí podemos intuir, a la vista de los datos que la experiencia nos ofrece, un dato común alrededor del cual se construye la mayor parte, por no decir la práctica totalidad, de los ordenes jurídicos de los Estados europeos. Baste citar aquí para nombrar dicho elemento compartido el dictado de alguno de los artículos integrados en las normas constitucionales de estos Estados: “El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”, se afirma en el art. 1.2 de la Constitución Federal de 1949; “El respeto y la protección del valor persona humana constituye obligación primordial del Estado”, reza el art. 2.1 de la Constitución griega de 1975; “La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad...”, art. 2 de la Constitución italiana de 1947. “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana...”, art. 1 de su Constitución de 1976; por último, valga el dictado del artículo 10.1 de nuestra Constitución de 1978: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden político y de la paz social”. La fundación de un significativo número de Estados europeos en torno al hombre y su dignidad determinará, sin duda, una mayor similitud si cabe en el modo de organización política que a nivel interno (estatal) cada constituyente nacional determine, ya que, a partir de un concreto momento histórico, la protección de la dignidad humana exigirá una específica configuración jurídica del poder político, configuración que se expresa muy bien bajo la denominación de Estado democrático constitucional³.

La dignidad como presupuesto del Estado, como eje central a partir del cual construirlo, requiere que previamente se hayan revelado a quien tiene el poder absoluto para crear el orden político la existencia de unos valores intrínsecos al ser humano; valores que, por ser previos e innatos, no pueden desconocerse a la hora de fundar la comunidad política, exigiéndose con ello que dichos valores acaben siendo reflejados en el documento jurídico que al constituyente

3. Merece toda nuestra atención el trabajo de D. Gomien, “A la mise en oeuvre du droit international relatif aux droits de l’homme en Europe centrale et orientale”, RUDH, 1992, pp. 377-386.

le corresponde elaborar. Se obtiene así una nueva categoría jurídica, la de los derechos fundamentales, cuya acta de nacimiento coincide con la de la Constitución estatal. El poder constituyente sustrae del juego político que le sucede a los derechos y libertades inherentes al hombre; para alcanzar tal objetivo opone como límite infranqueable al juego democrático de la mayoría los derechos naturales constitucionalizados, los derechos fundamentales, ofreciéndoles a su vez, como garantía, el estar incorporados en un documento jurídico cuya reforma queda al margen del proceso ordinario de creación de normas. Resulta la Constitución, en consecuencia, el fundamento de validez permanente, tanto formal como material, del orden jurídico que tras ella se cree. Nace con ello, y como consecuencia directa, la que se ha dado en llamar jurisdicción de las libertades. Los derechos naturales constitucionalizados, los derechos fundamentales, son oponibles a todo poder público instituido, alcanzando su resistencia a quien se ha demostrado puede ser su mayor enemigo: la ley como expresión mayoritaria de voluntad. Tribunales y Tribunales Constitucionales conforman esta jurisdicción, cubriéndose con ello toda la gama de ataques que desde los poderes constituidos pudieran perpetrarse en contra de los derechos y libertades de las personas⁴.

Como decimos, con las Constituciones democráticas la categoría jurídica de los derechos fundamentales acabaría perfeccionándose, poniendo así de manifiesto su plena virtualidad. La positivación constitucional de los derechos naturales traería como consecuencia inmediata la vinculación a éstos de los poderes constituidos, especialmente del legislador, llegándose incluso a sustraer del radio de acción del poder constituyente constituido la posibilidad de reformar, cabe decir derogar, todos o algunos de los derechos o libertades así constitucionalizados (“Será ilícita toda modificación de la presente ley que afecte a la división de la Federación en Estados, al principio de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa, o a los principios establecidos en los artículos 1 y 20” artículo 79 LFB). La inmediata vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales implicaría, puesto que de derechos se trata, la existencia de mecanismos jurídicos adecuados que garantizaran su defensa frente a los actos de todo poder público instituido que pudiera venir a vulnerarlos. Así, como de derechos subjetivos se trata, la garantía natural de los fundamentales se residenciará en los jueces y tribunales, mas a su vez, como derechos consti-

4. Por todos, B. Clavero, *Los derechos y los jueces*, 1988; M. Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales (apuntes de historia de las Constituciones)*, 1998; P. Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 1999, pp. 23-53.

tucionales, como Constitución misma, la defensa frente al legislador estará en manos de quien detente el control de la constitucionalidad de la ley (en su conjunto, la que se ha denominado “jurisdicción de las libertades”).

Observar los derechos fundamentales requiere ir más allá de su entendimiento como conjunto de derechos subjetivos que, por su “importancia”, deben quedar de esta manera protegidos. La cuestión requiere mayor precisión pues es obligado reconocer la conexión natural existente entre democracia y derechos, entre orden constitucional y protección de derechos fundamentales. Ha de admitirse, habida cuenta del estatuto jurídico con el que quedan definidos los derechos fundamentales, que el nivel de seguridad que para su respeto representa el Estado constitucional es máximo. Pero lo es, y así debe ser admitido, porque es cierta la proposición que reconoce que la suerte de la Constitución democrática ha sido y es, al mismo tiempo, la suerte de los derechos fundamentales, al igual que viceversa. Es sabido que en la expresión derechos fundamentales es su adjetivo el que determina y nos informa de su naturaleza constitucional⁵; precisamente por esta reconocida posición “geográfica” es por lo que podemos hablar de los derechos fundamentales como categoría propia y diferenciada de los demás derechos, como categoría de la que pueden predicarse con carácter general unas concretas y exclusivas garantías (las generales de la Constitución y las específicas de estos contenidos constitucionales expresados en forma de derechos individuales). El adjetivo democrático adherido al término Constitución, por su parte, implica la existencia de cuando menos dos principios estructurales, fundamentos inherentes al propio sistema: el primero, la participación política de todos los ciudadanos (tras la Constitución, tras el pacto social, el pueblo debe poder seguir expresándose libre y políticamente –igualdad política–), el segundo, la presencia de derechos fundamentales (garantías de la participación). Sin estos últimos –pues se trata con ellos precisamente de poner límites a las manifestaciones de la mayoría– no podría asegurarse más allá del momento inicial de constitución del Estado su naturaleza democrática. Los derechos fundamentales son, por naturaleza propia, elementos objetivos de un concreto sistema político, la categoría constitucional necesaria en la configuración del Estado que se quiera a sí mismo como democrático (“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plas-

5. M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, 2001, pp. 142-164.

mada históricamente en el Estado de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”, STC 25/1981)⁶.

La Europa de los Estados es, en su mayor parte, la Europa de los Estados constitucionales. Nos enfrentamos, pues, a un marco de libertad que aunque homogéneo no queda exento de singularidades. La historia política y social compartida, sin embargo, nos permitirá afrontar el siguiente escalón de nuestro análisis. Dicho queda que los derechos fundamentales acaban imponiéndose en la cultura jurídico política europea como el elemento imprescindible para la comprensión de los entes estatales que están en su base. Es cierto, por otra parte, que la consolidación de los derechos fundamentales nos llegaría desde el otro lado del Atlántico, pero este hecho en nada afecta a reconocer la realidad actual. Durante más de un siglo –1789 como punto de partida–, los derechos del hombre valieron lo que el principio de legalidad, pero claro, tampoco entonces la Constitución, las Constituciones, significaban lo que en la actualidad significan. Hizo falta pues tomar conciencia jurídica de la necesidad de crear instrumentos de garantía para protegerlas, para dotarlas de valor normativo; en esta operación, los derechos en éstas incorporados, transformábanse en fundamentales, en fundamentos del propio sistema político, al mismo tiempo que se ganaban su propio nombre, el de derechos.

2. Europa como marco regional de protección de derechos y libertades. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950

Viene 1945 a suponer en este proceso un replanteamiento de la suficiencia del Estado constitucional como garantía máxima de derechos y libertades⁷. Al propio tiempo se interioriza la cercanía que existe entre el respeto y garantía de los derechos fundamentales en el interior de cada orden jurídico estatal y a la paz en el plano internacional. Se piensa entonces en la posibilidad de, a partir de una misma idea común sobre el para qué del Estado y su exteriorización a nivel constitucional, arbitrar mecanismos de garantías de derechos colectivos

6. “Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución... Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa”, STC 25/1981.

