

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA: LAS PRINCIPALES CARENCIAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO\*

SUMARIO: I. Medio siglo de evolución constitucional de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. II. El proyecto de Constitución en clave de Derechos Fundamentales: A) La relación de los valores y los objetivos de la Unión con los Derechos Fundamentales. B) Los parámetros de la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales al Proyecto de Constitución. III. Las tres principales carencias de la constitucionalización de los Derechos Fundamentales: A) La justiciabilidad de ciertos derechos o la diferencia entre derechos y principios: *a) Los «derechos» deberán respetarse, los «principios» deben observarse. b) Una excesivamente amplia lista de «principios».* B) La capitidisminución de los derechos de los extranjeros. C) El difícil acceso de los particulares, que ven violados sus Derechos Fundamentales, a los Tribunales de la UE. IV. Conclusión: algunas soluciones para superar estas carencias.

## I. MEDIO SIGLO DE EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE

La cuestión esencial de los derechos fundamentales en la UE interesa desde hace décadas a cuantos siguen con atención la evolución de la vida de la Unión Europea. Su tratamiento no resulta fácil; prueba de ello es que la primera complicación surge ya con su misma intitulación; en efecto, la denominación «Derechos Fundamentales» no puede considerarse unívoca y generalmente suele confrontarse con la de «Derechos Humanos»; a pesar de ello, el Tribunal de Justicia de la UE ha dado carta de naturaleza a la primera expresión.

---

\* Universidad de Zaragoza.

Mayor dificultad ofrece el hecho de que el mismo Tribunal nunca se ha detenido a definir el concepto de los derechos fundamentales; ciertamente son derechos que protegen a las personas, pero no existe una definición concreta. La misma posición ha adoptado la doctrina, salvo algún intento aislado por lograr esa definición<sup>1</sup>.

El Tribunal de Justicia de la UE establece un SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES desde 1969 (caso Stauder). En la actualidad el sistema ha ampliado considerablemente los derechos a proteger; no obstante, se enfrenta a sus límites estructurales, sobre todo su carácter básicamente jurisprudencial o «pretoriano»<sup>2</sup>.

Por lo que atañe a los Tratados constitutivos de la ya desaparecida Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de Energía Atómica interesa recordar que no incluían capítulo o sección alguna dedicada a los Derechos Fundamentales de los individuos. La protección de estos derechos tampoco era atribuida a ninguno de los órganos establecidos. Por ello surgieron algunos temores de que, a medida que avanzase la integración, su protección sufriese un fuerte retroceso.

Dichos Tratados contrastaban fuertemente con el panorama ofrecido por el Consejo de Europa: Su Estatuto (de 1949) afirma que una de sus finalidades es alcanzar «la mayor efectividad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» (art. 1, b); por ello, los Estados miembros del Consejo de Europa se comprometen a respetar esos derechos a cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción (art. 3).

Además, en esta Organización Internacional, cinco meses y medio antes de que se adoptase el Tratado creador de la CECA se había firmado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Los Tratados constitutivos no incluyeron una referencia global directa a los Derechos Fundamentales durante mucho tiempo. Sí se había producido la proclamación individualizada de ciertos derechos (sobre todo en el Tratado CE), ligados a la vertiente económica de la integración. Y es que, en realidad, prevalecieron las consideraciones económicas; los derechos introducidos eran tributarios de este carácter principalmente económico.

Ello cambiaría ligeramente con el Acta Única Europea, adoptada el 27 de enero de 1986. El Acta realiza tres acciones en esta materia, maquillando los Tratados originarios:

- Proclama expresamente los Derechos Fundamentales en su preámbulo; en él se afirma que los Estados signatarios están dispuestos a promover tales derechos, basándose en las tradiciones constitucionales comunes, en el Convenio

---

<sup>1</sup> Ver L. MARCOUX, «Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne», *Revue Internationale de Droit Comparé* 1983, pp. 693 y ss. Consultar asimismo G. DELLA CANANEA, «The Concept of Fundamental Rights in the EU Charter», *Revue Européenne de Droit Public*, nº 1, 2002, pp. 795 y ss. (la citada revista dedica este número monográficamente a la Carta de los Derechos Fundamentales).

<sup>2</sup> Consultar mi monografía *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, 2ª edic., Bosch, Barcelona 1999.

Europeo de Derechos Humanos y en la Carta Social Europea. Desgraciadamente los preámbulos, como las exposiciones de motivos de las leyes internas, suelen servir de muy poco en el terreno de la protección.

- En segundo término amplía las normas sociales, ya existentes en el Tratado CE; se refiere así a la mejora del medio de trabajo, a la salud y la seguridad en el trabajo y al diálogo social a nivel europeo.
- En tercer lugar, el Acta prevé que la protección del medio ambiente tendrá por objeto, entre otras cosas, contribuir a la protección de la salud de las personas. Introduce pues indirectamente el derecho humano a un medio ambiente sano.

A pesar de estos avances, el Acta tan sólo maquilla los tratados originarios en esta materia.

En resumen, durante mucho tiempo los Tratados comunitarios permanecieron impasibles a la evolución de los Derechos Fundamentales efectuada por el Tribunal de Justicia y refrendada por diversas Declaraciones y otras acciones del Parlamento Europeo, de la Comisión, del Consejo Europeo y del Consejo de la UE.

Pero si en el pasado existieron estos y otros problemas, ahora mismo nos encontramos en un muy significativo y esperanzador momento de constitucionalización del sistema. No obstante, importa señalar ya desde este momento que ni han desaparecido los problemas ni parece que vayan a esfumarse por arte de magia en un futuro próximo porque nos encontramos ante una constitucionalización en gran parte insatisfactoria.

