NIVELES Y TÉCNICAS INTERNACIONALES E INTERNAS DE REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EUROPA. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*

Francisco Balaguer Callejón**

SUMARIO

1.- Introducción.

2.- Constitución, juez y legislador en la prefiguración y configuración de los derechos fundamentales.

3.- Creación de Derecho y creación de derechos.Características técnicas de la producción jurídica desarrollada por los tribunales constitucionales nacionales.

4.- Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.

5.- La función creadora del Tribunal de Justicia en materia de Derechos Fundamentales y sus limitaciones.

6.- Las garantías de los derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos.

7.- La función creadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Derechos Fundamentales y sus limitaciones.

8.- Recapitulación.

---

* Versión actualizada del trabajo «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», publicado en *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, a cura di Giancarlo Rolla, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 113-130. Agradezco a Giancarlo Rolla la autorización para publicarlo en España, Francia, Alemania y otros países.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

1. INTRODUCCIÓN

La protección internacional de los derechos ha alcanzado un alto prestigio en el marco regional europeo, en virtud del desarrollo experimentado por la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) de 1950. La previsión de mecanismos específicos de garantía ha contribuido a que ese sistema haya servido de modelo a otros instrumentos regionales. Mientras la realización de los derechos fundamentales pugna inútilmente por imponerse en un gran número de países, en el ámbito europeo tenemos una superposición de elementos de garantía que se añade a los de carácter universal. Junto al reconocimiento constitucional, nos encontramos con el nivel del CEDH, cuyos mecanismos se perfeccionaron con el Protocolo 11, haciendo posible la configuración de una estructura judicial permanente y el acceso directo de los ciudadanos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Al mismo tiempo, la progresiva tensión sobre el *status* de los derechos fundamentales en la Unión Europea, nos acerca cada vez más a una tríada de niveles y técnicas de garantía de los derechos generadora de un diálogo entre tribunales que se puede caracterizar, en principio, como un fenómeno positivo para el desarrollo de los derechos fundamentales. Se ha dicho, con razón que los derechos fundamentales no son ya en Europa un asunto estrictamente interno de los Estados y muy probablemente nunca más volverán a serlo (A. Rodríguez).

Frente a tan abrumadora proliferación de instancias protectoras, cabría preguntarse por qué es necesaria esta superposición de niveles. Realmente resulta curioso que sean los países con un sistema constitucional más perfeccionado y protector de los derechos los que se sometan a estas instancias supranacionales con capacidad para supervisar la actuación de los órganos nacionales. Parece claro que esa situación no responde a una necesidad de disponer de varias instancias de control externo que sea consustancial a los sistemas constitucionales modernos. Antes bien, la existencia de una diversidad de niveles sólo parece justificable en cuanto que cada uno de ellos tenga su propia razón de ser.

No faltan, desde luego, estas razones en el nivel supranacional, por cuanto que la garantía internacional de los derechos encuentra al menos una doble justificación: por un lado, podríamos decir que el proceso de internacionalización y globalización no puede dejar de manifestarse también en el ámbito jurídico. Desde esa perspectiva, la protección de los derechos se ve afectada también por el proceso de producción y recepción que a nivel

mundial se produce en el ámbito del derecho constitucional (P. Häberle). Por otro lado, ese proceso de globalización obliga necesariamente a extender los espacios jurídicos y de protección de los derechos, conformando a los derechos como una especie de «moneda ideal» única, con valor legal en gran parte de los ordenamientos (G. Rolla). Si los conflictos jurídicos no son únicamente nacionales, las respuestas tampoco pueden ser sólo nacionales. Como se puede ver, ambos aspectos no son más que dos vertientes de una misma realidad. Pero de ellos se deriva una, por así decirlo, necesidad «estructural» de protección supranacional que, sin embargo, debería ir más allá del ámbito europeo para ser plenamente congruente con los procesos antes enunciados.