7. Vid. A. Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, 1991, en concreto pp. 36-40; Asimismo, J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 1995.

que, superando a las Constituciones pero sin descartarlas, elevase la protección de esos mismos derechos al plano internacional. Los derechos del hombre pasan así a transformarse en derechos humanos, dejando de ser un asunto de la competencia exclusiva de los Estados. Es precisamente en el escenario ocupado por los Estados constitucionales donde la realización de esta propuesta toma cuerpo con mayor fortuna. La Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la posterior Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, harían las veces de las Declaraciones de derechos que a nivel estatal se proclamaban con anterioridad a los pactos constituyentes, con carácter previo a la transformación de los valores en derechos subjetivos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, por su parte, sería el primer instrumento jurídico que se ocuparía de mutar en derechos efectivos los derechos naturales del hombre proclamados en la citada Declaración Universal. Volvemos con ello a Europa, al territorio –si se me permite la expresión– de los derechos fundamentales, pero volvemos para superponer sobre éstos un mecanismo de garantía de derechos humanos. No nos debe resultar por ello extraño que los derechos y libertades recogidos en el Convenio, ampliados posteriormente en diferentes Protocolos al mismo, se correspondan con los derechos y libertades reconocidos en la Constituciones de la Europa democrática.

El sistema de protección del CEDH nacería mutilado como consecuencia de las resistencias estatales que, abiertamente, se oponían a la posibilidad de dotar de personalidad jurídica internacional a los individuos. Conferir derechos en toda su dimensión desde el orden jurídico internacional en favor de sujetos individuales implicaba el tener que aceptar, como lógica consecuencia, el otorgar a éstos un derecho de acción ante una instancia internacional con jurisdicción y competencia para resolver el conflicto que se le plantease. Jurídicamente, reconocer personalidad jurídica internacional a los individuos dependientes de la jurisdicción de los Estados parte, suponía situar en la misma posición procesal al Estado y a la víctima ante una instancia supraestatal en un proceso en el que el primero haría las veces de parte demandada y la segunda de demandante. Por último, el objeto del proceso, la presunta violación de un derecho humano, significaba el atraer para el derecho internacional una competencia hasta entonces reservada a los Estados con una alta dosis de exclusividad. La búsqueda del consenso propiciaría la aprobación de dos sistemas de protección: uno de naturaleza política, el otro de naturaleza judicial. Para el primero se instituiría una Comisión Europea de Derechos Humanos con facultad para elaborar un informe no vinculante sobre la existencia o no de violación de derechos humanos. A esta Comisión podrían acudir como partes demandantes todos los Estados parte en el Convenio sin tener para ello que justificar interés legítimo y subjetivo alguno,

pues en la lógica del mecanismo colectivo de garantía de derechos humanos que se instituía estaba el que cada Estado parte era, además de sujeto obligado convencional, responsable de la vigilancia del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los demás Estados tras su ratificación. Tras la Comisión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa –que sería el órgano que recibiría el informe–, decidiría por mayoría de tres quintos si en el caso concreto existió o no violación de alguno de los derechos humanos convencionalmente protegidos.

El segundo sistema de protección contemplado en el Convenio requería de la aceptación por parte de los Estados parte de la jurisdicción de un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este sentido facultativo. Tras el informe de la Comisión, y siempre que los Estados parte demandado y demandante hubiesen aceptado la jurisdicción del Tribunal, cualquiera de ellos o bien la propia Comisión podían trasladar el caso a dicho órgano judicial. El TEDH, con plena jurisdicción y tras un proceso público y contradictorio, dictaría una sentencia que los propios Estados se comprometían a acatar en sus propios términos. Correspondería el Comité de Ministros vigilar la ejecución de la sentencia.

El individuo no haría acto de presencia en el sistema de protección europeo sino mediante la aceptación por las partes contratantes de una segunda cláusula facultativa. Sólo los particulares dependientes de la jurisdicción de un Estado que hubiese aceptado la competencia de la Comisión para conocer de las demandas individuales podrían reclamar ante la Comisión y frente al Estado la protección de su derecho o libertad presuntamente conculcado. La interdicción del acceso de los particulares al TEDH era, en cambio, plena. Para que una demanda individual pudiera ser conocida por el órgano judicial del sistema de protección y no fuese resuelta finalmente por el órgano político del Consejo de Europa, debía ser trasladada al Tribunal bien por la Comisión bien por uno o varios de los Estados implicados en el proceso. Carecía igualmente el individuo de *locus standi* en el proceso ante el Tribunal y ello pese a que el proceso se inició a su instancia. Frente al TEDH tan solo podía asumir el rol de parte la Comisión y el o los Estados demandados.

La propia incoherencia interna de un sistema de protección de derechos humanos en el que primaba la razón política frente a la jurídica y en el que los sujetos directos de la protección, los individuos, quedaban relegados a un segundo plano, como sujetos mediatos o indirectos del derecho internacional, en el caso de que el Estado del cual dependan no hubiesen aceptado la cláusula facultativa de las demandas individuales, o como sujetos directos pero sin posibilidad de accionar el mecanismo de protección judicial del Convenio, se pondría de manifiesto muy pronto, nada más reunirse las ratificaciones suficientes para poner en funcionamiento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, allá por

1958. Algo más se tardó en ofrecer soluciones; al principio tímidas, aunque relevantes: desde la primer caso de que conoció el Tribunal se facultó a la Comisión para que se hiciese asistir del abogado del demandante. Éste ocuparía a partir de entonces sitio entre los delegados de la Comisión que actuarían ante el Tribunal. Más adelante, en 1983, y para evitar precisamente el que la Comisión en ocasiones tuviera que desdoblarse –obsérvese que en no pocas ocasiones el informe de la Comisión podía haber concluido su informe por la no violación–, se reformaría el Reglamento de funcionamiento del Tribunal. Es a partir de entonces cuando una vez trasladado el caso ante el TEDH por un Estado o por la Comisión el particular sería invitado a participar en el proceso como una parte más. Años más tarde, con el Protocolo nueve al CEDH se le otorgaría definitivamente la particular plena capacidad jurídica, invistiéndole del poder para poder plantear por sí mismo su caso ante el Tribunal. No obstante, la figura jurídica del *certiorari*, recogida en el citado Protocolo, permitiría al Tribunal el admitir a trámite únicamente aquellas demandas de particulares que planteasen cuestiones graves relativas tanto a la interpretación como a la aplicación del Convenio.

La gran reforma del sistema de protección europeo de derechos humanos llegaría con la entrada en vigor del Protocolo de enmienda número once al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de una reforma en profundidad, pues viene a responder desde un punto de vista formal y material a la consideración del Convenio como el marco jurídico primario de un orden público europeo de derechos y libertades. En la actualidad, cuarenta y un Estados forman parte del Consejo de Europa, los mismos que por imperativo institucional han firmado y ratificado el CEDH tras la reforma. A 800 millones de individuos le han sido reconocidos vía Convenio un núcleo importante de derechos y libertades, al propio tiempo que se les ha otorgado la titularidad de los mismos en plenitud. Desaparece con el Protocolo once la Comisión Europea de Derechos Humanos y se constituye un Tribunal único ante el cual tanto Estados como particulares podrán interponer sus demandas. Las de los últimos serán admitidas siempre y cuando el recurrente haya dado oportunidad al Estado infractor para reparar la lesión del derecho, haciendo uso para ello de las vías procesales internas adecuadas y eficaces, y cuando las demandas no sean abusivas o estén manifiestamente mal fundadas, desapareciendo, pues, la exigencia de que plantee como objeto de las demandas cuestiones graves relativas a la interpretación o aplicación del Convenio. Desde la admisión a trámite de la demanda quedan particular y Estado demandado en idéntica situación procesal, rigiéndose en todo momento el proceso por los principios de igualdad de partes. La sentencia de fondo del TEDH tiene valor de “cosa interpretada” y a su ejecución se com-

prometen los Estados parte, bajo la estrecha vigilancia del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