## **II. EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EN CLAVE DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Oteando el nuevo panorama destacaré ahora las normas más importantes del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa<sup>3</sup> que regulan los Derechos Fundamentales. Realizo por tanto una lectura selectiva. En dicha lectura sobresale la relación de los valores y objetivos de la Unión con los Derechos Fundamentales. Después es necesario poner de relieve los parámetros de la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales a la Constitución.

### **A) La relación de los valores y los objetivos de la Unión con los Derechos Fundamentales**

En una Unión de Derecho, los Derechos Fundamentales deben ser la base firme o los cimientos sólidos de semejante edificio. Por eso no extraña que el Tratado por

---

<sup>3</sup> CIG 87/04. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha sido firmado el 29 de octubre de 2004. Aunque generalmente se habla de Constitución, en realidad estamos ante un instrumento internacional, ante un Tratado internacional que debe ser ratificado por los Estados miembros de la Unión; recordando este dato objetivo relativo a su naturaleza no pretendo minusvalorar su trascendencia.

el que se establece esta Constitución realice tan numerosas referencias a tales derechos pero sí provoca perplejidad que tenga tan importantes carencias precisamente en la materia. En otras palabras, el texto incurre en la retórica de los Derechos Fundamentales más que en la aplicación de los mismos.

La apelación a los Derechos Fundamentales en el preámbulo está fuera de cualquier duda; se produce en tres de los seis párrafos del mismo. Son párrafos de gran lirismo jurídico, si es que resulta posible casar lirismo y derecho.

Por ejemplo, se afirma: «INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho»<sup>4</sup>.

El preámbulo sigue diciendo que Europa «se propone avanzar por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos...» Además «desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo...»

El lirismo alcanza cotas muy elevadas cuando afirma que «Unida en la diversidad», Europa les brinda<sup>5</sup> las mejores posibilidades de proseguir, respetando los derechos de todos y conscientes de su responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra, la gran aventura que hace de ella un espacio especialmente propicio para la esperanza humana».

La Primera Parte de la Constitución reúne los valores y objetivos de la Unión. El art. I-2 amplía la gama de los valores, si se establece una comparación con el vigente art. 6, párrafo 1º, del Tratado de la UE; se incluyen nuevos valores como el respeto a la dignidad humana, el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres. Estamos ante valores inequívocamente conectados con los Derechos Fundamentales.

El art. I-3, al definir los objetivos de la Unión, de nuevo conecta con los Derechos Fundamentales; se habla así de promover la paz, el desarrollo sostenible, el pleno empleo, la protección y mejora del medio ambiente, combatir la marginación social y la discriminación, etc. A su vez, el art. I-4, 2º, efectúa una referencia a la no discriminación por razón de la nacionalidad.

Pero la norma esencial se halla en el art. I-9. Este artículo incorpora directamente la Carta de los Derechos Fundamentales al Proyecto de Constitución (párrafo 1). Además afirma que la Unión «se adherirá al Convenio Europeo de DH» (párrafo 2) y recoge el acervo o «acquis» presente en la tradición jurisprudencial según la cual los Derechos Fundamentales garantizados en dicho convenio y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros «forman parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales del Derecho» (párrafo 3).

<sup>4</sup> Párrafos 1, 2, y 4

<sup>5</sup> A los pueblos.

En este rápido análisis normativo no podemos olvidar el TÍTULO IX de esta Primera Parte de la Constitución, que regula la PERTENENCIA A LA UNIÓN. En este Título el art. I-58 declara la Unión abierta a todos los Estados europeos que respeten los valores del art. I-2 y se comprometan a promoverlos en común y soliciten su adhesión. Por tanto, un Estado europeo no puede adherirse a la Unión si no respeta los Derechos Fundamentales; esta condición, que siempre ha sido exigida en los procesos de adhesión, se ha convertido en totalmente imperativa e inequívocamente explícita desde la adopción del Tratado de Maastricht.

Por otro lado, la Constitución contiene un sistema de sanciones para el o los Estados miembros de la Unión que viole o violen de modo masivo, grave y persistente los Derechos Fundamentales. El sistema sancionatorio consiste en la suspensión del Estado miembro en los derechos dimanantes de su pertenencia a la Unión, pero no se le suspende en sus obligaciones que, en cualquier caso, continuarán siendo vinculantes para él. Ello puede comprobarse en el art. I-58, muy semejante al actual art. 7 del TUE.

En definitiva, el Proyecto de Constitución configura a la Unión como una UNIÓN DE DERECHO, situando a la Democracia como su valor más trascendente; formando parte de la Democracia se hallan evidentemente los Derechos Fundamentales

## **B) Los parámetros de la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales al proyecto de Constitución**

La parte II de la Constitución, en sus arts. II-61 a II-114, incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales<sup>6</sup>; además del preámbulo, la Carta está dividida en siete Títulos; enuncia o proclama derechos en seis de ellos, denominados Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia. El séptimo recoge las Disposiciones generales aplicables a la interpretación y aplicación de la Carta.

Antes de efectuar el análisis, deseo dejar claras dos premisas:

1ª No efectuaré un examen sistemático de su contenido, fácilmente comprobable con la simple lectura de su texto; no obstante sí me referiré a numerosas normas.

2ª Personalmente no parto de una posición laudatoria y acrítica, que suele abordar tan sólo los aspectos exteriores de su texto.

Conviene recordar que el texto de la Carta proclamado en Niza en diciembre de 2000<sup>7</sup> no es el que ha sido incorporado al Proyecto de Constitución, puesto que se han producido dos modificaciones.