Son múltiples las perspectivas desde las que esta diversidad de niveles de realización de los derechos puede ser analizada. La que aquí vamos a intentar es una perspectiva constitucional que quiere poner el acento en las interrogantes que plantea el entero sistema de protección europeo de los derechos en relación con las técnicas constitucionales de garantía que se han fraguado históricamente. Las cuestiones que se van a plantear traen causa de la especial formulación que la garantía de los derechos adquiere en el ámbito supranacional, al descansar de manera básica o exclusiva sobre el esfuerzo desarrollado por los tribunales. Naturalmente que el desarrollo pretoriano de los derechos es necesario. No obstante, el equilibrio constitucional entre instancias que ha contribuido históricamente a la realización de los derechos fundamentales se rompe, en mayor o menor medida, si en lugar de «realización» de los derechos reducimos el debate a su «garantía» jurisdiccional. Esa garantía jurisdiccional deja de ser una instancia interactiva con los otros agentes de realización de los derechos, para convertirse en una institución desligada de las condiciones prácticas y jurídicas que se dan en cada ordenamiento concreto. Mientras los tribunales constitucionales internos controlan a los otros agentes actuando sobre un marco de competencias definidas y de responsabilidad política y jurídica, los tribunales supranacionales tienen un margen de maniobra más amplio al desvincularse de ese marco. Esta desvinculación puede operar como una gran ventaja al sustraerse a las presiones de los otros agentes. Pero, al mismo tiempo, puede presentar algunos inconvenientes.

Una vez que establezcamos los términos generales del problema, analizaremos las cuestiones que se plantean en relación con la Unión Europea, en la que el nivel de constitucionalización es superior, pasando después a las relativas a la CEDH.

2. CONSTITUCIÓN, JUEZ Y LEGISLADOR EN LA PREFIGURACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Estado constitucional de Derecho, los derechos fundamentales son una pieza esencial del orden constitucional. Su reconocimiento constitucional no tiene sólo una función declarativa y garantizadora respecto de los derechos mismos sino que, en un segundo plano, sirve también de instrumento básico potenciador del equilibrio de poderes. Esto significa que la proclamación constitucional de los derechos fundamentales desarrolla una función de retroalimentación del sistema democrático que, en última instancia, favorece también la realización de los derechos proclamados.

La constitucionalización de los derechos sirve, ante todo, para establecer dos niveles diferenciados en su realización: el nivel constitucional y el nivel legislativo. El constituyente prefigura y el legislador configura los derechos (P. Cruz Villalón). El constituyente, al prefigurar los derechos establece ya límites al legislador. Límites que actúan directamente en relación con el contenido esencial del derecho garantizado en constituciones como la alemana o la española. De tal manera que la ausencia de desarrollo legislativo no impide la realización esencial del derecho.

Por su parte, el legislador puede configurar los derechos a partir de los preceptos constitucionales en un desarrollo que resulta necesario para la plena efectividad de muchos de ellos. La función legislativa permite expresar los objetivos que, dentro del marco constitucional, se marca la comunidad en relación con los derechos constitucionales. Esos objetivos no son una mera expresión de la voluntad mayoritaria porque tienden a expresar un consenso básico, no necesariamente tan amplio como el pacto constituyente, pero respetuoso con las minorías. Los límites materiales y, a veces, procedimentales (la ley orgánica en el caso de nuestro ordenamiento) establecidos en la Constitución, enmarcan esa capacidad de configuración del legislador. A través de la función legislativa, articuladora del pluralismo dentro del marco constitucional, se hace posible el desarrollo democrático de los derechos constitucionales.

Además de la Constitución y el legislador, la jurisdicción constitucional desarrolla una importante función en relación con los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. Se trata de una función interactiva con la del legislador que conecta el nivel constituyente con el legislativo. La jurisdicción constitucional produce derecho en ambos niveles. Pero la jurisdicción constitucional está también sometida a límites estructurales que impiden una orientación excesivamente jurisprudencial del desarrollo de los derechos en perjuicio de la capacidad de configuración del legislador.

Así pues, en el Estado constitucional de Derecho se intenta un equilibrio en la realización de los derechos fundamentales entre tres agentes esenciales: constituyente, legislativo y jurisdiccional, que interaccionan sobre un contexto previamente definido: las disposiciones y normas constitucionales.