3. Un sistema europeo integrado de protección de derechos y libertades. Constituciones y Convenio

Constituciones y Convenio conforman en Europa el marco jurídico integrado de la protección de los derechos y libertades individuales. Hay y debe haber, en consecuencia, interrelación entre ambos sistemas normativos. Hemos visto como los derechos fundamentales, cabe decir las Constituciones democráticas, reclaman a partir un concreto momento histórico derechos humanos como garantía última de su fuerza o virtualidad. Por su parte, los derechos humanos encuentran en los sistemas constitucionales el marco idóneo para hacerse efectivos, si no es más verdad que la propia naturaleza de los derechos humanos no esté reclamando la existencia de Estados democráticos, es decir, si no existe un derecho a la democracia y a una distribución del poder político que responda al pluralismo, a la igualdad. A todo esto se le añade la aceptación del individuo como titular en plenitud de derechos desde ambos planos normativos, lo que nos enfrenta ya, desde este punto de vista, a tener que coordinar todo el proceso de protección europea de derechos y libertades. La ligera frontera existente entre los sistemas internos de protección de derechos fundamentales y los externos de derechos humanos acabará así por diluirse definitivamente, al menos desde la perspectiva del sujeto de los derechos, y me inclino a pensar que no únicamente desde esta perspectiva. Para el titular de los derechos y libertades que internacional y constitucionalmente se le reconocen, el complejo mecanismo de garantías que acaba conformándose, lejos de manifestarse como una sucesión incoexa, se torna en un proceso cuyo tracto, aunque escalonado, deviene continuo y sucesivo. Así, en el plano interno, que es donde comenzará el proceso de tutela, el sujeto titular invocará ante las instancias judiciales la traducción interna, legal o fundamental, que se haya hecho del correspondiente derecho humano o, incluso, el derecho humano mismo, en los casos en los que el Convenio o Tratado haya sido incorporado en el ordenamiento interno como norma directamente aplicable. Buscará en el ordenamiento la reparación o reposición de su derecho, advirtiéndole que a lo largo del proceso y ante todas las instancias ordinarias será suficiente con que en sustancia haya alegado la violación del bien jurídico protegido por el derecho. En los procesos extraordinarios de garantías, concretamente ante los Tribunales Constitucionales, caso de que existiesen y fuesen tanto material como formalmente accesibles, habrá de invocar el derecho fundamental concreto que pretenda haya sido vulnerado, pero no se impide el

que pueda alegar para su defensa la interpretación que del derecho humano materialmente análogo hayan realizado los órganos jurisdiccionales de naturaleza internacional que tengan la condición de intérpretes últimos del Convenio o Tratado en el que se inscribe⁸. La fase internacional del mecanismo de protección se abre a continuación, es decir, una vez la vía estatal agotada y sin que haya habido reparación del derecho, puede el sujeto individual hacer uso de su derecho de acción para la defensa ante la jurisdicción internacional de su derecho convencional. Habida cuenta de la distinta recepción interna que el Convenio o Tratado hayan podido tener en el plano estatal, resulta lógico que para los órganos jurisdiccionales supraestatales, la exigencia de la invocación formal del derecho vulnerado ante las instancias internas venga satisfecha con la demostración de que, a lo largo de todo el proceso interno y desde el instante en que se produjo la violación, se ha invocado un derecho o libertad sustancialmente idéntico al derecho o libertad que ahora, en sede internacional, se reclama.

La coordinación entre jurisdicciones, interna y externa, surge así, o al menos da esa impresión, no, desde luego, de manera espontánea, sino como respuesta obligada ante la razón última que preside el entero sistema de protección de derechos y libertades. La lógica interna de cada uno de los planos normativos involucrados en el proceso hace que, ante la identidad sustantiva de los derechos protegidos, la defensa y protección de los derechos fundamentales desemboque más allá del Estado pero para volver inmediatamente a éste; firme la decisión de los órganos internacionales de protección, el Estado, desde esta lógica global del sistema, y si así lo reclama el propio Tratado, se verá en la obligación de arbitrar un mecanismo procesal que permita la reparación efectiva del derecho, aceptando como declaración de violación del derecho fundamental la que es, a juicio del supremo intérprete del Tratado o Convenio, violación de derecho humano. Dicho esto, cabría que nos planteásemos si no estamos en presencia de un sistema de protección de derechos del hombre único, aunque complejo. Advertíamos un poco más arriba que tal vez no fuese solamente la

8. "Conviene así advertir, en primer término, que, aun cuando en la demanda se interese que de forma autónoma se declare la violación de los arts. 10.1 PIDCP, 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, y 3 CEDH, no le corresponde a este Tribunal, al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 C. E. y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 C.E. deban tales preceptos ser interpretados 'de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España', STC 120/90, FJ 3º.

perspectiva individual, el expediente práctico, el que nos empuja a esta conclusión; que existen otros parámetros desde los que llegar a este mismo resultado o que tal vez sea esta primera visión la que le permita al individuo asumir todo el proceso de garantía de sus derechos como un camino continuo sin saltos aparentes. El proceso de humanización de los derechos fundamentales se nos presenta, y desde que los individuos son sujetos en plenitud de derechos humanos con mayor contundencia si cabe, como consecuencia inmediata de la unitaria naturaleza del orden jurídico público de los derechos del hombre. Porque se mire desde el extremo que se quiera, bien desde la dogmática constitucional (la Constitución entendida como norma sobre aplicación de normas), bien desde la dogmática internacional –los Tratados y Convenios vigentes como normas vinculantes para el entero orden estatal–, ni el espacio de los derechos humanos ni el de los fundamentales cabe que se consideren como mundos distintos e incommunicables⁹.

Cuestión distinta, y ardua, es la determinación del grado de comunicación que entre uno y otro plano exista o pueda existir, así como la naturaleza del vínculo que entre ambos planos jurídicos se establezca. Sin embargo, desde ambos puntos de vista, del estatal y del internacional, parece obvio que la relación, cuando menos, pueda establecerse en términos de validez material. Para los Convenios sobre protección de derechos humanos los derechos fundamentales representan una categoría válida para dar por satisfecha, al menos en línea de principio, la obligación que el Estado tiene de incorporar a su ordenamiento interno, como derechos, la obligación convencionalmente contraída. De tal forma, se desprende así por ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la exigencia del agotamiento de la vía estatal previa y el subsiguiente requisito de la invocación formal del derecho vulnerado se entenderían satisfechos por el particular si, ante la jurisdicción interna se invoca exclusivamente, incluso a pesar de formar parte el CEDH del ordenamiento jurídico interno, un derecho fundamental sustantivamente homologable al dere-

9. Resulta en este sentido llamativo el párrafo que transcribimos del Preámbulo de la Declaración de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000): “La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

cho humano reclamado posteriormente en sede internacional¹⁰. Por su parte, para el derecho interno de los derechos fundamentales, los Convenios y Tratados relativos a derechos humanos son canon hermenéutico de interpretación de los derechos fundamentales. Allí donde no haya mandato constitucional que así lo exija se impondrá cierta lógica jurídico-material, pues siendo verdad que tanto los derechos humanos como los fundamentales vienen a proteger idéntico orden de bienes y valores, no es posible que la unidad del orden jurídico interno pueda asumir las antinomias que, en su caso, pudieran producirse ante interpretaciones distintas sobre el contenido o límites de un derecho materialmente idéntico, por parte de las instancias supremas de interpretación en el orden interno y en el internacional¹¹.

Hay Constituciones, las más recientes por otra parte, en las que el constituyente ha expresado la apertura constitucional al régimen jurídico internacional de protección de derechos humanos incorporándolos en la Constitución como fundamento hermenéutico de los derechos fundamentales. El acoplamiento entre una y otra categoría que resulta de dicha voluntad es casi perfecto, pues con la integración de los derechos humanos en la Constitución se integra también el sistema de protección y garantía supraestatal de protección. Posicionado ante el mandato interpretativo, el Tribunal supremo en el orden constitucional habrá de tener presente, con las limitaciones que de la propia Constitución se desprendan, en su exégesis de los derechos, la interpretación que de los derechos humanos, ahora parámetros de la interpretación constitucional, hayan dictado con valor de cosa interpretada los órganos de protección del respectivo Convenio. Así sucede en nuestro ámbito¹², en la Constitución portuguesa de 1976, artículo 16.2, “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, en la Constitución de Suecia de 1994,

10. Por todas, STEDH *Glaserapp c. R.F. de Alemania*, de 28 de agosto de 1986, A104, pp. 23-25, párs. 42-46.

11. “Como ya señalábamos en la anterior sentencia n° 62/1982, de 15 de octubre, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos humanos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto. Y, añadimos ahora, no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del Ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental”, STC 78/82, FJ 4°.

12. En el art. 19 de la Constitución polaca de 1952 se afirmaba: “Los derechos y libertades reconocidos por la Constitución no pueden ser interpretados de forma que limiten los derechos del hombre que pertenecen a los individuos en virtud del derecho internacional que obliga a Polonia”.

artículo 23, “No se podrán promulgar leyes ni otras normas legales incompatibles con las obligaciones asumidas por Suecia en virtud del Convenio Europeo sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales” y, como sabemos, en la Constitución Española de 1978, artículo 10.2, “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹³. Vía ley constitucional los órganos de protección de derechos humanos no sólo acaban por devenir órganos internos de protección sino que, respecto de los órganos supremos de la constitucionalidad, asumen una posición, si no superior, cuando menos coadyuvante por lo que respecta a la interpretación de los derechos y libertades fundamentales. Es comprensible, pues, que en la jurisprudencia de los órganos supremos de garantías constitucionales, en todos estos Estados, las referencias a la doctrina de Tribunales y órganos de protección de Convenios y Tratados haya sido constante y recurrente, obligándose el intérprete constitucional, antes de proceder a la interpretación estricta del derecho fundamental, a buscar su contenido mínimo en la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos¹⁴.