---

<sup>6</sup> La bibliografía sobre la misma es amplísima; consultar, por ejemplo, G. DE BRAIBANT, *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: Témoignages et commentaires*, Seuil, París 2001; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, y J. ROLDÁN BARBERO, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: Su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, pp. 943 y ss.

<sup>7</sup> Su publicación oficial de la Carta se realiza en el DOCE C364, 18.12.2000, p. 1

En primer lugar fue modificado por la Convención Europea que elaboró el entonces Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y en segundo término fue modificado por la Conferencia Intergubernamental, en la Reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Bruselas el 17 y 18 de junio de 2004.

La primera modificación es sin duda la más importante; no afecta tan sólo a adaptaciones técnicas sino también al contenido, al menos en los arts. II-102 (derecho de acceso a los documentos) y II-102 (alcance de los derechos garantizados)<sup>8</sup>. La segunda modificación se concreta en el preámbulo (párrafo 5) y de nuevo en el art. II-112, al que se le añade un nuevo párrafo n° 7<sup>9</sup>, al que después me referiré.

Es preciso revisar con atención la Carta, porque de esa forma comprobaremos que lo que en ella está en juego es el tipo de UE que deseamos construir: Más o menos intergubernamental, más o menos centrada en los Derechos Fundamentales, más o menos solidaria, con un concepto más amplio o más estrecho de estos Derechos Fundamentales.

Nos preguntaremos ahora cuáles son los parámetros o grandes líneas de la incorporación de la Carta al Proyecto de Constitución, realizada de modo expreso a través de su art. I-9, párrafo 1º, como antes indiqué. Estos parámetros nos aportan un cuadro completo sobre las potencialidades constitucionales de la Carta.

Disecionando tales parámetros<sup>10</sup>, debemos analizar la base de los Derechos Fundamentales, el ámbito de aplicación de la misma Carta, su alcance, la interpretación de sus normas, el nivel mínimo de protección que ofrece y la prohibición del abuso del derecho. El primer parámetro se extrae sin duda del preámbulo de la Carta y del art. I-9 de la Constitución; los restantes constituyen las disposiciones generales relativas a la interpretación y a la aplicación de la Carta (Título VII, arts. II-111 al II-114).

**La base de los Derechos Fundamentales en la Carta** (y con anterioridad a su adopción) es múltiple: Estatal (tradiciones constitucionales comunes), de la misma Unión (los Tratados anteriormente y ahora la Constitución), internacional (Tratados de Derechos Humanos, sobre todo Convenio Europeo de DH) y jurisprudencial (jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

**El ámbito de aplicación de la Carta (art. II-111)** se extiende a las instituciones, órganos y organismos de la UE, en primer lugar, y a los Estados miembros

---

<sup>8</sup> Las modificaciones pueden verse en CONV 726/03, texto en <http://european-convention.eu.int/>, Web consultada el 30 de junio de 2004.

<sup>9</sup> Consultar CIG 86/04, Versión consolidada provisional del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, pp.65 y 85.

<sup>10</sup> Ver Fabienne TURPIN, «L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution Européenne (Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe)», *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 2003, pp. 615 y ss.

cuando apliquen el Derecho de la UE, en segundo término. En este ámbito, la Carta no realiza ninguna ampliación de las competencias de la UE, cosa ciertamente evidente.

El segundo inciso del párrafo 1 del art. II-111 resulta especialmente preocupante: La UE y sus Estados miembros «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación»; la preocupación surge por diferenciar ya entre derechos y principios, aspecto éste que abordaré después y que limita gravemente los derechos de las personas.

**El alcance de los Derechos Fundamentales garantizados (art. II-112, párrafos 1, 2 y 3)** permite establecer limitaciones proporcionales y necesarias, fijadas en la ley y siempre que respondan a objetivos de interés general o al respeto de los derechos y libertades de los demás. Como escribe B. RODRÍGUEZ RUIZ, «de este modo, la Carta parece haber asumido la tesis liberal clásica de que los derechos son ilimitados en principio, pero limitables por los poderes públicos, si bien su limitación está a su vez sometida a unos límites... Todo lo cual significa, en definitiva, que los objetivos de interés general reconocidos por la Unión y los derechos y libertades de los demás constituyen los únicos límites a los que está sujeto el ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta»<sup>11</sup>.

Obviamente, los Derechos Fundamentales se ejercen dentro de los límites marcados por la Constitución. Por otra parte, si se hallan garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales al del citado Convenio. Como además los sistemas internacionales de protección (incluido el sistema que establece este Convenio) son sistemas mínimos, esa igualación del sentido y alcance de los derechos establecidos en la Carta con los establecidos en el Convenio no priva a la Unión de conceder una protección más extensa.

Tampoco deben ser olvidados **los criterios recogidos en la Carta para la interpretación de sus normas (art. II-112, párrafos 4-7)**. Al encontrarnos con diversos criterios de interpretación procedentes de ordenamientos jurídicos distintos, surge el problema de su conjugación simultánea.

El primero de los criterios es el mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos. A él han de sumarse las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, porque las normas de la Carta resultantes de las mismas «se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». El tercer criterio está formado por la legislación y las prácticas nacionales. Respecto al segundo y tercer criterios, nada dice la Carta si aparecen desarmonías o diferencias notables; pero parece lógico que entonces se busquen criterios de interpretación válidos en otros terrenos.

---

<sup>11</sup> «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: Acordes y desacuerdos», en E. GÓMEZ CORONA, P. GUTIÉRREZ VEGA y R. LEÑERO BOHÓRQUEZ, *Una Constitución para la Ciudadanía de la Unión (Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa)*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor 2004, p. 186.

