

**IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LA  
ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO  
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

---

## José Luis García Guerrero\*

**Resumen:** El artículo aborda el problema de la adhesión obligatoria al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de aquellos países que se adhirieron al Tratado de Lisboa, que celebra documento legal entre los países europeos que tratan de reemplazar la Constitución Europea que no se aplicó. El texto demuestra el origen histórico de la necesidad de vincular a los países con respecto al eje del constitucionalismo liberal y la cuestión relativa a las fuentes de los derechos porque no uno los países de los derechos humanos es automáticamente excedido los límites internos positivos, la apertura de los sistemas legales de los países fuentes extra positivos, lo que justifica aún más la creación de una ciudadanía europea.

**Palabras clave:** la Unión Europea; la ciudadanía europea; el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### 1 Introducción

Algunas dudas tuve, pese a las atinadas directrices emanadas por la organización, sobre el contenido de mi intervención. Finalmente me decanté por el seguimiento de las instrucciones recibidas pero tratando de facilitar, al tiempo, la comprensión del resto de intervenciones por parte del auditorio. Mi discurso se dividirá en dos bloques.

.....  
\* Es Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, donde trabaja desde 1986, obteniendo una plaza de profesor titular en 1995; actualmente y durante la mayor parte de los últimos veintisiete años ha sido responsable del Área de Derecho Constitucional en el campus de Albacete, que imparte su docencia en dos Grados y Tres Máster Universitarios, función que simultáneo en el campus de Cuenca, durante un quinquenio. También ha sido contratado como profesor de posgrado, en más de 38 ocasiones, por las Universidades Pontificia Católica de Lima, Baja California, Costa Rica, Tecnológica de El Salvador, Guayaquil, Habana y Ciego de Ávila. Ha impartido clases en el Tribunal Federal del Poder Electoral de México y en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Reggio Calabria. Ha dirigido tres Máster bianuales sobre los Derechos y libertades fundamentales y sus garantías en la Universidad Pontificia Católica Madre y Maestra de República Dominicana, codirigido otros dos Máster sobre distribución territorial del poder y Derecho Constitucional en la Universidad Gabriel René Moreno de Bolivia, así como un título de especialista en Derecho Constitucional de la República Dominicana por encargo del Alto Comisionado para la Reforma de la Justicia.

En el primero afrontaré, fundamentalmente, el sistema de fuentes del derecho, materia en que el derecho constitucional ha tomado el relevo del derecho civil; secundariamente y en directa relación me centraré en el estatuto de ciudadanía europeo con especial incidencia en lo referente a los derechos y libertades fundamentales.

## 2 El sistema de fuentes del derecho

Los organizadores nos preguntan a propósito de los motivos que llevaron a la Unión Europea a prever su adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Creo que esta prescripción contenida en el artículo 6.2 del Tratado de Lisboa responde a dos razones fundamentales, siendo la segunda de ellas la que se relaciona con el sistema de fuentes y una de las razones principales que origina que nos ocupemos de esta materia.

La primera razón es eminentemente política. El laborioso y prolongado proceso de construcción europea ha sido impulsado por dos corrientes ideológicas contrapuestas en cuanto a los objetivos a alcanzar. Una primera posición impulsa la creación de una amplia zona europea de libre comercio y circulación de capitales, servicios, mano de obra y mercancías. Una segunda posición persigue la creación de una Constitución Federal de los Estados Unidos de Europa. La construcción europea es el mínimo común denominador de ambas posiciones, los avances de los federalistas encuentran freno en los que quieren limitar la integración al ámbito económico. *Nihil novum sub sole*, la actual estructura europea se encuentra probablemente a caballo entre una confederación de estados y un estado federal, más cerca, en mi opinión, de esta segunda forma política y su consecución sufre los mismos conflictos y luchas *mutatis mutandis* que mantuvieron los republicanos y los federalistas en la constitución de los Estados Unidos de América.

Esta Constitución federal europea se integraría en el tronco del constitucionalismo liberal europeo, sería lo que técnicamente denominamos una constitución racional-normativa. Estas Normas Fundamentales, en el estadio histórico y cultural en el que nos movemos, se caracterizan por incluir como valor nuclear del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona y los derechos inviolables que les son inherentes, esto es, una carta de Derechos y Libertades fundamentales. La limitación y separación del poder y el principio democrático están a su servicio. Probablemente por esta razón, la corriente ideológica europea favorable a una Constitución Federal Europea ha conseguido incluir el artículo 6.1 en el Tratado de Lisboa, donde se reconoce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea con idéntico valor a los Tratados de la Unión Europea, al tiempo, que en el apartado segundo del mismo artículo se adquiere el compromiso de la Unión de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el momento en que se alcance este objetivo la Unión estará más cerca de una constitución federal, contendrá una carta de derechos y está se someterá a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo, situándose en la misma posición que cada uno de los estados de la Unión: una constitución con catálogo

de derechos – en el caso de la Unión con igual eficacia jurídica que los Tratados constitutivos – y aceptación de la jurisdicción de Estrasburgo como consecuencia de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La segunda razón del compromiso de la Unión en adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos es un problema relacionado con las fuentes del Derecho. Concretamente al conflicto que se generó entre el principio de primacía del derecho comunitario y el principio de supremacía de las Constituciones de los estados miembros de la Unión o lo que para mí es un conflicto entre el principio de competencia *versus* el principio de jerarquía normativa. La explicación de este conflicto requiere estudiar el complejo sistema de fuentes del ordenamiento comunitario y su correcta articulación con los ordenamientos de los estados miembros; aprovecharemos el análisis de las fuentes para explicar con claridad nuestro estatuto jurídico en materia de los derechos y libertades fundamentales en cuanto españoles y en cuanto europeos.