3. CREACIÓN DE DERECHO Y CREACIÓN DE DERECHOS. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LA PRODUCCIÓN JURÍDICA DESARROLLADA POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES

La singularidad de la función creativa desarrollada por el TJCE y el TEDH en materia de derechos fundamentales, puede contrastarse adecuadamente si se compara con el desarrollo de esa misma función por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales. A este respecto hay que decir que la jurisprudencia constitucional nacional produce derecho bajo determinadas condiciones estructurales que favorecen una limitación de su poder y, por tanto un equilibrio en su inserción dentro del conjunto de los poderes públicos.

Respecto del legislador, la producción de los tribunales constitucionales nacionales carece de la plenitud propia de la producción legal. La ley sigue siendo el instrumento de conformación del ordenamiento jurídico, que expresa el funcionamiento normal de los mecanismos de producción jurídica. La jurisprudencia tiene un potencial corrector, que surge sólo en el momento de la resolución del conflicto.

Así pues, la jurisprudencia es una fuente de producción complementaria del ordenamiento jurídico. En el Código Civil español se expresa así respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (artículo 1.6 CC: «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»). Se trata de una fuente que sólo interviene cuando se produce el ejercicio de la función jurisdiccional. Desde la tradicional consideración estática del ordenamiento jurídico podría decirse que la jurisprudencia expresa la respuesta a la *patología* del sistema. Desde la consideración de los mecanismos ordinarios de producción jurídica, la jurisprudencia como fuente del Derecho sólo se expresa cuando se produce, por los motivos que sean, algún «fallo» en esos mecanismos ordinarios, al desarrollarse un conflicto jurídico que precisa de una solución judicial. Lo que ocurre es que esa patología es tan común al ordenamiento como lo es la enfermedad a cualquier sociedad. La jurisprudencia, en cuanto reacción frente a esa «patología», es justamente un mecanismo vital de desarrollo del ordenamiento jurídico.

En todo caso, pese a la mayor o menor extensión cuantitativa de la jurisprudencia como fuente del Derecho y específicamente de la jurisprudencia constitucional, este rasgo de su carácter complementario no puede considerarse irrelevante. Tiene una gran incidencia tanto en el plano técnico del ajuste entre las diversas fuentes del derecho cuanto en lo que se refiere a la modulación de la propia actividad jurisprudencial.

Respecto de esto último, el carácter complementario de la jurisprudencia obliga a la jurisdicción constitucional a tener siempre presente que la función jurisdiccional nunca puede pretender sustituir al legislador. La jurisprudencia constitucional tiene una función correctora o reparadora, nunca conformadora de la legalidad, en el plano de plenitud en que esa función conformadora le corresponde al legislador. Esta limitación de la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional tiene una clara conexión con el sentido del principio democrático en que la Constitución normativa se asienta. En cuanto expresión de la voluntad democrática de la sociedad, producida siguiendo los mecanismos formales de articulación del pluralismo establecidos en la Constitución, la ley tiene una capacidad estructural de conformación del ordenamiento jurídico. Esa capacidad de conformación puede ser corregida por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, cuando los mecanismos formales de expresión del pluralismo no han servido para garantizar el respeto al orden constitucional. Cuando la democracia legislativa choca con la democracia constitucional, cuando el legislador vulnera los derechos constitucionales, entonces el TC puede reparar la actuación legislativa. Esa reparación admite diversas formulaciones concretas, de acuerdo con las exigencias que se derivan de la necesaria conciliación de los principios constitucionales (entre los cuales el pluralismo o incluso el principio de constitucionalidad es uno más a conciliar). En todo caso, el propio TC deberá mantener abierto el cauce del pluralismo evitando interpretaciones que pudieran reducirlo. La producción normativa del TC se produce en sede de control y esta limitación nunca puede ser olvidada. Al legislador le corresponde producir las normas, al TC controlar esas normas. La producción normativa del TC sólo puede ser la que venga obligada por esa función de control. El TC no es un órgano de creación de Derecho, sino un órgano de control que crea Derecho como consecuencia de esa actividad de control.