La Conferencia Intergubernamental 2003-2004 añadía en junio de 2004 un nuevo criterio: Las Explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la Carta<sup>12</sup>; hablo de un nuevo párrafo (el nº 7) introducido en esa fecha. Según esta norma, tales Explicaciones «serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros». Este nuevo criterio en muchos casos concreta el contenido de las normas, pero en otros relativiza su importancia, por ejemplo al calificar algunos derechos como simples principios. Conviene no olvidar que estamos ante Explicaciones que elaboró inicialmente la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales pero que fueron «actualizadas» o «interbuger-namentalizadas» (si se me permite el neologismo) por la Convención Europea que elaboró el Proyecto de Constitución.

Por otro lado sobresale el **nivel mínimo de protección (art. II-113)** que la Carta brinda: Puede haber un nivel superior en el Derecho de la UE, en el Derecho Internacional o en los Derechos Internos, pero nunca inferior al presente en la misma Carta. En realidad estamos ante el clásico estándar mínimo, propugnado en los tratados internacionales de Derechos Humanos para evitar una interpretación o uso fraudulento del contenido de los mismos tratados por los Estados en contra de las personas. Por cierto, el art. II-113 repite la disposición existente en el art. II-112, párrafo 3, inciso final, inciso que seguramente no cumple función alguna.

Finalmente juega el parámetro de la **prohibición del abuso del derecho** (art. II-114). Esa prohibición exige que ningún acto tendente a destruir derechos y libertades enunciados por la Carta pueda ampararse en el texto de la misma Carta. La prohibición contempla actos tanto de los particulares como de los poderes públicos; ambos pueden intentar realizar un abuso del derecho, un uso fraudulento del mismo.

En realidad, el alcance de los Derechos Fundamentales protegidos, el nivel mínimo de protección y la prohibición del abuso del derecho constituyen cláusulas habituales en los sistemas de protección configurados mediante tratados internacionales.

### III. LAS TRES PRINCIPALES CARENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Vayamos ahora a las carencias de esta constitucionalización. Nos fijaremos en las tres principales, aunque sin duda existen otras; por ejemplo, Guy de BRAIBANT, representante francés del Presidente de la República y del Primer Ministro, descubre una de ellas cuando escribe: «A pesar de su importancia para el mundo actual y para el futuro de la Humanidad, la protección del medio ambiente es uno de los «parientes pobres» de la Carta»<sup>13</sup>. Pues bien, si acudimos a las Explicaciones actualizadas

<sup>12</sup> El texto de las explicaciones actualizadas puede verse en CONV 828/1/03 REV 1.

<sup>13</sup> «L'environnement dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 15, 2003, p. 159.

del art. II-97 de la Carta, comprobamos la exactitud de su juicio porque en ellas se califica este derecho como «principio».

A mi entender las principales carencias de esta constitucionalización podemos situarlas en tres terrenos, el sustantivo, el personal y el procesal. Estudiaremos así el terreno sustantivo de la diferenciación entre derechos y principios; el terreno personal de la desigualdad de derechos de los extranjeros y el terreno procesal del difícil acceso del individuo al Tribunal de Primera Instancia y al Tribunal de Justicia de la UE para que ambos órganos protejan sus Derechos Fundamentales.

La Conferencia Intergubernamental superó en 2004 otra carencia muy significativa: La referente a las relaciones intersistemáticas UE-Consejo de Europa en Derechos Fundamentales. La superación se produjo al modificarse el antiguo art. 7 del Proyecto, en el cual se leía (párrafo 2) que la Unión «procurará adherirse al Convenio Europeo» de Derechos Humanos; el actual art. II-9 de la Constitución ya no dice «la Unión procurará adherirse» sino «la Unión se adherirá al Convenio Europeo...»

De esta forma se supera la guerra judicial existente durante mucho tiempo entre el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hasta el momento, el Tribunal de Justicia indica que el Convenio Europeo reviste «un significado particular» y que no puede admitir medidas incompatibles con dicho Convenio.

Pero existe una clara guerra judicial entre ambos órganos de protección. Esta guerra judicial tiene dos perdedores: La seguridad jurídica y los derechos humanos de personas concretas. Sólo con la adhesión se logrará un sistema coherente de protección de los derechos fundamentales en Europa, resguardando la seguridad jurídica y alcanzando la mayor protección efectiva posible de tales derechos. Sólo así pasaremos de *las Europas de los Derechos Humanos a una sola Europa de los Derechos Humanos*.

A pesar de este gran avance, en la Constitución no queda claro si la Unión se adherirá al Convenio y a todos sus protocolos adicionales; no debe olvidarse que en este terreno la participación de los Estados miembros en los citados protocolos dista mucho de ser homogénea.

### **A) La justiciabilidad de ciertos derechos o la diferencia entre derechos y principios**

Analicemos ahora en el terreno sustantivo la caracterización de las normas como derechos o principios y, por consiguiente, la *alegabilidad o justiciabilidad* de los derechos reconocidos en la Carta. Ya su preámbulo nos aporta una idea inicial, que interesa a este análisis: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación», dice en su inciso final.

Veamos en esta materia los dos aspectos más sobresalientes: En primer lugar, la diferente *vis normativa* de derechos y principios y por tanto la diferente protección que brindan a las personas; en segundo término, la excesivamente amplia lista de principios que contiene la Carta.