El ordenamiento jurídico español, como los demás de su entorno, es el conjunto integrado de normas de nuestro sistema jurídico. No es una mera yuxtaposición, *totum revolutum* o simple amontonamiento de disposiciones y reglas sino que es un todo ordenado y estructurado, principalmente, conforme a los principios de jerarquía normativa y competencia. El principio *lex posterior derogat anterior* complementa a los anteriores. El principio de jerarquía normativa supone la admisión del ordenamiento como un todo estructurado a partir de una norma fundamental de la que las demás son desarrollo o consecuencia. Conforme a este principio las normas se dividen en superiores e inferiores, primarias y secundarias, en razón de la posición y dependencia del órgano político del que proceden. Las normas inferiores o secundarias son establecidas de acuerdo con las previsiones contenidas en las normas superiores o primarias y su contenido no puede contrariar al de aquéllas, en caso de contenido contradictorio prevalece lo establecido en la norma superior. El conflicto normativo se resuelve afirmando la prevalencia de la norma superior.

La vieja y ya superada contraposición entre los principios monárquico y democrático sigue, pese a la derrota del primero, impregnando numerosas instituciones y conceptos jurídicos. El principio de jerarquía normativa mantiene todavía residuos de esta vieja contraposición, especialmente adherencias que lo identifican como algo conservador, retrogrado o autoritario. Esto podía ser cierto en un contexto de dominio del principio monárquico, donde la soberanía la detentaba el Rey. En cambio hoy, una vez afirmada la prevalencia del principio democrático, esas adherencias han perdido todo su fundamento. El principio de jerarquía normativa es moderno, plural, progresista, en la medida en que es la máxima expresión de la soberanía popular, la garantía del ejercicio por el pueblo del poder. La jerarquía normativa de una norma está en directa relación con el grado de soberanía popular que la misma expresa en su proceso de elaboración. Cuanta más expresión de la voluntad popular se contiene en una norma durante su proceso de elaboración más jerarquía normativa tiene el precepto en cuestión.

A mayor legitimidad democrática más jerarquía normativa. Esta es la principal razón que explica la superioridad de la Constitución sobre la ley y de ésta sobre el reglamento, conforme al principio de jerarquía normativa. El otro gran argumento es que la Constitución es obra del poder constituyente y, por tanto, se impone sobre la ley, que es creación del Parlamento, uno de los poderes constituidos. Se produce así el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, la máxima norma del ordenamiento jurídico no es la ley sino la Constitución. La jerarquía normativa de la Constitución expresa la mayor legitimidad democrática que esta norma tiene gracias a un procedimiento de elaboración en el que intervienen asambleas parlamentarias especiales dotadas de poder constituyente, los mayores quórumes exigidos para su aprobación y, finalmente, la intervención del pueblo a través del referéndum de ratificación de la Norma Fundamental. Así lo dispone expresamente la Constitución, con toda claridad en su artículo 9.1: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”; posteriormente, entre otros preceptos, lo reitera en la disposición derogatoria, apartado tercero, o en el Título IX, donde se atribuye al Tribunal Constitucional la garantía de esta jerarquía normativa especialmente en el artículo 161.

La segunda manifestación del principio de jerarquía normativa es la superioridad de la ley sobre el reglamento. De todo tipo de leyes sobre toda clase de reglamentos. Tanto de las leyes elaboradas por el gobierno, con la previa o posterior intervención parlamentaria, decretos legislativos y decretos leyes; como, incluso, sobre las leyes cualificadas por su mayor plus de legitimidad democrática fruto de procedimiento especiales de elaboración y quórumes reforzados. Todas las leyes tendrían el mismo rango jerárquico, la misma jerarquía normativa, incluso, la leyes orgánicas que aprueban los estatutos de autonomía – intervención de los parlamentos autonómicos, referéndum autonómico, procedimiento paccionado en su aprobación, mayoría absoluta en el Congreso en la votación final de la misma –, las leyes orgánicas que aprueban tratados internacionales – transfiriendo competencias legislativas, ejecutivas y judiciales y con una peculiar fuerza pasiva frente a otras leyes – u otras leyes orgánicas – aprobación en el Congreso por mayoría absoluta.