Respecto del nivel de producción constitucional, el desarrollo del potencial creativo de la jurisdicción constitucional se produce también en el ejercicio de su función jurisdiccional. Sin embargo, la capacidad de acción del tribunal es más amplia pues, siendo la función *natural* de la jurisdicción constitucional la interpretación última de los preceptos constitucionales, sus posibilidades de conformación del orden constitucional son muy notables.

En el plano técnico, el carácter complementario de la jurisprudencia constitucional tiene su manifestación en la manera en que se conforman las cadenas normativas que finalmente serán aplicadas por los agentes jurídicos. El legislador puede, partiendo del marco constitucional, establecer una cadena de enunciados completa que resulte aplicable por los agentes jurídicos. Esta potestad es inherente al principio democrático en que se inspira el ordenamiento constitucional. Por el contrario, la producción jurisprudencial del derecho sólo opera en la reparación o en la conformación de algunos enunciados de la cadena normativa, aquellos que han resultado cuestionados o aquellos que requieren una formulación propia (porque no existen y hay que acudir a los mecanismos de integración del sistema) o un ajuste a los principios del sistema.

La intervención fragmentaria de la jurisdicción constitucional sobre las leyes, puede suponer que determinadas disposiciones legales sean expulsadas del ordenamiento porque las normas extraídas de ellas sean contrarias a la Constitución. También puede suponer que de esas disposiciones se extraigan normas congruentes con la Constitución distintas a aquéllas que fueron impugnadas. Salvo en determinadas condiciones (por ejemplo, cuando se declaran inconstitucionales disposiciones derogatorias o normas que atribuyen competencias), la intervención de la jurisprudencia es limitada, operando sobre disposiciones concretas que se insertan en un conjunto sistemático mucho más amplio. Esto supone que su capacidad de incidir directamente en el ordenamiento infraconstitucional es realmente muy reducida, aunque sus sentencias puedan tener una repercusión política muy amplia. Esa repercusión es consecuencia del carácter arbitral que tiene la jurisprudencia constitucional y de la tensión política subyacente a los procesos constitucionales. Pero la *función legislativa* que desarrolla la jurisdicción constitucional no es una auténtica función legislativa como la que realiza el legislador, expresando una voluntad de conformación que integra todos los elementos normativos necesarios para regular una esfera social determinada.

En suma, podríamos decir que mientras el legislador tiende a formulaciones normativas completas, la jurisdicción constitucional tiende a enjuiciar disposiciones o normas que sólo resultarán aplicables en contextos normativos previamente definidos por el legislador. De ahí que no le corresponda a la jurisdicción constitucional la conformación de los derechos constitucionales sino, tan sólo, la corrección de las líneas desarrolladas por el legislador.

Una valoración distinta se podría hacer respecto de la relación entre jurisdicción constitucional y Constitución. La aportación de la jurisdicción constitucional a la producción de derecho constitucional opera también so-

bre un contexto normativo previo. Sin embargo, en este caso la capacidad de incidencia de la jurisdicción constitucional es mayor y su intervención menos fragmentaria. En efecto, la labor jurisdiccional se produce aquí sobre un contexto muy reducido y sobre enunciados que se pueden configurar como normas directamente aplicables para sus destinatarios. Cuando la jurisdicción constitucional interpreta esos enunciados está condicionando la función legislativa y la actuación de los tribunales ordinarios. Un cambio de sentido en la interpretación que realiza la jurisdicción constitucional (esto es, la producción de nuevas normas a partir de los mismos enunciados constitucionales) puede tener consecuencias imprevisibles.