***a) Los «derechos» deberán respetarse, los «principios» deben observarse***

Las normas esenciales en esta materia son los párrafos 5 y 6 del art. II-112 de la Carta, que constituyen una modificación introducida en el texto de la Carta por la Convención que redactó el Proyecto de Constitución; esta modificación, alcanzada tras un difícil compromiso, contiene una carencia esencial.

El primero de esos párrafos observa que las disposiciones de la Carta, que contengan principios, «podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos» de la Unión y actos de los Estados miembros cuando apliquen derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Además que «sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad de dichos actos». Por otro lado, el párrafo 6º afirma que «se tendrá plenamente en cuenta la legislación y las prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta»<sup>14</sup>.

El art. II-112, en sus párrafos 5º y 6º, tiene indudablemente un gran efecto limitador de los derechos protegidos, y a mi entender merece una severa crítica.

La crítica surge porque se ha seguido la vía o la técnica de dividir el contenido de la Carta entre derechos (a proteger judicialmente) y principios (a desarrollar en el futuro, se supone). Recordemos que esta vía ya fue seguida en la vigente Constitución española de 1978 y, en virtud de la misma, los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución (arts. 39 a 52), por mor del ar. 53, 3º de la misma Constitución española, quedan convertidos en papel mojado porque sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen y... cuando los desarrollen.

Además, los párrafos 5º y 6º del art. II-112 de la Carta enuncian tan sólo la posibilidad de aplicación de tales principios, no la obligación de aplicación de las disposiciones de la Carta que contengan tales sedicentes principios; si se interpretan conjuntamente con el párrafo 1 del art. II-111, antes mencionado, la Unión y los Estados miembros sólo deben observar y promover los principios, no respetarlos.

Y esta interpretación, que inicialmente puede considerarse forzada, halla una sólida argumentación en las Explicaciones actualizadas; al referirse a esta norma se dice textualmente: «El apartado 5 aclara la distinción entre «derechos» y «principios» reconocidos en la Carta. Según esta distinción, los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse (apartado 1 del art. 51). Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros...»

<sup>14</sup> Consultar C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Los derechos humanos en el Proyecto de Constitución Europea: Breve nota introductoria», *Revista General de Derecho Europeo*, en <http://www.iustel.com/>, consultada el 1 de abril de 2004, pp. 7-8.

Por tanto esta configuración priva a tales derechos (recogidos en la Carta) de casi toda su alegabilidad o justiciabilidad para los particulares. Porque los particulares solamente podrán alegarlos en cuanto a la interpretación y el control de legalidad de dichos actos; si actúan en un recurso en el que no se planteen tales aspectos, no cabe que apoyen sus pretensiones en la Carta.

Obsérvese además que las Explicaciones hablan de «derechos subjetivos», no de Derechos Fundamentales ni de Derechos Humanos. Se utiliza (de modo no inocuo, desde luego) una locución propia del Derecho Civil del s. XIX, no una locución propia de comienzos del s. XXI.

***b) Una excesivamente amplia lista de «principios»***

Si vamos al fondo de la cuestión, tampoco debe olvidarse que, a diferencia de lo acaecido en la vigente Constitución española, en la Carta no existe una delimitación clara entre los principios y los derechos; ello hace todavía más nefasta y perniciosa la introducción de este párrafo 5º del art. II-112 de la Carta. Si los principios se hallan en las normas de la Carta que necesitan desarrollo normativo, estamos en realidad ante otra distinción, la de normas directamente aplicables y normas no directamente aplicables.

A pesar de todo, las Explicaciones actualizadas sí contienen algunos ejemplos de principios, citando los contenidos en los arts. 25, 26 y 37; las mismas Explicaciones nos dicen que «en determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos de un derecho y de un principio, por ejemplo, los arts. 23, 33 y 34».

Dada la imprecisión de la Carta en esta materia, conviene preguntarse cuál es la lista concreta de derechos justiciables y cuál la de los principios. La ausencia de concreción de la lista de derechos y principios conducirá a discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, a la inseguridad jurídica.

Para elaborar la lista de principios, el tenor literal de la Carta nos aporta tres pistas:

- a) La remisión, para la aplicación de algunas de sus normas, a las legislaciones y prácticas nacionales, por un lado;
- b) La mención en la propia norma del término «principio», por otro lado; y
- c) El uso de la locución «La Unión reconoce y respeta...».

En efecto, podemos calificar como principios ciertas normas situadas en los Títulos III (IGUALDAD) y IV (SOLIDARIDAD), en las cuales, para su aplicación, se efectúa una remisión a las legislaciones y prácticas nacionales. Su desarrollo por las legislaciones y prácticas nacionales significa en definitiva una clara DESIGUALDAD DE DERECHOS en personas que teóricamente son iguales en base a la ciudadanía de la misma Unión; paradójicamente la propia Carta consagra esta desigualdad de derechos.

A veces las mismas normas se autodenominan «principios»; ello constituye una pista que, vistas las Explicaciones actualizadas, resulta clara.

La tercera de las pistas es el uso de la locución «La Unión reconoce y respeta...»; en tales normas, la Unión no protege un derecho sino que tan sólo reconoce y

respetar ese principio; de esa forma, el principio pierde *vis normativa* y se convierte prácticamente en una directriz que la Unión debe seguir en sus actuaciones.