Estas leyes que expresan, sin duda, una mayor legitimidad democrática se encuentran al mismo nivel jerárquico por la modulación que introduce el principio de competencia, como más adelante, tendré ocasión de reseñar. Y se sitúan, por tanto, en la misma posición que los innumerables tipos de leyes que hoy conoce nuestro ordenamiento al haber desaparecido un concepto unívoco de ley. Así, las leyes del segundo tipo de tratados internacionales – entre otras las relativas a derechos y libertades –, las leyes ordinarias, las leyes de presupuestos, de transferencia, de delegación, de bases, entre otras. La superioridad de la ley sobre el reglamento descansa en el mayor plus de legitimidad democrática que tiene la ley respecto al reglamento en las formas de gobierno parlamentario. Las Cortes Generales tienen legitimidad democrática directa pues sus titulares son elegidos directamente por el pueblo, en cambio, el gobierno tiene una legitimidad democrática indirecta de primer

grado, pues es elegido por el parlamento y sólo mediatamente por el pueblo, titular de la soberanía popular. La otra importante razón de la superioridad de la ley sobre el reglamento se fundamenta en el procedimiento de elaboración de las leyes, a través de procesos públicos y transparentes – que permiten conocer la posición de nuestros representantes –, reflexionados – con un proceso dilatado en el tiempo por la larga tramitación parlamentaria –, racionales – los que surgen del debate y de la confrontación de argumentos –, y democráticos – ya sea conforme a la regla de la mayoría y la minoría o del consenso –; en definitiva, la garantía de la norma producida en sede parlamentaria frente a la elaborada por el gobierno. Así lo dispone claramente la Constitución en su artículo 97 cuando establece que el gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

El principio de jerarquía normativa también juega en el seno de los reglamentos para expresar el mayor plus de legitimidad democrática de los órganos superiores del gobierno frente a los inferiores – recordemos que el presidente de gobierno es nombrado por el Congreso de los Diputados y éste elige a sus ministros y éstos a los órganos gubernamentales inferiores –. El artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado sancionaba la siguiente jerarquía reglamentaria: Decretos, órdenes acordadas por las comisiones delegadas del gobierno, órdenes ministeriales, disposiciones de autoridades y órganos inferiores. No obstante, entre las normas reglamentarias sucede a veces lo mismo que entre las leyes: un mayor plus de legitimidad democrática no supone siempre una mayor jerarquía, pues este principio debe cohererarse con el principio de competencia; especialmente tras la aprobación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo artículo 25 relaciona los distintos tipos de reglamento conforme a los principios de jerarquía normativa y competencia.

El otro gran principio estructurador del ordenamiento jurídico es el principio de competencia, como ya reseñamos. Como nos relata Luis María Díez Picazo, su aparición se sitúa en Italia a finales del siglo XIX o principios del XX. Conforme a este principio cada tipo de norma tiene atribuida o, mejor aún, reservada una determinada materia o ámbito de regulación cuyo dominio no puede ser invadido por otra norma. En estos casos no se produce un problema de contradicción entre normas sino de ocupación. Una norma ocupa el espacio material reservado a otra, dos reglas jurídicas de tipo diferente regulan la misma materia. No hay un conflicto de contradicción sino de ocupación. Aquí no cede la norma inferior o secundaria frente a la superior o primaria, puesto que no se admite la ordenación del sistema jurídico conforme a los criterios de supra y subordinación sino conforme al principio de separación, por esta razón no cede la norma dictada por el órgano inferior sino por el órgano incompetente.

La coherencia y unidad del ordenamiento jurídico se asegura a través de estos principios y resulta reforzada por la superioridad material y formal de la Constitución y porque ésta, además, contiene las condiciones de validez y de comprensión del resto de normas del ordenamiento jurídico. La superioridad material de la Constitución implica que el resto de normas del ordenamiento jurídico no pueden contradecir su

contenido. La superioridad formal significa que impone al resto del ordenamiento el sistema mediante el que deben elaborarse las normas jurídicas. La Norma Fundamental establece las condiciones de validez de las demás reglas jurídicas, éstas sólo forman parte del ordenamiento en la medida en que hayan sido elaboradas por el órgano pertinente establecido en la Constitución, actuando dentro de sus competencias y conforme al procedimiento prescrito – las normas preconstitucionales deben respetar la superioridad material pero no la formal. Finalmente, la Constitución establece las condiciones de comprensión del ordenamiento, esto es, éste tiene que interpretarse de conformidad con los valores y principios contenidos en la Norma suprema, el ordenamiento no sólo es presidido por la Norma fundamental, sino reestructurado e informado por la misma.