13. En Constituciones más alejadas de nuestro espacio político y económico, la integración del derecho internacional de los derechos humanos ha sido en ocasiones más intensa. Así, la Constitución de Ecuador, de 1979, art. 18, “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”; la Constitución de la República de Guatemala de 1985, art. 46, “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”; la Constitución del Perú de 1993, art. 205, “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte” y la Constitución de Nicaragua de 1987, art. 46, “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

14. Austria, tras la reforma constitucional de 4 de marzo de 1964, por la que se dota de valor constitucional al CEDH, puede bien integrarse en este grupo.

Concretamente, nuestro Tribunal Constitucional asumiría y reconocería desde muy pronto en su labor exegética suprema la fundamentalización indirecta que de los derechos humanos había operado el constituyente de 1978. Con los años, el destilado de este reconocimiento de la apertura de la Constitución al derecho internacional de los derechos humanos le ha llevado a asumir como contenido válido y universalmente aplicable de los derechos y libertades el que se desprende de las Declaraciones, Tratados y Convenios internacionales vigentes, asumiendo para ello implícitamente la jurisprudencia y doctrina que sobre tales materias dicten los órganos internacionales de protección. Todos ellos, en su conjunto, vienen a dar contenido positivo al también valor constitucional de la dignidad humana, valor que, como el propio Tribunal Constitucional reconoce, constituye el *minimum* invulnerable de derechos del hombre que todo estatuto jurídico debe asegurar¹⁵. Permítaseme la larga cita que creo resume muy bien la posición del Tribunal Constitucional respecto del derecho internacional de los derechos humanos: “Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución española proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos. Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los

15. La interacción entre distintos órdenes constitucionales agrupados en torno de un mismo Tratado de protección de derechos humanos da lugar, cuando se quiere explicar el fenómeno, a expresiones cuyo significado adelantan las conclusiones de estas páginas: “Abordando ya el fondo, la primera afirmación que entiendo debe hacerse es que la categoría de las *vulneraciones indirectas* debe someterse a una relativización determinante cuando estamos ante Estados que, desde hace medio siglo, se encuentran integrados en *una misma comunidad de derechos y libertades, entendiéndose por tal la integrada por el reconocimiento común de una tabla de derechos y libertades, y sometida efectivamente a un órgano jurisdiccional supranacional al que pueden acceder directa y libremente todas las personas sometidas a la soberanía de los respectivos Estados*. Tal es desde luego nuestro caso, en el que dicha comunidad existe en los indicados términos: hay un Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo art. 6 es decisivo en la materia, así como también hay una autoridad jurisdiccional encargada de asegurar la eficacia de estos derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, STC 91/2000, voto particular del Presidente Cruz Villalón, FJ 2 (itálica nuestra).

que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España [...] y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8).

No es imprecisión, sin embargo, de nuestro Tribunal, el hacer extensible, para todos los Estados parte en el CEDH, la obligación de aceptar como contenido mínimo de sus derechos fundamentales el que así haya sido declarado por el órgano supremo de interpretación de dicho Convenio, independientemente de que contengan o no en sus Constituciones un precepto similar a nuestro art. 10.2 CE. Con ello damos un salto cualitativo en la tesis hasta ahora mantenida pues, es cierto que la apertura de las Constituciones al derecho internacional de los derechos humanos se ha producido, con carácter general, sin necesidad de mandato hermenéutico constitucional expreso¹⁶. Los ejemplos son innumerables y desde distintas perspectivas han sido abundantemente analizados¹⁷. Pese a reconocerse la naturaleza no constitucional del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos por parte tanto del Tribunal Constitucional alemán, como del italiano¹⁸ o del Tribunal Federal suizo¹⁹, han aceptado su contenido y la in-

16. O de manera igualmente directa pero para todo tipo de tratados pues se reconoce en la Constitución el valor superior de los Tratados respecto de la ley interna. Ocurre así, por ejemplo, en Grecia (art. 28.1 de la Constitución de 1975) y en los Países Bajos (art. 93 de la Constitución de 93).

17. F. Cocozza, “Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle transfrontière de la CEDH et justice constitutionnelle nationale”, RFDC, vol. 28, 1996, pp. 707-724; un detallado análisis de la incorporación del CEDH a los ordenamientos internos en, J. Polakiewicz, “La mise en oeuvre de la CEDH en Europe de l’Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux”, RUDH, 1992, pp. 359-376.

18. F. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, 1997, pp. 496-509.

19. El Tribunal Federal ha reconocido el valor constitucional de los derechos y libertades

interpretación que de éste hubiesen hecho tanto la Comisión como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parámetro interpretativo obligado de los derechos fundamentales. “La presunción de inocencia, diría el Tribunal de Karlsruhe en su conocida sentencia de 26 de marzo de 1987, es una manifestación del principio de Estado de derecho y, en consecuencia, posee valor constitucional. Forma este principio igualmente parte, en virtud del art. 6.2 CEDH, del derecho positivo de la República Federal de Alemania con el rango de ley federal... Si el Tribunal Constitucional federal se ha referido, para definir la presunción de inocencia, al dictado del art. 6.2 CEDH..., que no tiene valor constitucional, en la República federal, esto se ha debido a los efectos jurídicos que la entrada en vigor del Convenio ha producido, afectando a la relación entre los derechos fundamentales de la Ley fundamental y los derechos del hombre del Convenio que le son afines. Al interpretar la Ley fundamental, el contenido y el nivel de desarrollo del Convenio Europeo de Derechos del Hombre deben igualmente ser tenidos en cuenta, a menos que ésta tenga por efecto limitar o aminorar la protección de los derechos fundamentales de la Ley fundamental, una consecuencia que el mismo Convenio excluye (art. 60 CEDH). Es por estas razones por las que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre sirve como ayuda para la interpretación del contenido y la *portée* de los derechos fundamentales y de los principios de la Ley fundamental”²⁰.

Con remisión constitucional expresa o sin ella, lo cierto es que el orden jurídico internacional de los derechos humanos, en este sentido regional, ha terminado por penetrar en los ordenes constitucionales de los Estados, integrándose con ello las jurisdicciones supremas de la constitucionalidad en la cadena de órganos de protección de los derechos humanos²¹. En razón de esta apertura constitucional, y pudiera discutirse si de manera directa o indirecta, puede ser

declarados en el Convenio, buscando en todo instante la interpretación conforme al Convenio de las disposiciones legales que se sometan a su control; por todos, J. Polakiewicz, *op. cit.*, *supra*, pp. 371-372. Este mismo autor reconoce el superior valor que para las jurisdicciones belgas y luxemburguesas representa el Convenio, a falta de disposición constitucional expresa sobre el valor interno de los tratados internacionales, pp. 361-362.

20. BverfGE 74, pp. 358, 370. Por todos, V. Schlette, “Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande”, RFDC, 28, pp. 755-763, 1996.

21. La ley reguladora del Tribunal Constitucional de Liechtenstein, de 30 de junio de 1982, incorporó como parámetro de control en la acción del Tribunal al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, art. 57: “Un recurso contra decisiones y ordenanzas de un tribunal o de una autoridad administrativa podrá ser presentado ante este Tribunal Constitucional, previo agotamiento de todas las vías de recursos interno y en el plazo de 14 días... b) por violación del Convenio para la salvaguardia de derechos del hombre y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950”.

certificado el fenómeno de la constitucionalización (fundamentalización) de los derechos humanos. En la medida en que el contenido de los derechos humanos, su interpretación auténtica, corresponde a los órganos jurisdiccionales supranacionales de protección, los derechos fundamentales se están actualizando, vía recepción interna, más allá de las fronteras del Estado que los tiene como propios. En la medida en que el derecho internacional de los derechos humanos descansa sobre la cultura jurídica de los Estados miembro, la exégesis de los derechos fundamentales por los órganos internos de protección forma parte igualmente de la comunidad de derechos y libertades que el intérprete de los derechos humanos no puede ignorar a la hora de llevar a cabo su tarea de control.