Al mismo tiempo, la capacidad de conformación del orden infraconstitucional que la jurisdicción puede desplegar mediante la producción de derecho constitucional en sus sentencias, es muy superior a la que posee mediante la fragmentaria producción infraconstitucional.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea es, técnicamente, un ordenamiento jurídico propio, diferenciado de los ordenamientos estatales y dotado de autonomía respecto de los mismos. Quiere ser también una Comunidad de Derecho en la expresión usada por el TJCE en su Dictamen 1/91 sobre el acuerdo del Espacio Económico Europeo: *«El tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales»*. La configuración de una Comunidad de Derecho que responda a un orden constitucional propio, exige, sin embargo, la adecuación de sus estructuras a los elementos básicos que han configurado tradicionalmente el constitucionalismo. Con esto no se quiere decir que los órdenes constitucionales tengan que ser uniformes o que no admitan innovaciones sobre las fórmulas actualmente existentes. Antes al contrario, el constitucionalismo no se expresa bajo un sólo modelo constitucional ni se puede cerrar a la incorporación de técnicas y modelos nuevos. Sin embargo, la pretensión de construir la Unión Europea sobre planteamientos «innovadores» ajenos al constitucionalismo resulta contradictoria con la referencia constante a las tradiciones constitucionales comunes en el proceso de integración europea. En última instancia, la pretensión de consolidar nuevas fórmulas de organización política deberá

cohonestarse con el establecimiento de mecanismos de control del poder que hagan posible un equilibrio constitucional.

Hay unas referencias constantes en la conformación de los ordenes constitucionales que, sin pretender ahora exponerlas de manera exhaustiva, nos permiten valorar cuando nos encontramos ante un auténtico orden constitucional. El caudal histórico del constitucionalismo surge de tres fuentes que han terminado por complementarse: democracia, garantismo y normatividad (P. de Vega). Cada orden constitucional orienta, de manera diferente, su configuración dentro del modelo del Estado constitucional. En el caso de España como en Italia o en Alemania, ese modelo se ha articulado en torno a determinados principios como son la democracia constitucional (por tanto, la democracia entendida como preferencia a la mayoría y respeto de las minorías), el pluralismo territorial y la garantía de los derechos. Esos principios han conformado un Estado constitucional de Derecho, superador en cuanto a capacidad de hacer frente a las exigencias de organización de las sociedades de estos países, de las limitaciones del Estado legal de Derecho. Este Estado constitucional de Derecho es congenial con el proceso de integración europea. Esto es, el proceso de integración europea se viene asentando sobre técnicas constitucionales del Estado constitucional de Derecho y tiende a conformar sus estructuras al modelo de Estado constitucional de Derecho. Ahora bien, en el Estado constitucional de Derecho, Derecho y derechos son términos indisolubles: no puede haber una comunidad de Derecho que no sea a la vez una comunidad de Derechos fundamentales.

La construcción de Europa exige una Constitución para Europa. Desde ese planteamiento, las técnicas constitucionales aplicadas al proceso de integración europea tendrán que hacer posible la armonización de los dos grandes proyectos que deberán afrontar los ciudadanos europeos del siglo XXI: la profundización en los derechos constitucionales (tan recientes si uno contempla la historia de Europa) y la formación de una auténtica comunidad europea que se configure en torno a valores culturales comunes, entre los cuales deberán desempeñar un papel esencial los valores constitucionales.

En ese camino se avanza ahora en Europa especialmente desde la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales y con el Tratado de Constitución para Europa que incorporará formalmente a la Carta en su Parte II. En la situación actual todavía podemos hablar (y esperemos que por poco tiempo) de la inexistencia de un catálogo, una declaración de derechos fundamentales incorporada formalmente a los Tratados, con las características con las que existe en los ordenamientos de los Estados constitucionales de Derecho. La Proclamación de la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea no varió sustancialmente esta situación. En primer lugar, porque no se ha incorporado a los Tratados, lo que reduce su valor jurídico y su posible equivalencia con el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales propio del Estado constitucional. Pero, de mayor importancia que lo anterior (en cuanto que puede afectar también a la futura Constitución Europea), porque esa equivalencia exigiría, además, la existencia de otras condiciones estructurales. Condiciones que no se dan todavía y que son necesarias para que la Carta se inserte en un contexto constitucional basado en una distribución competencial clara entre la Unión y los Estados y en una ordenación institucional plenamente democrática.