A mi entender podemos llegar a esa calificación de principios en los siguientes artículos:

- **Art. II-82:** La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.
- **Art. II-83:** Igualdad entre hombres y mujeres, enunciado en su apartado segundo como «principio de igualdad»
- **Art. II-84:** Derechos del menor: El párrafo 2 de esta norma se refiere a otro principio, el interés superior del menor.
- **Art. II-85:** La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural
- **Art. II-86:** La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.
- **Art. II-87:** Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta, según el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.
- **Art. II-88:** El derecho de negociación y de acción colectiva también depende de estas legislaciones y prácticas nacionales.
- **Art. II-90:** La protección en caso de despido injustificado se halla con la misma remisión.
- **Art. II-93:** Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.
- **Art. II-94:** La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales básicos.
- **Art. II-95:** Cuando se habla de protección de la salud, también se incluye el principio de un alto nivel de protección de la salud humana.
- **Art. II-96:** La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a los servicios de interés económico general.
- **Art. II-97:** Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.
- **Art. II-98:** Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores.

El efecto de la calificación de estas 14 normas (más de una cuarta parte de las normas de la Carta que enuncian derechos) como «principios» resulta francamente demoledor. Privando pues de justiciabilidad a estos «principios», estamos vaciando de contenido a un importante número de derechos, sobre todo sociales, estamos convirtiendo esos derechos en simples objetivos programatorios. En otras palabras, estamos vaciando de contenido gran parte de los Títulos III y IV de la Carta.

En realidad, la tesis recogida en este texto normativo no es demasiado novedosa; existe una corriente doctrinal (perceptible sin dificultad en las doctrinas alemana, es-

pañola y estadounidense, por ejemplo), según la cual los derechos al trabajo, a una vivienda digna, etc., como escribe Franz C. MAYER, serían «una especie de poesía constitucional: bellos para leer, pero sin efecto jurídico preciso»<sup>15</sup>. En otras palabras, esta decimonónica concepción veteroliberal niega la existencia de Derechos Humanos que no sean los simples derechos civiles y políticos.

Si tal doctrina se analiza desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe ser claramente rechazada. Habrá que recordar la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, textos en los que puede leerse: «Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí»<sup>16</sup>.

En síntesis, comparando el contenido de la Carta con el lema de la Revolución Francesa, podemos afirmar que aquélla se ha quedado en la libertad, pero –a pesar de la denominación formal de los Títulos III (Igualdad) y IV (Solidaridad)– los derechos proclamados en la Carta no han llegado hasta la igualdad y ni siquiera otean en la lejanía la solidaridad o fraternidad.

## **B) La capitidisminución de los derechos de los extranjeros**

Nos situamos ahora en el terreno personal analizando la segunda gran carencia o laguna, los derechos de los extranjeros en la Carta. Para ello realizaremos una comparación entre el contenido de la Carta y el de algunos tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros de la UE, sobre todo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En nuestra comparación encontraremos dos Títulos de la Carta no problemáticos frente a otros cuatro que sí ofrecen problemas.

Antes de entrar en el estudio de la Carta en esta materia, recordaré que existe algún precedente jurisprudencial verdaderamente criticable. Me refiero a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 17 de marzo de 1993 en los casos C-72/91 y C-73/91 (Firma SLOMAN NEPTUN) con las siguientes coordenadas:

– Una naviera alemana contrata nacionales filipinos (no residentes ni domiciliados en ningún Estado miembro de la UE) y les paga bastante menos que a los nacionales alemanes, por idéntico trabajo.

– El Tribunal de Justicia examina el valor del antiguo art. 117 (actual art. 136) del Tratado de la Comunidad Europea. Según esa norma, la Comunidad y los Estados miembros deben promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores.

<sup>15</sup> «La Charte européenne des Droits Fondamentaux et la Constitution européenne», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2003, p. 191.

<sup>16</sup> UN Doc.A/CONF.157/23, apartado 5.

– La sentencia señala que «este artículo sólo contempla objetivos sociales, cuya consecución debe ser el resultado de la acción de la Comunidad, de la colaboración estrecha entre los Estados miembros y del funcionamiento del mercado común»<sup>17</sup>.

– La sentencia admite estas discriminaciones salariales, que según el Tribunal de Justicia no violan los derechos humanos de los extranjeros...

El Tribunal aplicó en este caso la norma desde una estrecha e inadmisibles perspectiva intracomunitaria. El Tribunal no quiso inspirarse en la Carta Social Europea ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni en diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, textos todos ellos que protegen derechos humanos de todas las personas. El Tribunal de Justicia optó por la vía de un formalismo jurídico radicalmente discriminatorio y totalmente negativo para los derechos humanos.

Ya situados en el terreno concreto de la Carta, comprobamos que no existen problemas en el Título I (DIGNIDAD), arts. II-61-II-65, y en el Título VI (JUSTICIA), arts. II-107-II-110, porque proclaman derechos que la Carta atribuye a todas las personas, por el hecho de ser personas. Podemos observar que en ambos juega el principio de igualdad y no discriminación entre extranjeros y ciudadanos de la UE.

**Por el contrario, en los otros cuatro Títulos problemáticos** observaremos las libertades incompletas para los extranjeros, su igualdad disminuida, una solidaridad de la UE bajo mínimos y una ciudadanía excluyente. Todo ello sin duda es un claro fruto de una concepción estrecha de los derechos humanos, basada en la pertenencia a un ente político (sea el Estado o, en este caso, sea la Unión) y no centrada en la dignidad de la persona humana. Esa concepción estrecha se estructura a través del formalismo jurídico, aplicado en algún caso por el Tribunal de Justicia (sentencia Sloman antes citada) y aplicado asimismo por los redactores de la Carta de los Derechos Fundamentales.