El acceso directo de los particulares a las instancias internacionales de protección da lugar a tesis monistas radicales, con consecuencias directas sobre el entendimiento y la virtualidad de los derechos fundamentales²². La comunidad de individuos que bajo el amparo del Convenio queda, activará los mecanismos de garantías supraestatales cada vez que dentro del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre se le haya conculcado alguno de los intereses protegidos por el derecho humano correspondiente. Con cada sentencia o resolución de los órganos internacionales de protección se irá configurando y definiendo el contenido de los derechos y libertades, depurándose al mismo tiempo, con el Convenio como parámetro, el orden jurídico interno de los Estados parte, conformándose, en definitiva, una comunidad de derechos más allá de los Estados nacionales²³. Entra en la lógica jurídica del sistema, pues, que a los órganos estatales de protección de derechos fundamentales no pueda dejar de afectarles un sistema de garantía de estas características. La conciencia pública en torno al contenido

22. En sentido similar al aquí expresado, F. Sudre, "L'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne", RUDH, 1991, pp. 259-274, en concreto cuando se remite a lo afirmado por Koering-Joulin y Wachsmann, "la possibilité d'invoquer désormais la Convention européenne et la jurisprudence de la Comisión et de la Cour, ainsi que la menace d'une saisine des organes de Strasbourg, constituant indéniablement l'élément le plus novateur du droit récent des libertés publiques en France, avec l'apparition d'une véritable et abondante jurisprudence constitutionnelle à partir de 1971", pág. 264.

23. "When in a case decided in 1979 the Irish Government had argued that Mrs. Airey had effective access to the High Court because she was free to go there without the assistance of a lawyer the Court answered: The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. It repeated exactly the same sentence one year later in the case of Artico concerning Italy in a criminal trial a defence lawyer had been appointed by the Court but had never acted at all, and the accused had notified the judge of that situation. *In this way the individual who wants to protect his own rights becomes the promoter of the European integration through fundamental rights*", J. Frowein, "The ECHR as the Public Order of Europe", *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, vol. 1-2, pp. 287-288 (itálica nuestra).

de unos derechos humanos en virtud de un tal mecanismo de garantía así actualizados penetrará inevitablemente en los ámbitos jurisdiccionales internos con jurisdicción en materia de derechos fundamentales. Además, si en la dinámica de la incorporación de los derechos humanos al ordenamiento interno la preocupación más relevante es la existencia o no de un mandato constitucional expreso que obligue a interpretar los derechos fundamentales en clave de los humanos, son las jurisdicciones constitucionales las que en definitiva, y con ellas los derechos fundamentales, podrían sufrir el desapego de una conciencia social en este terreno cada día más globalizada²⁴. Obligados como devienen los Estados a dar cuerpo en el orden interno a los derechos humanos, pudiera ocurrir que un juez o tribunal interno se encontrase para la resolución de un caso concreto de derechos fundamentales ante jurisprudencia divergente, por un lado, la dictada

24. Como el propio Consejo Constitucional francés reconoce, la normas internacionales no son parámetro de la constitucionalidad de la ley: "Lorsqu'il se prononce en tant que juge de la constitutionnalité des lois, après leur vote et avant leur promulgation, le Conseil constitutionnel considère que s'il lui revient d'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55 de la Constitution, il ne lui appartient pas, en revanche, d'examiner la conformité de la loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international" (Informe del Consejo Constitucional, "Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?", RUDH, 1995, pp. 256-268, en concreto, pág. 263). Sin embargo, en los fundamentos jurídicos del caso Nicolo resuelto por el Consejo de Estado se concluye que una ley posterior a un tratado internacional debe ser inaplicable si es contraria a las obligaciones derivadas del acuerdo internacional, haciendo del juez ordinario intérprete de la conformidad de la ley con el derecho internacional vigente, en detrimento del juez de la constitucionalidad. Como consecuencia, "la jurisprudence Nicolo a ouvert la possibilité de contester l'applicabilité de lois au motif qu'elles seraient contraires à des engagements internationaux protecteurs des droits de l'homme. Dans la mesure où nombre de droits garantis par ces engagements ont leur équivalent comme principe de valeur constitutionnelle, le contrôle de 'conventionnalité' de la loi peut aboutir à ce que le juge administratif se trouve confronté à des problèmes touchant à la garantie des droits et libertés analogues à ceux qui ont pu être soulevés devant le Conseil constitutionnel avant la promulgation d'une loi", M. Long, P. Weil, G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1999, pp. 740-741. Será el propio Consejo de Estado francés el que, al conocer del caso de la Asociación Ekin (CE. Sect. 9 de julio de 1997, Association Ekin, Rec. 300) –libertad de información– afirmará: "qu'a défaut de toute disposition législative définissant les conditions auxquelles est soumise la légalité des décisions d'interdiction prises sur le fondement de cet article, les restrictions apportées au pouvoir du ministre résultent de la nécessité de concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques, et notamment à la liberté de la presse; qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours contre une telle mesure d'interdiction, de rechercher si la publication interdite est de nature à causer à ces intérêts un dommage justifiant l'atteinte portée aux libertés publiques, que le pouvoir ainsi exercée, sous le contrôle du juge, par le ministre de l'intérieur n'est pas contrairement à ce que soutient l'association requérante, incompatible avec les stipulations combinées des articles 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", *ibidem*, pág. 808.

por el supremo intérprete de los derechos fundamentales y por otro la elaborada por el máximo órgano jurisdiccional de interpretación del Convenio. No creo que pudiera cuestionarse desde un punto de vista constitucional la opción del juez por hacer uso de la jurisprudencia más favorable a la interpretación del derecho, aunque esta fuese la elaborada por el órgano jurisdiccional externo.

El marco jurídico de libertad que con la actualización del Convenio sobre protección de derechos humanos se conforma, constituye un referente material del que, en buena lógica, las jurisdicciones internas podrán hacer uso cuando deban interpretar el contenido y alcance de unos derechos fundamentales llamados a alcanzar virtualidad en el seno de ese mismo espacio de libertad. Tómese como ejemplo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y obsérvese cómo tras, más de cincuenta años de vigencia, la jurisprudencia de sus órganos de protección ha construido un espacio común de derechos que ha sido rápidamente interiorizado y sin dificultad por la cultura jurídica que descansa detrás y soporta el sistema de derechos y libertades. No deben pues extrañar en este sentido las palabras del TEDH cuando se refiere al Convenio, del que es su máximo intérprete, como el instrumento constitucional del orden público europeo. Por añadidura y sin que sea necesario afirmarlo explícitamente, se ve el TEDH a sí mismo como el garante último de ese espacio público constitucional de derechos que con el Convenio se origina²⁵.

Tampoco parece que hayan querido los constituyentes más recientes escapar al influjo que este marco constitucional externo de derechos representa. Ahí está para corroborarlo nuestro art. 10.2 CE, el art. 16 de la Constitución portuguesa o la decisión del legislador austríaco de elevar a rango constitucional la ley de incorporación del Convenio europeo al ordenamiento interno. En otras Constituciones de nuestro entorno, no habiendo cláusulas de apertura expresas,

25. STEDH *Loizidou c. Turquía*, excepciones preliminares, de 23 de marzo de 1995, A310, FJ 75. Concretamente afirma el TEDH: "L'article 25 (art. 25) ne prévoit explicitement aucune autre forme de restriction (paragraphe 65 ci-dessus). Quant à l'article 46 par. 2 (art. 46-2), il précise que les déclarations 'pourront éter faites purement et simplement ou sous condition de réciprocité [...]' (paragraphe 66 ci-dessus). Si, comme le prétend le gouvernement défendeur, ces dispositions permettaient des restrictions territoriales ou sur le contenu de l'acceptation, les Parties contractantes seraient libres de souscrire à des régimes distincts de mise en oeuvre des obligations conventionnelles selon l'étendue de leurs acceptations. Un tel système, qui permettrait aux Etats de tempérer leur consentement par le jeu de clauses facultatives, affaiblirait gravement le rôle de la Commission et de la Cour dans l'exercice de leurs fonctions, mais amoindrirait aussi l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. De surcroît, lorsque la Convention autorise les Etats à limiter leur acceptation en vertu de l'article 25 (art. 25), elle le précise expressément (voir, à cet égard, l'article 6 par. 2 du Protocole n° 4 et l'article 7 par. 2 du Protocole n° 7) (P4-6-2, P7-7-2).

se ha buscado por doctrina y jurisprudencia interpretaciones amplias de otros preceptos constitucionales a través de las cuales tal apertura pudiera deducirse²⁶. Valga como ejemplo el art. 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn, “El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”, y las referencias de la jurisdicción ordinaria y constitucional de esta misma República a la existencia de un orden objetivo, preciso y concreto, conformado hoy día por el derecho internacional de los derechos humanos, parámetro desde el cual puede determinarse cuándo un Estado, según la concepción de la comunidad jurídica universal, ha violado los derechos del hombre²⁷.