Presupuesto lo anterior, ya se está en condiciones de comprender el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, probablemente el más complejo de los conocidos hasta la fecha. A estos efectos puede ser muy ilustrativa la pirámide de las fuentes del derecho, popularizada por Kelsen y creada por Merkl, con algún matiz. En la pirámide central española tendríamos cuatro niveles, la cúspide donde se sitúan las Constitución, las normas de reforma constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. En el segundo, situaríamos a los múltiples y diferentes tipos de leyes, todas ellas en el mismo nivel jerárquico, por debajo de la Constitución y por encima del reglamento. Aunque algunas de ellas expresen una mayor legitimidad democrática, como se ha visto en el caso de los estatutos de autonomía, tratados internacionales o restantes leyes orgánicas, no se diferencian jerárquicamente entre sí debido a la modulación que introduce el principio de competencia. La ley aplicable se determina por el principio de competencia no de jerarquía, debido a que cada una de estas normas tiene atribuida o, si se prefiere, reservada una determinada materia. Lo mismo sucede en el tercer nivel, todas las normas reglamentarias se sitúan en el mismo nivel jerárquico, por debajo de la ley y por encima de las normas de derecho privado; también aquí, en el seno de los reglamentos, en algunos casos, el principio de jerarquía normativa es modulado por el de competencia. Finalmente, yo incluyo en un cuarto nivel al derecho privado, que aunque es emanación del principio de la autonomía de la voluntad se encuentra sometido a los tres niveles: Constitución, ley y reglamento. Hoy, en un estado constitucional de derecho, debe resultar pacífico que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por los tres niveles de normas públicas en la medida que sus creadores hayan determinado; siempre, claro está que estas restricciones no impidan alcanzar los objetivos para los que se confirió la autonomía de la voluntad.

En estados compuestos como el español, concretamente dentro del modelo autonómico, a la izquierda de la pirámide de Merkl situaríamos una segunda encabezada en su primer nivel por el estatuto de autonomía, en el segundo se ubicarían las leyes autonómicas, en el tercero los reglamentos aprobados por el ejecutivo de la comunidad y en el cuarto las normas de derecho privado siempre que presentaran especialidades territoriales. Los diferentes niveles se relacionan, como en el caso

anterior, por el principio de jerarquía normativa, las modulaciones introducidas por el principio de competencia entre las leyes o los reglamentos son menores en este caso. Este conjunto de normas no es un ordenamiento en sentido estricto porque las Comunidades Autónomas carecen de poder constituyente propio y porque la norma que las encabeza es formalmente – otra cosa sería su definición material – una ley orgánica nacional: el estatuto de autonomía; que, como he reseñado, procede del segundo nivel de la pirámide nacional, el compuesto por las leyes. Por tanto, se trata de un subordenamiento o mejor aún de diecisiete subordenamientos que se relacionan con el central conforme al principio de competencia; cuando una norma estatal y un autonómica regulan la misma materia se aplica la dictada por el órgano competente. En los estados federales se presupone un poder constituyente de las entidades regionales, en consecuencia, la norma que encabeza la pirámide es una norma constitucional y esto supone que estos sistemas jurídicos hay un ordenamiento central y tantos ordenamientos como entes territoriales; las relaciones se basan también en el principio de competencia.

A una figurada derecha de la pirámide del ordenamiento español ubicaríamos la de la Unión Europea. A su cabeza se situarían los sucesivos Tratados Constitutivos de la Unión Europea, sería el equivalente a las normas constitucionales. Su condición de derecho primario, capaz de crear derecho derivado, origina que se genere un ordenamiento propio. Entre el derecho derivado surgido de los Tratados y elaborado por la Unión están las directivas y los reglamentos, que ocupan el segundo escalón. En el tercero se colocarían las decisiones, recomendaciones, actos atípicos y otras normas. Los Tratados de la Unión son adoptados por España a través del primer tipo de tratados internacionales previstos en nuestra Constitución, concretamente por el artículo 93, que permite transferir a una organización o institución internacional competencias legislativas, ejecutivas y judiciales mediante ley orgánica, esto es, nuestra vinculación con el ordenamiento europeo proviene, al igual que los subordenamientos autonómicos, de una norma del segundo nivel de la pirámide del ordenamiento nacional, concretamente, de una ley orgánica. La transferencia de competencias legislativas y judiciales en el tratado – derecho primario – explica que la Unión pueda crear normas legislativas – derecho derivado – y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea la máxima instancia jurisdiccional en el derecho europeo.

Para aclarar este complejo sistema de fuentes sólo falta pronunciarse sobre las relaciones entre la pirámide del ordenamiento español y la de la Unión Europea. No lo hago, todavía, porque precisamente este es el problema de fuentes que se originó cuando el Tribunal de Justicia afirmó la primacía del derecho de la Unión sobre el de los estados miembros, incluidas las normas constitucionales e, incluso, aquellas de éstas relativas a derechos y libertades fundamentales. La argumentación de la sentencia del Tribunal descansaba en la propia naturaleza del derecho de la Unión; la idea básica consiste en que una vez que los estados miembros han cedido parte

de sus competencias a la Unión, la actuación de ésta ha de ser uniforme y no puede verse condicionada o limitada por una norma o decisión de uno de ellos.

Frente a este pronunciamiento se produce lo que ha venido en denominarse la rebelión de los Tribunales Constitucionales o, en forma eufemística, el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión y los Tribunales Constitucionales alemán e italiano. El español en la STC 64/1991 (caso Apesco) parece también adherirse a la posición de sus homólogos en Alemania e Italia. Los tribunales constitucionales citados no aceptan la primacía del derecho comunitario sobre las normas constitucionales, especialmente sobre las referidas a derechos y libertades fundamentales. Entienden que el conjunto de competencias transferidas por los estados miembros a la Unión no suponen una cesión de soberanía de cada uno de ellos sino límites a la misma. No consideran aceptable el déficit democrático de las instituciones comunitarias y tampoco que el ordenamiento comunitario no recoja los valores, principios y derechos fundamentales que presiden los ordenamientos de los diferentes estados de la Unión.