**El Título II recoge** las libertades incompletas o recortadas para los extranjeros. Ello sucede en tres de sus normas:

– El art. II-68 atribuye el derecho a la protección de los datos de carácter personal a toda persona. Por tanto, no debería existir ninguna dificultad; pero el mismo ordenamiento de la UE ha creado el llamado Sistema EURODAC para la recogida de datos de extranjeros que o bien solicitan asilo o bien hayan sido detenidos intentando entrar ilegalmente en territorio de un Estado miembro de la Unión. Desde luego EURODAC no protege los datos procesados de los extranjeros<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Considerando 25.

<sup>18</sup> La cuestión de la protección de datos tiene sin duda otras muchas e interesantes facetas, destacando por ejemplo la pugna con los EEUU para la entrega de los datos de las personas que embarquen en aeronaves con destino o con escala en el territorio de la hiperpotencia. Consultar la Decisión del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos (DOUE L nº 83, 20 de mayo de 2004, p. 83).

– El art. II-75 recoge la libertad profesional y el derecho a trabajar. Si en el párrafo 1º se afirma que toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, el párrafo 2º señalará que todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de trabajar, de buscar empleo, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro. Pero ¿el derecho a trabajar –como derecho humano– no incluye también la libertad de trabajar?

Si seguimos leyendo esta desacertada norma, el párrafo 3º nos indica que sólo los nacionales de terceros países que se hallen regularmente en territorio de un Estado Miembro tienen derecho «a unas condiciones laborales equivalentes a las que disfrutaban los ciudadanos». Esta norma, que parece seguir muy de cerca la sentencia SLOMAN NEPTUN suscita por lo menos tres interrogantes:

a) ¿Ni siquiera a los extranjeros que residan legalmente se les va a dar condiciones laborales idénticas a las de los ciudadanos?

b) ¿Qué sucede con el clásico principio de «a igual trabajo, igual salario», que cimenta en gran medida los derechos económicos y sociales y la no discriminación?

c) ¿Qué haremos entonces con quienes se hallen en situación irregular? ¿Pueden ser explotados impunemente, sufriendo condiciones laborales no equivalentes a las de los ciudadanos de la UE?

– El art. II-79 regula la devolución, la expulsión y la extradición de los extranjeros. En él se prohíbe las expulsiones colectivas y se recoge el principio clásico de NO DEVOLUCIÓN.

Pero no se señala que la expulsión debe ser motivada, por delitos graves, que se respetará el derecho a la vida familiar, etc. Y la misma UE admite de algún modo los vuelos charter de extranjeros en situación irregular, que constituyen auténticas expulsiones colectivas condenadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya se trate de extranjeros en situación regular ya en situación irregular<sup>19</sup>. Por tanto, este art. II-79 de la Carta tampoco protege adecuadamente a los extranjeros, tampoco cumple los parámetros que impone hoy el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Precisamente el Título III proclama **una igualdad disminuida de los extranjeros**. Ello sucede sobre todo porque el art. II-81 recoge el principio esencial de no discriminación, pero su párrafo 2 proclama la no discriminación por razón de la nacionalidad que sólo beneficia a los ciudadanos de la UE.

A su vez el Título IV norma **una solidaridad de la UE con los extranjeros bajo mínimos**. El art. II-94 en su párrafo 2º resulta especialmente sangrante: Dice que toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales; pero ¿no es este derecho un derecho humano de todas las personas, como indica el Pacto Internacio-

<sup>19</sup> Consultar mi estudio «El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», *Revista de Derecho Migratorio* nº 1, noviembre 2002, p. 9 y ss. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobresalen sentencias, las dictadas en 2002 en los casos CONKA/BÉLGICA y SULEJMANOVIC Y OTROS/ITALIA; en ambos casos se trataba de extranjeros que se hallaban en situación irregular en dichos Estados demandados.

nal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 9? ¿Por qué razón y con qué legitimidad esta Unión Europea, que se dice tan amante de los Derechos Fundamentales, recorta este derecho a las personas que residan en ella de modo irregular y necesiten prestaciones de seguridad social o algunas ventajas sociales?

Esta norma suscita además una duda: Cuando se habla de ventajas sociales, ¿se incluye en tal concepto las ayudas sociales que los Estados ofrecen a los más vulnerables, a los más desfavorecidos? Si a los extranjeros en situación irregular ni siquiera se les permite recibir esas ayudas sociales, la norma analizada es verdaderamente perversa.

Vemos finalmente en el Título V **una ciudadanía excluyente**. Porque la mayoría de los derechos sólo se conceden a los ciudadanos, no a los extranjeros que residan en la UE. A lo más que se llega es a conceder algunos derechos a los ciudadanos y a los extranjeros que residan legalmente (así sucede en los arts. II-103 (derecho de reclamación al Defensor del Pueblo) y art. II-104 (derecho de petición al Parlamento Europeo).

Cuando los extranjeros que residen irregularmente son los más expuestos, los más vulnerables, no se entiende que se les nieguen estos derechos. En la concepción clásica de los Derechos Humanos sí resulta posible atribuir la elegibilidad activa y pasiva sólo a los nacionales; pero los restantes derechos se atribuyen a todos sin ninguna discriminación.

### **C) El difícil acceso de los particulares que ven violados sus Derechos Fundamentales, a los Tribunales de la UE**

Si avanzamos hasta el terreno procesal, debemos hablar del **acceso a los órganos de protección**, de lo que algunos autores llaman mecanismos jurisdiccionales de protección. En realidad, para afirmar la existencia de un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos se precisa reunir cinco elementos: Una Organización Internacional que garantice la protección frente a las acciones de los Estados, algún o algunos tratados en los que se recojan Derechos Humanos, un catálogo o lista de derechos protegidos, unos órganos de protección y unos procedimientos de protección.