Hasta tanto se apruebe la Constitución Europea, sigue siendo de aplicación la remisión que se hace en el antiguo artículo F2 del TUE y actual 6.2 (desde el Tratado de Amsterdam) por el cual, «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». Este precepto es, sobre todo, una mera *confirmación convencional* de la evolución de la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales (Monserrat Pi) que no viene a reconocer derechos fundamentales como tales sino a confirmar su *status* de principios generales del Derecho comunitario elaborados por el TJCE. El Tratado de Amsterdam vino a corregir la deficiencia inicial de este precepto tal y como fue incorporado al TUE (E. Pérez Vera), al incluirlo ahora dentro de las competencias del TJCE. Esto significa que el precepto supone, al menos, una vinculación para el TJCE que no podrá cambiar su línea jurisprudencial, pero, más allá de ese efecto limitador respecto del propio TJCE, el precepto carece de la fuerza jurídica que supondría que la CEDH se convirtiera en parte del derecho comunitario (Monserrat Pi) o que supondrá la futura aprobación de la Constitución con la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales.

De momento, por tanto, la conformación de los derechos fundamentales en la Unión Europea sigue descansando en la labor del TJCE, que formula esos derechos como principios generales del Derecho comunitario, extrayéndolos, más allá de los Tratados, de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de la CEDH. Esta singularidad nos sitúa en el centro del debate a la función desarrollada por el TJCE para determinar si, por sí misma, esa función permite una conformación de los derechos y de su garantía que pueda ser aceptable desde la perspectiva del Estado constitucional de Derecho.

5. LA FUNCIÓN CREADORA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LIMITACIONES

La situación de la jurisdicción europea que ejercita el TJCE es muy diferente de la que se ha descrito más arriba respecto de las jurisdicciones constitucionales nacionales. Entre los déficits podemos señalar:

– No existe, pese a la Proclamación de la Carta, un contexto normativo definido por medio de una auténtica proclamación constitucional de derechos que se impongan sobre todos los poderes públicos incluso cuando falta el desarrollo legislativo.
– No existe, por tanto, una determinación previa de disposiciones sobre las cuales la jurisdicción constitucional pueda precisar los posibles sentidos normativos.
– No existe una interacción posible con el legislador democrático que desarrolle y configure los derechos a partir del marco constitucional.

Estos déficits suponen que el TJCE, ante la ausencia de contexto constitucional y de desarrollo legislativo tiene que realizar una función constituyente propia para incorporar derechos al ordenamiento, esencialmente mediante el recurso a elementos externos al propio ordenamiento comunitario (tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros o CEDH). La propia Carta de Derechos Fundamentales se refiere en su Preámbulo a estos y otros elementos, incluida la jurisprudencia del TJCE: «La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». No obstante, el TJCE podría recurrir también, a esos efectos, a la Carta de Derechos Fundamentales (aunque no se haya incorporado a los Tratados). Ahora bien, que la Carta pueda adquirir valor jurídico a través de su posible aplicación por el TJCE es algo que no hace sino reafirmar la ausencia de valor constitucional de la Carta, cuyos enunciados tendrán que adquirir virtualidad jurídica a través de esa función constituyente propia que seguirá desarrollando el TJCE (y siempre con los límites competenciales inherentes a la actuación de este órgano).

Esa función constituyente tiene una vocación legislativa, necesaria para la realización del derecho fundamental, por lo que el TJCE tiene que actuar simultáneamente en el ámbito legislativo y en el constituyente. Ello lo hace mediante la configuración de los derechos como principios, lo que equivale, en cierta medida, a la garantía del contenido esencial de los derechos, de las facultades esenciales que pueden objetivarse en los derechos más allá de las facultades específicas que el legislador quiera incorporar en uso de su capacidad de configuración (garantía que, por cierto, recoge la Carta en su artículo 52.1).