La respuesta a corto plazo del Tribunal de Justicia de Luxemburgo fue adoptar como principios del ordenamiento jurídico de la Unión, que deben respetarse, los derechos y libertades fundamentales contenidos en las constituciones de los estados miembros que forman una especie de patrimonio jurídico común.

Cuando terminé el estudio del sistema de fuentes español dije que no era el momento de pronunciarme sobre las relaciones entre dos de las tres pirámides del ordenamiento, esto es, entre la pirámide del ordenamiento español y el de la Unión. Ahora, tras la insatisfactoria respuesta del Tribunal de Justicia al problema de fuentes estimo que si corresponde ocuparse de la cuestión. Yo, creo que no se trata de articular los ordenamientos nacionales con el de la Unión, como señala recientemente nuestro Tribunal Constitucional (DTC 001/2004), con lo que viene a presumir la existencia de dos ordenamientos diferentes. Creo que sólo hay un ordenamiento jurídico: el de la Unión Europea; eso sí, extraordinariamente complejo. Ese ordenamiento central, que sitúa en su cabeza a los sucesivos Tratados Internacionales constitutivos de la Unión, cuenta, además, con tantos ordenamientos nacionales como estados miembros existen. Cuando el estado miembro es unitario, como el francés, no hay mayor complejidad. En cambio, en los estados compuestos, ocupándome ahora de la relación entre las tres pirámides, caben dos posibilidades: en los estados federales hay, además, tantos ordenamientos, con una constitución a su frente, como entes regionales federales. En los estados regionales o autonómicos, como el español, habría, asimismo, tantos subordenamientos como comunidades autónomas, con un estatuto a su frente que formalmente es una ley orgánica, segundo escalón de la pirámide de Merkl.

Los ordenamientos de los estados miembros se integran en el de la Unión mediante un tipo especial de Tratado internacional – transferencia de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales –, norma con rango de ley, situada en la pirámide de Merkl en el segundo escalón, justo por debajo de la Constitución y por encima del reglamento.

Incluso, una vez aclarado que sólo hay un ordenamiento subsiste para cualquier jurista el problema de qué norma debe aplicar cuando se encuentra con dos que regulan de forma diferente la misma situación y una es de la Unión y la otra de un estado miembro. La solución no puede ser que prima, sin más, la norma comunitaria por su efecto directo – obligatoriedad para cualquier juez o tribunal de aplicar la norma de la Unión – para garantizar la aplicación uniforme del derecho de la Unión. Y mucho menos si por primacía se entiende además que la norma europea se sitúa jerárquicamente por encima de la norma constitucional de un estado – y alguna adherencia tiene el término primacía en este sentido –. La norma de la Unión no puede emplear el principio de jerarquía normativa porque no expresa, al menos jurídicamente, ninguna voluntad popular europea. En cambio, la norma del estado miembro puede incluso llegar a ser la máxima expresión de la voluntad popular del pueblo de ese estado cuando se trata de un precepto constitucional, lo que constituye un formidable obstáculo para un juez nacional a la hora de aplicar la norma europea e inaplicar la nacional. La cuestión es idéntica a la que surgió, y ya relatamos, en España con las leyes y los reglamentos. No hay relación jerárquica entre éstas y estos, incluso en los supuestos en que algunas leyes y reglamentos expresan mayor voluntad popular que otras y otros. Y no la hay porque su relación es modulada por el principio de competencia que entra también en juego en este ámbito. Sirviendo, por tanto, para integrar preceptos de un mismo ordenamiento y no sólo de un ordenamiento con otro ordenamiento o subordenamiento.

### **3 El estatuto de ciudadanía europeo**

La Unión Europea debió emplear el principio de competencia, que es en realidad el que opera cuando una norma europea y otra estatal regulan de forma diferente una misma cuestión. La utilización del principio de primacía tiene una adherencia autoritaria, impropia en nuestro tiempo, del principio de jerarquía normativa tal y como lo he conceptualizado al estudiar las fuentes. Su incorrecto entendimiento es incompatible con la soberanía popular y con el principio democrático. Cuando un juez se encuentra con el problema relatado debe analizar si la norma de la Unión ha sido efectivamente dictada en uso de una competencia cedida por los estados miembros a la Unión y si así fuera entonces sí tendría efecto directo y sí sería la norma aplicable en detrimento de la nacional y eso es así aunque ésta fuera de rango constitucional. Con este entendimiento no se pone en cuestión la obvia supremacía de las normas constitucionales ni el principio democrático. Es cierto que algo de primacía hay en las normas europeas, aunque sólo sea porque el Tribunal que tiene la última palabra para decidir cuando una norma de la Unión ha sido dictada dentro de las competencias transferidas es, precisamente, el de Luxemburgo – integrante del orden europeo –, pero eso no es distinto a lo que sucede en los estados federales, donde a ese orden federal pertenece también el tribunal que tiene la última palabra y no por esto se duda de que estemos ante el principio de competencia. La primacía no puede entenderse