Partiendo pues del concepto de sistema, podemos formularnos dos preguntas:

¿Quién o quienes protegen los Derechos Fundamentales proclamados en la Constitución? ¿A través de qué recursos los protegen?

Si a la primera pregunta respondemos que tales derechos los protege el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia, realmente, en la actualidad existen importantes límites a la protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, tanto desde la perspectiva de la competencia de los diversos tribunales como desde la perspectiva de la organización de los recursos<sup>20</sup>. Precisamente por ello la mayoría de los casos en los cuales el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los Derechos Fundamentales lo hace a través de un recurso prejudicial.

---

<sup>20</sup> «Les limites de la protection juridictionnel des Droits de l'Homme», en F. SUDRE y H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du Droit Communautaire des Droits Fondamentaux*, Bruylant, Bruselas 2000, pp. 399 y ss.

Pero evidentemente la «constitucionalización» no será completa si nos limitamos a aprobar un catálogo de los Derechos Fundamentales. Es necesario asimismo permitir el acceso directo –no mediante el clásico recurso prejudicial– de los particulares (que vean violados sus Derechos Fundamentales) a los órganos judiciales de protección, o sea al Tribunal de Primera Instancia y al Tribunal de Justicia de la UE.

Tampoco hay que olvidar que el art. I-29 de la Constitución señala que el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución. Por ello dicho Tribunal se ha convertido en un auténtico Tribunal Constitucional.

La verdadera dimensión del problema se constata leyendo el inciso segundo del párrafo 1º, del art. II-29, de la Constitución, en el cual se afirma que «los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en el ámbito del derecho de la Unión». A través de esta norma, la Unión de Derecho abandona la tutela judicial efectiva en manos sólo de los Estados miembros y no la asume ella, como desde luego debiera.

Si, como afirma el art. 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, «toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución», nos encontramos por lo menos con un serio déficit constitucional.

**En definitiva resulta ciertamente muy criticable que ni los Tratados de Amsterdam y de Niza y ni la misma Constitución hayan establecido un verdadero recurso de amparo o un auténtico recurso individual de cualquier persona que se considere víctima de una violación de sus Derechos Fundamentales, ya sea una violación atribuible a los órganos de la Unión ya a los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la UE.**

#### **IV. CONCLUSIÓN: ALGUNAS SOLUCIONES PARA SUPERAR LAS CARENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN**

La evolución de los tratados, del derecho derivado y de la jurisprudencia forman actualmente parte de un cada día más importante proceso de protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Este proceso dura ya medio siglo, va avanzando, pero con una desesperante parsimonia; en su lentísimo avance tan sólo ha logrado una «constitucionalización» criticable e insatisfactoria, lastrada por las graves carencias a las que me he referido.

Junto a la crítica de la Carta, concluyendo, es el momento de aportar también algunas soluciones que permitan superar esas carencias.

En primer término, **la calificación de numerosos derechos sociales como principios reduce a cenizas tales derechos.** Al imperar la concepción decimonónica veteroliberal, negamos a esos derechos fundamentales o humanos su cualidad de tales.

No es éste el sentido actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; no es esta la dirección tomada, por ejemplo, por el Pacto Internacional de Dere-

chos Económicos, Sociales y Culturales, en el que por cierto son partes los 25 Estados miembros de la Unión.

Si deseamos lograr una plena UNIÓN DE DERECHO, dicha Unión debe rescatar el sentido y los derechos (auténticos derechos humanos) presentes entre otros textos en el citado Pacto o en la Carta Social Europea, adoptada en el seno del Consejo de Europa.

En segundo lugar, **situándonos en el terreno de los extranjeros**, la Carta de los Derechos Fundamentales no resiste un análisis comparativo entre su contenido y el de los tratados de Derechos Humanos en los cuales por cierto los Estados miembros de la Unión también son partes. En esa cuestión concreta, la Unión sufre una gran carencia, que se deja sentir cada día en la vida de numerosas personas. Parece como si la sombra de la sentencia dictada en el caso SLOMAN NEPTUN, antes examinado, no dejara de crecer, no dejara de proyectarse sobre otros aspectos distintos a los salariales.

La superación de esta carencia exige una acción internacional con incidencia dentro de la Unión: La adhesión a la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en 1990 en el ámbito de las Naciones Unidas. De momento dicha adhesión ni se plantea en el terreno institucional de la Unión.

La tercera carencia es sin duda la **inexistencia de un recurso directo del particular** cuando vea violados sus Derechos Fundamentales bien por actuaciones directas de la misma Unión, bien por actuaciones de los Estados miembros al aplicar el derecho de la Unión.

La superación de esta carencia no resulta fácil pues exige nada menos que una profunda revisión de la Constitución, sobre todo de las normas que se refieren al Tribunal de Justicia. Para superarla existe una alternativa:

- Si consideramos el Tribunal de Justicia como un Tribunal Constitucional, no se entiende por qué no se ha creado un RECURSO DE AMPARO EUROPEO similar al que existe ante algunos Tribunales Constitucionales de Estados miembros.
- Si asimilamos el Tribunal de Justicia a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, tampoco se entiende por qué no existe un recurso individual similar al existente, por ejemplo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mientras tanto, escribe acertadamente A. BARRAMDANE, «henos aquí en presencia de un «mosaico» de Derechos Fundamentales (derechos que figuran en la Carta, derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, derechos que figuran en las partes I y II de la Constitución, derechos nacionales), cuyo contenido y articulación son inciertos»<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> «Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union Européenne», *Revue de Droit de l'Union Européenne*, n° 3, 2003, p. 643.