26. Cláusulas de apertura que, a juicio de Pescatore, deberían ser incorporadas a las Constituciones en razón de la realidad “transnacional” en la que se desenvuelven los Estados, concretamente: a) normas de apertura que vengan a reconocer a nivel constitucional los valores inherentes a la constitución de la sociedad internacional –el aseguramiento de la paz y la seguridad, la protección internacional de derechos del hombre, la promoción de la democracia y la protección de las minorías... etc.–; b) la participación del Estado en organizaciones internacionales y el reconocimiento de jurisdicciones internacionales; c) el reconocimiento de las reglas generales de derecho internacional, la ejecución de las decisiones adoptadas por las organizaciones internacionales y la ejecución de las decisiones judiciales y arbitrales de naturaleza internacional. (“La constitution, son contenu, son utilité”, *Revue de Droit Suisse*, n° 111, 1992, pp. 50-53).

27. Por todas, las SSTEDH *Streletz, Kessler y Krenz vs. R.F. de Alemania y K.-H.W. vs. R.F. de Alemania*, ambas de 22 de marzo de 2001, párs. 20. Traían causa estos procesos de las impugnaciones que frente a sentencias penales condenatorias sostuvieron los recurrentes ante el Tribunal Constitucional por violación del principio de legalidad penal (art. 103 LFB). Todos ellos fueron condenados a penas de prisión por la justicia penal federal como responsables directos de los homicidios cometidos contra jóvenes alemanes, ciudadanos de la extinta RDA, que entre 1970 y 1989 intentaron huir a través de la frontera artificial existente entre las dos Alemani­as. Conforme a la Ley de Reunificación fueron juzgados según lo dispuesto en las leyes penales de la RDA vigentes durante la comisión de los hechos. Alegaban los recurrentes la existencia de disposiciones legales y prácticas administrativas que les exoneraban de cualquier tipo de responsabilidad penal. Merece la pena reproducir aquí parte de la argumentación jurídica empleada tanto por los tribunales penales federales como por el Tribunal Constitucional: “La Cour fédérale de justice s’est livrée à une analyse de la relation entre les critères de la formule Radbruch qui sous-tendent la règle précitée et les droits de l’homme protégés au plan international. Aux critères de la formule Radbruch, qui, en raison de leur imprecision, sont difficiles à mettre en oeuvre, seraient venus s’adjoindre des critères plus concrets, résultant du fait que les conventions internationales de protection des droits de l’homme comporteraient des éléments permettant de déterminer quand, d’après la conception de la communauté juridique universelle, l’Etat viole les droits de l’homme”, reproducido en el pár. 20 de las citadas sentencias. El TEDH resumiría las referencias de las jurisdicciones alemanas al orden universal y objetivo de derechos humanos en estas Sentencias como sigue: “65. Certes, les juridictions allemandes ont eu des approches différentes quant à l’interprétation des faits justificatifs invoqués par les requérants sur le fondement notamment de l’article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA. Ainsi le Tribunal régional de Berlin a considéré que ces faits justificatifs étaient inopérants car ils méconnaissaient de manière flagrante et insupportable ‘les principes

La recepción constitucional de los derechos humanos tiene otros significados igualmente importantes. Ante la inexistencia de manifestaciones soberanas democráticas más allá de los Estados nacionales, el cuerpo jurídico de los derechos humanos se encuentra aún en el estadio de la mera legalidad. En tanto en cuanto perdure la voluntad de los Estados perdurará el nuevo orden de derechos de naturaleza supranacional. Por esta razón, la apertura de los derechos constitucionales hacia este nuevo marco normativo lo dota, si bien de manera indirecta, de carácter constitucional; como, por otra parte, no podía ser de otra forma, pues, como se ha visto, es la propia cultura constitucional la que incita a buscar aquellas fórmulas jurídicas que mejor garanticen el fundamento último del Ordenamiento jurídico como complejo normativo único e integrado: la protección de la dignidad de las personas y de los derechos que le son inherentes²⁸.

4. Unión Europea y Derechos Fundamentales. El último eslabón

Es en este marco jurídico integrado de protección de derechos y libertades fundamentales que se conforma en Europa con las Constituciones y Convenio,

élémentaires de justice et la protection internationale des droits de l'homme' (paragraphes 19 et 23 ci-dessus). La Cour fédérale de justice, de son côté, a jugé qu'une interprétation correcte de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA aurait déjà à l'époque des faits permis de conclure que l'on ne saurait se référer à ces faits justificatifs, eu égard aux limites fixées par la loi elle-même, et à la lumière de la Constitution de la RDA et des obligations de celle-ci en droit international public (paragraphes 20 et 25 ci-dessus). Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que 'dans cette situation tout à fait particulière, l'exigence de justice objective, qui englobe également le respect des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale, interdit l'application de pareils faits justificatifs. La protection absolue de la confiance garantie par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale doit alors céder le pas, sans quoi le système de la justice pénale de la République fédérale entrerait en contradiction avec les prémisses de l'Etat de droit' (paragraphes 22 et 26 ci-dessus).

28. En similar sentido, J. González Campos, "Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y Libertades reconocidos en la Constitución española (art. 10.2 CE)", en *Tres lecciones sobre la Constitución*, 1999, pp. 52-54, cuando afirma: "...mediante la conexión entre Derecho internacional y Derecho interno en materia de derechos humanos que el art. 10.2 CE establece, se deberá mantener, de cara al futuro, el consenso político alcanzado al definir los derechos fundamentales y libertades en la Constitución. Un consenso político que, conviene señalarlo, es dinámico y no rígido, pues está basado, como hemos visto, en el contenido y alcance de los derechos y libertades que se derivan de las normas internacionales sobre derechos humanos aceptadas por España... De suerte que, en definitiva, podemos llegar a una conclusión que tal vez pueda sorprender desde la perspectiva tradicional del constitucionalismo: que el Derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del art. 10.2 CE, se convierte, por así decir, en el 'garante externo' del contenido de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de nuestra Constitución".

donde se va a insertar un nuevo orden jurídico autónomo, fruto de las cesiones de soberanía que distintos Estados con fundamento constitucional hacen en favor de instituciones políticas de integración: el derecho comunitario. A medida que la Comunidad y la Unión europea han ido acumulando un mayor número de competencias, la probabilidad de que las disposiciones y actos, propios y derivados, dictados por los órganos comunitarios competentes pudieran acabar afectando a los derechos fundamentales eran cada día más altos. Sin embargo, ni en los tratados constitutivos ni en el derecho derivado, durante décadas, se hacía la menor referencia a los derechos y libertades de los individuos, no existiendo, ni siquiera por remisión, una lista de derechos que pudiésemos interpretar como el fundamento legitimador del orden comunitario constituido. Tanto es así que muy pronto el órgano jurisdiccional supremo de este ordenamiento, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, negaría su jurisdicción sobre los derechos fundamentales, pues ni expresa ni implícitamente los Tratados constitutivos se referían a ellos²⁹. En un espacio integrado de protección de derechos se introducía un orden jurídico válido que, precisamente por ser ajeno al fundamento mismo de creación de los Estados constitucionales que lo soportan, podría comenzar a entrar en contradicción con éstos³⁰.

El propio TJCE fue consciente de este peligro y, en consecuencia, años más tarde, en la sentencia *Stauder* de 1969, afirmaría que “los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del derecho comunitario”³¹. Seguía sin existir, pese a todo, un catálogo de derechos que sirviese de referencia al Tribunal por lo que éste, en lo que acertadamente se ha considerado como una actividad pretoriana por parte del órgano jurisdiccional, se vio obligado a dotar de contenido a la expresión tomándolo de “las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”³² y de “los instrumentos internacionales consagrados a derechos humanos y en particular del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”³³. Así pues, los derechos fundamentales comenzaron a introducirse

29. Asunto 1/58, *Stork v. High Authority*, 1958, pág. 43 y asuntos 36, 37, 38 y 40, *Comptoir de vente de carbón de la Ruhr*, 1960, pag. 857.

30. Por todos, R. Gosalbo Bono, “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. I, 1997, pp. 29-68.

31. Asunto 29/64, *Stauder*, 1969, pág. 419, FJ 7º.

32. “...no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de estos Estados”, *Nold vs. Comisión*, de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, pág. 491.

33. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente, a partir de la Sentencia *Rutili*, asunto 36/75, pág. 1219; el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

en el derecho comunitario vía jurisprudencia, con lo que ello tiene de inseguridad jurídica y de manifiesta interferencia entre el poder legislativo y judicial. En la medida en que se trata de un activismo judicial sin sustento legal y en consecuencia “caprichoso”, pudiera ocurrir, como así ha sido, que las decisiones judiciales de quien es el intérprete supremo del derecho de las Comunidades y de la Unión, no reconociesen derechos fundamentales para ámbitos de existencia ante los cuales bien los intérpretes últimos de las normas constitucionales de los Estados bien el TEDH, como garante último del Convenio, si lo habían hecho. Muestra de ello es la conocida sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1975, Solange I³⁴, por la cual dicho Tribunal se reservaba el control del derecho comunitario derivado, es decir, de las disposiciones normativas estatales dictadas en conformidad y por imperativo del derecho comunitario, “en tanto el proceso de integración no alcance un grado suficientemente avanzado para que el Derecho comunitario disponga también de un catálogo de derechos fundamentales en vigor adoptado por un Parlamento y equiparable al catálogo de los derechos fundamentales consagrado en la Ley Fundamental”³⁵. No obstante, debemos reconocer la labor del TJCE a la hora de colmar la gran laguna que el derecho comunitario presenta en un ámbito como el de los derechos fundamentales³⁶. Su labor ha venido a calmar el ánimo de las jurisdicciones constitucionales internas que se negaban a ver conculcados los principios fundamentales de sus ordenamientos estatales al tener que soportar en su ámbito jurisdiccional la aplicación de un derecho que, reclamándose así mismo como superior, desconociese el valor y la función de los derechos fundamentales en los Estados democráticos³⁷. Años más tarde, el propio Tribunal Constitucional alemán reconocería la labor del TJCE en su sentencia Solange II de 1987³⁸, evitando controlar el derecho comunitario derivado en tanto en cuanto se mantuviese el nivel de protección de derechos y libertades en el orden jurídico comunitario que vía jurisprudencia se dispensaba.

aparece expresamente citado en la sentencia Orkem de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, pág. 3283.

34. Véase el comentario a la sentencia de A. López Castillo, REDC, n° 23, págs. 207 y ss.

35. *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 1975, pág. 316.

36. Al respecto, M.A. Rodríguez Vázquez, “Los derechos de la defensa y el orden público en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”, *La ley*, 28 de abril de 2000, n° 5043, pp. 1-3.

37. Para la Corte Constitucional italiana la cesión de soberanía a favor de las instituciones europeas “no puede(n) en ningún caso implicar, en favor de las Instituciones de la CEE, un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden jurídico constitucional o los derechos inalienables de la persona”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, pág. 2401.

38. V. Constantinesco, *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 1987, pág. 539.

Es cierto, por otro lado, que existieron referencias a los derechos fundamentales en los preámbulos de los Tratados constitutivos de la Comunidad y de la Unión, pero ello no fue hasta 1986, con el Acta Única Europea, y además, habida cuenta del lugar donde tal referencia se insertaba, la mención ostentaba un valor jurídico relativo. Mayor virtualidad manifiesta el actual artículo 6 del Tratado de Amsterdam, artículo cuyo contenido ya apareció por vez primera en el de Maastricht de 1992 (art. F.2), y ello a pesar de que sigue sin explicitarse un catálogo concreto y propio de derechos para la Unión europea y se mantiene la línea "pretoriana" seguida hasta entonces por el Tribunal y ahora normativamente exigida a todos y cada uno de los poderes comunitarios instituidos: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario"³⁹.

Esta situación de indefinición, es decir, de inseguridad jurídica permanente en cuanto a los derechos protegidos y a su grado de protección no tardaría en plantearse a quien es, en una Europa más amplia que la de la Unión Europea, garante último de orden público constitucional de derechos y libertades: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y llegan estos casos ante la jurisdicción de Estrasburgo igualmente vía derecho comunitario derivado, planteándose con ello nuevas cuestiones en orden a la integración del derecho comunitario en un marco jurídico superior europeo de protección y garantía de derechos fundamentales que tiene como objeto de control del entero ordenamiento de los Estados miembros. Debe señalarse, como ha reconocido el propio TEDH, que "los actos de la Comunidad europea no pueden ser atacados en cuanto tales ante el Tribunal, pues la Comunidad en tanto que tal no es Parte contratante" del CEDH. Para el Tribunal, "el Convenio no impide la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre y cuando los derechos garantizados por el Convenio continúen siendo 'reconocidos'. Tal transferencia no hace desaparecer, en consecuencia, la responsabilidad de los Estados miembros"⁴⁰.

39. En el art. 6.1 TUE se afirma: "la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros". El art. 136 del mismo Tratado califica los derechos sociales como fundamentales, mencionando concretamente los derechos inscritos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores. Finalmente, en el art. 7 se establece que el Consejo, en caso de constatación de una violación grave y persistente de los principios contemplados en el apartado 1 del art. 6, podrá decidir que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del Tratado al Estado miembro de que se trate.

La posición en la que quedan los Estados europeos miembros de la Unión y partes en el CEDH es, cuando menos, paradójica. Porque o bien se atienen a lo que conforme al derecho comunitario es de obligado cumplimiento, o bien asumen sus obligaciones respecto del Convenio para la protección de derechos humanos, viéndose entonces obligados a relegar la aplicación y ejecución interna del acto o disposición comunitaria.

Surge, pues, como lógica respuesta a esta situación de conflicto entre ordenamientos, la iniciativa de incorporar al Convenio Europeo de Derechos Humanos a la Unión y a las Comunidades. Se lograría con ello someter al entero derecho comunitario, originario y derivado, al instrumento que por su situación jurídica privilegiada representa el orden jurídico común de la Europa de las libertades. Al propio tiempo que las Comunidades y la Unión incorporarían como carta de derechos el núcleo de libertades que desde hace tiempo “desempeña en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido”⁴¹. Finalmente, por último, contarían los ciudadanos con un mecanismo procesal de amparo para la defensa de sus derechos y libertades como es el recurso individual contemplado en el art. 34 CEDH. Sin embargo, fue el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades quien, a la vista del derecho comunitario vigente, en su dictamen 2/94⁴², impediría la adhesión de la Unión y las Comunidades al Convenio: “(la adhesión) entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de derechos humanos, en la medida que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario..., una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del art. 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”.

40. STEDH Matthews c. Reino Unido, de 18 de febrero de 1999, pág. 3

41. G. Rodríguez Iglesias y A. Valle Gálvez, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Rev. de Derecho Comunitario*, 1997, vol. 2, pág. 338; R. Alonso García, “Derechos fundamentales y Comunidades Europeas”, en *Estudios sobre la Constitución española*, homenaje al Prof. E. García de Enterría, vol. II, pág. 818.

42. Dictamen de 28 de marzo de 1996, “Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, *Rec.*, pág. 1759.

El derecho comunitario no podía permanecer ajeno a la lógica de la igualdad y la libertad. Así pues, la que había comenzado siendo incorporación jurisprudencial de los derechos debía ceder el paso, sin embargo, a una aceptación decidida por el constituyente comunitario de un marco jurídico de derechos fundamentales que, al tiempo que otorgase seguridad jurídica, pudiera coordinarse con un sistema integrado de protección de derechos y libertades, para finalmente quedar a él incorporado. Las opciones, como hemos visto, eran varias y los estímulos para que así se hiciese no dejaban de manifestarse por parte de las jurisdicciones internas y externas encargadas de proteger los derechos fundamentales⁴³.

La opción por la que se inclina el Consejo Europeo reunido en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999 era, sin duda, la más comprometida, pues se propone elaborar para el seno de la Unión una nueva Carta de derechos fundamentales. La intención de los Ministros, como en la propia resolución se afirmaba, no era otra que la de poner de manifiesto la importancia sobresaliente y el alcance de los mismos ante los ciudadanos de la Unión⁴⁴. Para tal fin el Consejo decidió constituir y convocar un órgano *ad hoc* en el que se integrasen tanto los represen-

43. El Tribunal Constitucional alemán volvería a recordar en el caso Maastricht la jurisprudencia sostenida en la Solange II: sólo en tanto en cuanto haya protección de derechos en el orden comunitario considerará el derecho comunitario derivado compatible con la Constitución (Sentencia de 12 de octubre de 1993). Con una evidente conexión de sentido debemos recordar que la aceptación de un orden superior de derechos y libertades era acogido por parte del TJCE sin reservas: "el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales...; cuando un Estado miembro invoca los arts. 56 y 66 para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales", STJCE de 18 de junio de 1991, caso ERT, asunto C-260-89, vol. I, pág. 2925. Recientemente, el TJCE ha vuelto a insistir en la obligación que tienen los Estados de garantizar los cuando aplican normas comunitarias: "Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria...", sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, considerando 37.

44. Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Humanos Fundamentales de la Unión Europea: "la salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance".

tantes de los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros, como parlamentarios del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales⁴⁵. Este órgano, denominado desde su creación como la “Convención”, inició sus trabajos el 17 de diciembre de 1999; el 2 de octubre de 2000 concluyó sus trabajos. La Carta de Derechos Fundamentales sería proclamada solemnemente por el Parlamento, la Comisión y el Consejo el 7 de diciembre de 2000⁴⁶.