como jerarquía normativa en ningún caso porque las normas de la Unión no expresan un mayor plus de voluntad popular, esto es, no tienen mayor legitimidad democrática y porque la supremacía constitucional descansa en que este tipo de normas son obra del poder constituyente, en cambio, la normas primarias de la Unión son fruto de poderes constituidos; concretamente, las normas primarias son elaboradas por los parlamentos de los estados miembros mediante un tipo de ley singular: los tratados internacionales constitutivos de la Unión, mientras que las otras normas son derecho derivado de la Unión fruto de la competencia legislativa o ejecutiva que los diferentes estados miembros transfirieron en el tratado internacional. Finalmente, la primacía no puede nunca equipararse a jerarquía porque cualquier Estado de la Unión puede, teóricamente abandonarla, denunciado el tratado internacional y consiguiendo, así, la no aplicación de la norma europea. En consecuencia, la única forma de lograr el efecto directo y garantizar la aplicación uniforme del derecho de la Unión es acudir al principio de competencia.

Se acaba de exponer la insatisfactoria respuesta del Tribunal de Luxemburgo a la rebelión de los tribunales constitucionales y la que yo considero adecuada. No obstante, la Unión dio también una respuesta en el largo plazo. Ésta consistió en una reforma de sus Tratados constitutivos en orden a superar las objeciones de fondo de los tribunales constitucionales. La respuesta se contenía en el Tratado para la Constitución Europea pero tras su fracaso, por los referéndums francés y holandés, la misma se incorporó al Tratado de Lisboa de 2007; básicamente consistió en corregir parcialmente el déficit democrático de la Unión, digo parcialmente porque conseguirlo totalmente, esto es, conseguir legitimidad democrática de origen y de ejercicio sólo se puede lograr mediante una constitución federal. Al mismo tiempo la Unión adoptaba como principios propios de su ordenamiento los contenidos en la mayor parte de las constituciones de los estados miembros: igualdad, libertad, dignidad humana, principio democrático, entre otros. Finalmente, la Unión adoptaba, mediante la fórmula de tratado internacional, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme a su redacción de 2007, la dotaba de la misma eficacia jurídica que los Tratados constitutivos de la Unión y se comprometía a adherirse al Convenio Europeo de Derecho Humanos. Lo que implica que en materia de derechos fundamentales tras la resolución del Tribunal de Luxemburgo cabe un posterior recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, ahora sí se salvaguardan los derechos fundamentales, patrimonio jurídico común de los ciudadanos europeos, en la misma medida por los ordenamientos internos y por el ordenamiento de la Unión. En esta materia cabe recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, tanto frente a la resolución de un tribunal constitucional nacional como frente a la del Tribunal de Justicia de la Unión europea

Como señalaba al principio de mi intervención un problema de fuentes había llevado a la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. Y son también las fuentes las que nos aclaran, como también indique, cuál es nuestro estatuto jurídico en materia de derechos fundamentales en cuanto españoles y en cuanto europeos.

Como ciudadanos españoles disfrutamos de los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Sección I del Capítulo II del Título I y de los derechos y libertades constitucionales que se recogen en el resto del Título I, muy especialmente en su Capítulo II. No obstante, otros importantes derechos constitucionales se recogen en el Título preliminar, la lengua por ejemplo, y en otros títulos de la parte orgánica de la Constitución, como la justicia gratuita. Su salvaguardia interna descansa en un importante elenco de garantías institucionales, normativas y jurisdiccionales. Su protección internacional se garantiza, una vez agotados los recursos internos, por la adhesión que España realizó al Convenio Europeo de Derechos Humanos utilizando el segundo tipo de tratados internacionales previstos en nuestra Constitución (artículo 94.1.c); lo que supone someternos a la jurisdicción internacional del Tribunal de Estrasburgo. Obviamente, la existencia de dos catálogos de derechos y dos Tribunales genera dificultades de integración de los derechos. A la disminución de los problemas ayuda la correspondencia básica entre ambos catálogos de derechos; la concepción del Convenio de Roma como un derecho de mínimos; la posición de Tribunal de Estrasburgo de dejar en materia de derechos un margen de apreciación a los estados signatarios del tratado; la obligatoriedad de interpretar los derechos y libertades conforme a los tratados y convenios internacionales suscritos por España, conforme establece el artículo 10.2 de nuestra Constitución; y, finalmente, sin ánimo exhaustivo, la determinación del alcance último de un derecho corresponde al Tribunal Constitucional. Las mayores dificultades surgen por la obvia resistencia del tribunal internacional en reconocer la competencia del tribunal constitucional en la determinación última del contenido de un derecho y, fundamentalmente, porque los mayores problemas en materia de derechos se plantean en caso de conflictos entre estos o con otros bienes, principios y valores constitucionales. En estos casos se acude a una ponderación que determina la concordancia práctica del caso concreto; pero, aunque las reglas de la ponderación son básicamente las mismas, es relativamente fácil que se haga una diferente ponderación por la instancia nacional y la internacional.

Los españoles, como ciudadanos europeos, disfrutamos de otro estatuto en materia de derechos, fruto de la adhesión a la Unión Europea mediante el primer tipo de tratado internacional previsto en el artículo 93 de nuestra Constitución. Sin ánimo de exhaustividad, voy a reseñar alguno de los derechos que comprende, diferenciando antes del Tratado de Lisboa y después. Antes de la última modificación de los Tratados europeos destacaba la adopción, como ya dije, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos fundamentales, patrimonio jurídico común de los ciudadanos europeos, como principio inspirador de su ordenamiento jurídico. Mayor importancia cobraban los derechos económicos, entre otros la libertad de empresa y la propiedad privada, y los instrumentales de los económicos, especialmente la libertad de circulación y residencia. A su vez, este último derecho abría la puerta, como sucede en la mayor parte de los ordenamientos, a un importante elenco de derechos sociales. También quiero destacar el reconocimiento de los derechos

políticos al sufragio activo y pasivo – lo que originó la primera reforma constitucional española para adecuarse a los Tratados de Unión – en las elecciones municipales y europeas. Finalmente, una referencia al derecho de petición y a la creación de un defensor del pueblo europeo.

Si antes del Tratado de Lisboa de dos mil siete ya podía hablarse de un estatuto de ciudadanía europea, tras su ratificación, éste se ha visto revolucionariamente ampliado, especialmente en el campo de los derechos y libertades fundamentales. El artículo sexto, en su apartado primero, de este tratado reconoce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) conforme a su redacción de 12 de diciembre de 2007 y le otorga la misma eficacia que a los Tratados constitutivos de la Unión. El apartado segundo anuncia la adhesión europea al Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y el apartado tercero incorpora como principio de su ordenamiento los derechos fundamentales reconocidos en el citado Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión contiene un amplio elenco de derechos y libertades fundamentales en sus seis primeros títulos, con un total de cincuenta artículos, básicamente derechos de libertad, políticos y sociales. Especial relieve cobra el título quinto dedicado específicamente a la ciudadanía europea, donde, frente a los anteriormente recogidos, destaca la protección diplomática y consular a todo ciudadano de la Unión fuera de este territorio cuando su estado carezca de legación propia; que, aunque ya estaba reconocido, resulta especialmente reforzado por la creación de un verdadero sistema diplomático europeo, en muchos casos de mayor despliegue que el de los estados miembros. En menor medida, destacan el derecho a la buena administración o el acceso a documentos.

El amplio elenco de derechos fundamentales contenidos en la Carta incluye algunas deficiencias en mi opinión. La primera es la creencia, cada vez más generalizada, que no hay nada mejor que ser conceptuado como derecho fundamental, de lo que se colige que cuantos más derechos se proclamen mejor para los ciudadanos. Estimo que es un criterio equivocado porque la cantidad empeora la calidad, la proclamación como fundamentales de simples derechos diluye la efectividad y protección de los que realmente tienen este carácter. Creo que los restantes defectos que contiene la Carta son también atribuibles a las corrientes jurídicas imperantes. La concreción como derecho de los valores vida e igualdad tienen sentido para garantizar la protección de estos bienes, pero es más discutible en valores como la dignidad, donde su amplitud puede servir para cercenar otros derechos al realizar la correspondiente concordancia práctica. Así ha sucedido estos días, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión se ha apoyado en el derecho a la dignidad humana para limitar la inscripción de patentes fruto de investigaciones sobre células madre provenientes de embriones humanos. En otros casos se consagran como fundamentales derechos difusos o de colectivos que, en realidad, serán derechos o mandatos a los poderes públicos, porque estimo que un derecho fundamental es por definición subjetivo, esto es, de un individuo; en difícil situación quedará el interprete cuando pondere un derecho

colectivo frente a otro individual si los dos han sido equívocamente conceptuados como fundamentales. En otros casos se consagran como fundamentales derechos sociales o de prestación que, como se sabe, requiere no sólo de una voluntad política a su rendimiento sino de una cierta capacidad presupuestaria; mejor hubiera sido definirlos como simples derechos, pues no creo que su fundamentalidad pueda quedar a expensas de la disponibilidad económica.

## 4 Conclusiones

Esa crítica se ha realizado aquí con el único objeto de prevenir ciertos problemas que surgirán a la hora de articular las tres declaraciones de derechos que son objeto de disfrute por los españoles: la de la Constitución española, la del Convenio de Roma y la de la Carta de la Unión Europea. En este sentido quiero introducir algunas precisiones sobre la convivencia de estas tres declaraciones de derechos, sin perjuicio de remitirme *mutatis mutandis* a lo que ya dije a propósito de la convivencia entre la declaración española y la del Convenio de Derechos Humanos. La Carta de la Unión se limita únicamente a la aplicación del derecho europeo por organizaciones, órganos e instituciones internas o cuando las autoridades de un estado miembro aplican el derecho de la Unión (Art. 51 CDFUE).