Desde un punto de vista material la Carta representa una mejora cualitativa respecto de Tratados y Constituciones. Bajo la inspiración del principio de “indivisibilidad de derechos” tanto los derechos individuales, como los políticos y los sociales han sido integrados en la Carta bajo la misma acepción de derechos fundamentales. No es ajeno a este hecho el que a lo largo de todo el trabajo de la Convención tanto los Tratados clásicos como los más novedosos, entre otros la Carta Social Europea, hayan tenido el mismo nivel de influencia. Tampoco lo es la batalla librada por las organizaciones no gubernamentales y por los colectivos para la defensa de los derechos humanos que durante todo el debate y haciendo uso de las nuevas tecnologías, han presionado para que los derechos de tercera y cuarta generación ocupen plaza en una Carta que nace ya en pleno siglo XXI⁴⁷. Es así, pues, que en la Carta aparecerán recogidos como derechos de nuevo cuño los derechos de las personas mayores a una vida digna y a participar en la vida social y cultural, el derecho a la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho a la negociación y acción colectiva, el derecho a disponer de un servicio colectivo de colocación, el derecho a la protección en caso de despido injustificado, la prohibición del trabajo infantil y el derecho a la protección de los jóvenes en el trabajo, el derecho al permiso retribuido por embarazo, así como el derecho a la seguridad social y a los servicios sociales. En todo caso, la mayor

45. Fue en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, donde se concretaría la composición del órgano: 62 miembros de los cuales, 15 representantes de los Jefe de Estado o Gobierno de los Estados miembros, 1 representante de la Comisión, 16 diputados del Parlamento Europeo y treinta diputados de los Parlamentos nacionales. Asimismo, cuatro observadores: 2 por el TJCE y 2 por el Consejo de Europa, uno de ellos del TEDH.

46. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

47. El trabajo de la Convención fue público y publicitado. El Comité de Ministros decidió en Tampere crear una página web de libre acceso en la que, además de volcarse todos los documentos oficiales relativos a la elaboración de la Carta, se pudiese libremente remitir por parte de ciudadanos y colectivos todo tipo de aportaciones (<http://db.consilium.eu.int/df>). El día 15 de marzo de 2000 tuvo lugar en Bruselas, a instancias de la Convención, una audiencia pública en la que pudieron participar representantes de la sociedad civil europea. Como testigo y actor de aquella audiencia puedo mencionar las cuestiones que a mi juicio fueron las más reiteradas por las diferentes asociaciones participantes: la primera, la inclusión en la Carta de los derechos sociales; la segunda, la necesidad jurídica de incorporar el texto final a los Tratados.

aportación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea es hacer “visibles” los derechos y libertades que soportan la necesaria legitimidad de un derecho comunitario inserto en un espacio público europeo de libertad.

Otra opinión nos merece la redacción de las que han sido denominadas cláusulas horizontales, es decir, cómo el constituyente comunitario ha configurado la interacción de esta nueva Carta de derechos con el sistema jurídico completo e integrado que en Europa conforman Convenio y Constituciones. Respecto de la interacción con los sistemas jurídico estatales la Carta dispone la plena virtualidad de los derechos fundamentales comunitarios tanto a nivel originario como derivado. Al igual que los órganos de la Unión devienen obligados los Estados miembros a respetar y actualizar los derechos fundamentales cada vez que apliquen derecho comunitario. Cabe que nos cuestionemos si con ello el bloque de la constitucionalidad no queda ampliado, es decir, si al añadirse al conjunto de derechos y libertades constitucionales un nuevo núcleo de derechos no se amplía el marco constitucional de referencia. La interacción entre sistemas normativos, pensamos, no llega tan lejos como para considerar que tras la Carta se hay producido una implementación de derechos fundamentales a nivel interno. Otra cuestión será que al sujeto de los derechos se le presente una situación cuando menos compleja, pues será titular de unos u otros derechos fundamentales en función del sistema normativo que en cada caso se le aplique. En todo caso, corresponde a la jurisdicción comunitaria atenerse al contenido de los derechos comunes declarado por las instancias internas de control, a riesgo, de no hacer así, de provocar la reacción de las jurisdicciones supremas internas de protección de derechos. Éstas, de no encontrar en la jurisprudencia comunitaria un contenido similar para homólogos derechos, podrían arrogarse nuevamente la competencia para controlar constitucionalmente un derecho comunitario derivado que desconozca el contenido mínimo o esencial de los derechos coincidentes.

Ha sido el propio constituyente europeo, consciente del medio en el que se inserta la Carta, el que normativamente ha dispuesto las reglas que permitirán una comunicación fluida entre sistemas jurídicos presididos por el valor indivisible y universal de la dignidad humana: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los Convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”, art. 53 CDFUE. Ahora bien, la estructura

estatal sobre la que Europa descansa puede determinar –así lo ha reconocido el propio TEDH con el instituto del “margen de apreciación”– distintos contenidos para homologables derechos en el seno de todos y cada uno de los ordenes jurídicos estatales. Este hecho, conocido desde luego para el TJCE⁴⁸, hace imposible que una configuración comunitaria del contenido de cada derecho de la Carta, constitucionalmente homologable, recoja con exactitud todos y cada uno de los ámbitos de libertad que en cada Estado se reconozcan. Por esta razón, seguimos creyendo, como opción más razonable, dentro de un marco europeo integrado de protección de derechos y libertades, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos se erija en el mínimo común denominador y vértice de un sistema europeo complejo e integrado de derechos fundamentales. En este sentido, la relación que proponemos entre ambos sistemas normativos sería de naturaleza vertical y no horizontal. En la medida en que el sistema comunitario entrase a formar parte del orden público-constitucional europeo que con el Convenio se conforma, las jurisdicciones estatales –a este mismo sistema de mínimos subordinadas– no tendrían más remedio que aceptar la efectiva protección material que del contenido “europeo” de los derechos y libertades la Unión y las Comunidades dispensan⁴⁹. La Carta, sin embargo, ni afirma ni niega una futura o posible ratificación del Convenio por la UE. Asume, eso sí, la jurisprudencia del TEDH como canon mínimo a partir del cual interpretar los derechos de la Carta, lo que no es sino transposición de lo que ya venía ocurriendo vía jurisprudencia: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”, art. 53.3 CDFUE⁵⁰.

48. “...la introducción de criterios de apreciación particulares, dependientes de la jurisdicción o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al afectar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, tendría inexorablemente por efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad”, STJCE de 13 de diciembre de 1979, 44/79, caso Hauer, pág. 3744.

49. El grupo de expertos elegidos por la Comisión Europea para estudiar la relación entre derechos fundamentales y Unión Europea expondría en sus conclusiones: Por lo tanto, deben mantenerse las jurisdicciones claramente independientes del TJCE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como en el pasado debe ser competencia del TJCE analizar cuidadosamente las decisiones del TEDH e integrarlas en la legislación de la Unión Europea..., por supuesto, puede haber otras formas de salvaguardar la coherencia en el desarrollo de los derechos fundamentales a escala europea. Una de las opciones posibles sería un sistema que, mediante un mecanismo similar al del art. 234 del Tratado, permitiera al TJCE presentar cuestiones de interpretación ante el TEDH. También podría estudiarse convertir a este último en una instancia última de recurso....”. E informe se hizo público en febrero de 1999 y el grupo contaba entre otros con: J. Frowein, L. Martín Retortillo, A. Pizzorusso, J. Rosseto y S. Simitis como presidente.

Con todo, y por ir concluyendo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea parece que no duda en reconocer e incorporarse, si bien queriendo reservarse un margen considerable de autonomía, al orden jurídico común derechos que en Europa se conforma entre Convenio y Constituciones. Pero lo hace de forma imperfecta, pues al haber sido exclusivamente proclamada y no integrada en los Tratados constitutivos de la Unión, su eficacia jurídica no pasa de ser la de una mera declaración de principios y valores. Si a todo ello añadimos las exigencias procesales que rodean el acceso de los particulares a las instancias jurisdiccionales de la Unión, podemos afirmar que nos encontramos en el primer peldaño del camino que conduce a la efectiva incorporación de los derechos fundamentales en el único sistema jurídico europeo que hasta la fecha carece de una directa legitimación democrática. ¿Qué ocurriría si la Carta de Derechos de la Unión fuese sometida a referéndum entre todos los ciudadanos de la Unión? ¿Estaríamos, caso de salir ratificada, ante el primer documento constitucional de la Unión? Las posibles respuestas se me antojan estimulantes, su realización, políticamente lejana.

50. “El apartado 3 pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH sentando el principio de que, en la medida en que los derechos de la presente Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH. De ello resulta en particular que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del derecho comunitario y del TJCE. La referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. El sentido y alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del TEDH y por el TJCE. El objetivo de la última frase del apartado es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia”, del informe explicativo a la Carta, art. 53.3.