Cuando los derechos de la Unión sean coincidentes con los del Convenio de Roma su contenido vendrá determinado por éste, sin perjuicio que la Unión incremente su protección. Los derechos de la Unión serán interpretados de conformidad con lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo, que es exactamente lo que sucede con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española por obra del artículo 10.2, lo que, indudablemente, facilita la integración de los tres sistemas. Los derechos de la Unión son un mínimo respecto a los ordenamientos nacionales, al igual que sucede con los contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los derechos de la Unión se interpretan de conformidad con las tradiciones constitucionales europeas en la medida en que haya derechos coincidentes. Nuestro Tribunal Constitucional, en su ya citada Declaración, ha señalado que la articulación del ordenamiento nacional con el de la Unión presentará problemas como ya sucede con la articulación con el Convenio de Roma. Yo estimo que habrá problemas adicionales como he indicado al criticar el amplio elenco que contiene la Carta de la Unión. Su amplitud obligará a ponderar derechos que en España no entran en conflicto con la categoría de fundamentales porque no han sido reconocidos como tales.

La declaración contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es más reducida y ajustada a nuestra Constitución, podría replicarse que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha ampliado los derechos, pero no es exactamente lo mismo una Carta que una resolución jurisdiccional que, obviamente, está en continua evolución. El resto de críticas aventuran nuevos problemas como la conceptualización como derecho fundamental de derechos difusos, colectivos o concreciones de valores como la dignidad.

Dos últimas consideraciones. La Carta de la Unión sigue la tradición constitucional alemana y, por recepción española, cuando establece que la introducción de límites a los derechos requiere ser establecida por ley y que ésta deberá respetar el contenido esencial del derecho. Igualmente sigue a la práctica jurídica tradicional cuando exige que la restricción debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad; no obstante introduce una causa de limitación de los derechos que no es tan tradicional y cuya indeterminación devalúa a los derechos y entraña inseguridad jurídica, me refiero a que se pueden introducir límites a los derechos por “objetivos de interés general reconocidos por la Unión (Art. 52.1 CDFUE).

Como última consideración quisiera destacar que es el derecho de residencia el que habilita el acceso a los derechos sociales de crédito o prestación. Actualmente en España un ciudadano de la Unión no español tiene más derechos sociales en cuanto extranjero que como nacional de un estado miembro. El ordenamiento jurídico español es bastante más generoso que el ordenamiento de la Unión porque, como ha puesto de relieve Tomás de la Quadra (2009) al comparar la ciudadanía estadounidense, la europea y la española, el derecho fundamental de residencia en Europa es sometido a importantes restricciones en cuanto pórtico de acceso a los derechos sociales y aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha suavizado ligeramente estas limitaciones sigue siendo cierta la afirmación que encabeza este párrafo. La ciudadanía española se sitúa en cuanto a fortaleza en un punto intermedio entre la estadounidense y la europea, con toda seguridad porque los derechos sociales en el país americano son sustancialmente menores que en los europeos, pero eso no invalida el contrasentido de que un ciudadano de la Unión tenga en España más derechos como extranjero que como miembro de una país de la Unión.

Por último, espero que la interpretación por el Tribunal de Justicia de la reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ayude a paliar este contrasentido y facilite el acceso a los derechos sociales; mayores dudas me suscita la actuación que en este campo pueda hacer el Tribunal de Estrasburgo cuando finalmente la Unión se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA AO CONVÊNIO EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

**Resumo:** O artigo aborda o problema da obrigatoriedade de adesão ao Convênio Europeu de Direitos Humanos por aqueles países que aderiram ao Tratado de Lisboa, documento jurídico celebrado entre os países europeus que busca substituir a Constituição Europeia que não foi implementada. O texto demonstra a origem histórica da necessidade de vinculação dos países ao eixo liberal do constitucionalismo e a questão relacionada às fontes dos direitos, pois, existindo vinculação dos países aos direitos humanos, ficam automaticamente ultrapassados os limites positivos internos,

abrindo os ordenamentos jurídicos dos países a fontes extrapositivas, justificando, ainda, a criação de uma cidadania europeia.

**Palavras-chave:** União Europeia; cidadania europeia; Convenção Europeia de Direitos Humanos.

## Referencias

- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 87, 2009.
- DE OTTO PARDO, I. *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*. Barcelona: Ariel, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de derecho administrativo*. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993.
- GARCÍA GUERRERO, J. L. Integración y reforma constitucional. In: GARCÍA GUERRERO, J. L. *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*. Santo Domingo: Senado de la República Dominicana, 2005.
- LÓPEZ CASTILLO, A. *Constitución e integración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- LÓPEZ GARRIDO, D. *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*. Madrid, 1986.
- MASSÓ GARROTE, M. Un análisis conceptual y material de la ciudadanía europea en el Tratado de la Comunidad Europea. *Estado&Direito*, n. 19-20, 1997.
- PÉREZ ROYO, J. *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1988.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á. Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 33, 1991.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea. *Revista de Estudios Políticos*, n. 90, 1995.