En realidad, el legislador europeo no puede configurar los derechos fundamentales en muchos ámbitos por la ausencia de competencias específicas y ello con independencia de la existencia de cláusulas abiertas en los Tratados que hacen posible una intervención más amplia en materia de Derechos fundamentales. La propia Carta viene a reconocer esta limitación, cuando en su artículo 51 determina en apartado 1 que «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias», mientras que en su apartado 2 indica que «La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados». ¿Por qué, entonces, el TJCE puede actuar en ámbitos relativos a derechos en los que el legislador europeo no puede intervenir? La explicación quizás sea que el TJCE tiene que determinar los límites de la aplicación del derecho comunitario cuando éste colisiona con derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios. De ese modo, el TJCE se acerca necesariamente a los derechos fundamentales sin que pueda dejar la función de definir los límites del derecho comunitario a las instancias jurisdiccionales nacionales (para garantizar el desarrollo unitario del ordenamiento comunitario que exige una interpretación unitaria realizada por el TJCE). Esos límites operan también respecto de los derechos reconocidos en el Derecho europeo en el ámbito de sus competencias, como se reconoce en el artículo 52.2 de la Carta de Derechos Fundamentales que especifica que «Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos».

Al TJCE se le han dado excesivos poderes pero también se le ha exigido demasiado. Ningún orden jurisdiccional puede suplir las deficiencias de

aquellos agentes políticos que tienen la responsabilidad de determinar los fines a perseguir por la comunidad y los medios que deben utilizarse para conseguir esos fines. Tradicionalmente, sin embargo, se ha confiado al TJCE la función de impulsar el ordenamiento comunitario, algo que ha hecho con gran eficacia. El desarrollo de principios tales como el efecto directo o la primacía del derecho comunitario, de articulación de los ordenamientos internos con el orden europeo ha sido obra esencial del TJCE. A través de esos principios se ha adquirido una progresiva conciencia de la irreversibilidad del proceso de integración europea y de la necesidad de avanzar en él mismo. Sin embargo, mientras principios de esa naturaleza los ha formulado el TJCE en el ámbito de sus competencias, no se puede decir lo mismo de la pretensión de que el tribunal vaya formulando una declaración de derechos más allá del ámbito de las competencias naturales del derecho comunitario.

El margen de acción del TJCE en relación con los derechos fundamentales es muy limitado porque sólo se puede mover dentro de los límites de la aplicación del derecho comunitario y de los conflictos que esa aplicación pueda provocar. Progresar más allá de ese ámbito requiere de una decisión política de carácter constituyente. Pero esa decisión no puede recaer sólo sobre los derechos fundamentales sino que tiene que extenderse a aquellos otros aspectos en los que una declaración de derechos pueda adquirir sentido. Así, la clarificación de los ámbitos competenciales de la Unión Europea y de los Estados es un requisito previo para que pueda determinarse la capacidad de acción de los órganos comunitarios sobre los derechos fundamentales. Igualmente lo es la profundización democrática mediante las correspondientes reformas institucionales.

A este respecto convendría que se realizara una clarificación previa sobre cuales son los objetivos a perseguir con una declaración de derechos. La adhesión a la CEDH, por ejemplo, habría permitido establecer límites concretos a la actuación de los poderes comunitarios (por cierto, que la Carta de Derechos Fundamentales contiene una remisión en su artículo 52.3 a la CEDH a efectos de interpretación de sus preceptos, mientras que en su artículo 53 establece que «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros»). Sin embargo, esos límites a

los poderes comunitarios puede decirse que existen ya hoy, en parte, a través de los Estados miembros (como podemos ver en la condena a Gran Bretaña en relación con el no reconocimiento a los ciudadanos gibraltareños de derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo). Pero un reconocimiento de derechos orientado únicamente a su configuración como límite de los poderes públicos nos sitúa nuevamente en el campo de la actividad jurisdiccional del TJCE. Un planteamiento de esta naturaleza no conduce a la formulación, a través de los derechos, de un proyecto de comunidad político-constitucional. Sólo conduce a la definición de los límites de esa comunidad, pero no de su potencialidad en positivo. Para que el Derecho europeo incorpore también los derechos de los europeos una declaración de derechos es necesaria, pero no como paso previo, sino como conclusión de un proceso de reflexión profunda sobre la Unión Europea, un proceso de esa naturaleza tiene un nombre en la historia hasta ahora conocida: *proceso constituyente*.

6. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Las características del sistema de protección de los derechos establecido por el CEDH son muy distintas a las de la Unión Europea. Para empezar, existe ya una auténtica Carta de derechos, el Convenio, ampliado progresivamente desde su formulación, en 1950 (entró en vigor en 1953) por medio de Protocolos adicionales y desarrollada jurisprudencialmente por el TEDH (desde 1959 año en que se instituye). Es justamente la existencia de una jurisdicción específica encargada de la aplicación del CEDH lo que va a dar consistencia al Convenio y va a hacer posible que funcione realmente como un convenio de protección de los derechos. Al mismo tiempo, el éxito obtenido por el TEDH y la legitimación democrática que da a los Estados su inserción dentro de las instituciones de salvaguarda de los Derechos del Consejo de Europa, ha determinado un aumento considerable del número de Estados contratantes hasta llegar a los 45 actuales.

Esta ampliación, motivada esencialmente por la afluencia de los países europeos de la antigua órbita soviética, ha dado lugar a la necesidad de transformaciones que permitan adecuar la estructura del sistema de garantía a las nuevas necesidades derivadas de un crecimiento excesivo producido en muy pocos años (ante la Comisión Europea de Derechos Humanos pasó el número de asuntos de 404 en 1981 a 4750 en 1997 y ante el TEDH de 7 en 1981 a 119 en 1997). Esta es la razón de la formulación del Protocolo nº 11, abierto a la firma en 1994, que entró en vigor en 1998 y que

contemplaba una reestructuración orgánica esencial con la supresión de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la configuración del nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un tribunal permanente con una organización compleja. Se puede decir (Fernando Alvarez-Ossorio) que con el Protocolo 11, el sistema de protección europeo de los derechos completa su ciclo de crecimiento mediante la plena judicialización del sistema y el reconocimiento del acceso directo de las personas físicas y jurídicas al nuevo y único TEDH.

Esta plenitud del sistema viene a superar un periodo en el que se mantenía un cierto equilibrio entre los aspectos políticos y jurídicos de la garantía de los derechos. Sin embargo, uno de los grandes problemas (entre otros) que planteaba ese periodo en los últimos tiempos era el retraso que la obligada intervención de la Comisión Europea de Derechos Humanos provocaba en los procesos. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas quedaba en entredicho ante la propia jurisdicción del TEDH (por más que las necesidades de reforma persistan a tenor del progresivo aumento del número de asuntos: de 5979 en 1998 a 13858 en 2001). Por otra parte, la judicialización del sistema abre nuevas perspectivas a la protección de los derechos en el ámbito europeo. Pero, al mismo tiempo, obliga a plantear con mayor rigor el papel que le corresponde al TEDH en el nuevo escenario de plena garantía jurisdiccional de los derechos que el protocolo 11 crea. El carácter pretoriano del sistema se acentúa y ello conlleva ventajas y riesgos. En ellos nos detenemos seguidamente.

7. LA FUNCIÓN CREADORA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LIMITACIONES

Las cuestiones que se plantean en relación con el nivel de protección europea de los derechos vía CEDH son en parte similares a las propias de la UE y en parte distintas. Para empezar, sí hay un previo contexto normativo. Ciertamente, no estamos ante una definición realizada por medio de una proclamación de derechos que se impongan sobre todos los poderes públicos incluso cuando falta el desarrollo legislativo, en el sentido en que esto ocurre en los ordenamientos internos. No lo hay porque no está previsto en modo alguno el desarrollo legislativo de esos derechos, de tal manera que el CEDH actúa sólo en el nivel que podríamos considerar «constitucional» por medio de la interpretación y aplicación pretoriana sin que el desarrollo de los derechos exceda de ese nivel. No hay, propiamente, un sistema de derechos con vocación de realizarse por sí mismo a través de

procedimientos normativos y administrativos. El sistema de derechos se sitúa en un nivel distinto, aislado de la realidad concreta de cada uno de los ordenamientos a los que viene a regir parcialmente (en el ámbito de los derechos que figuran en el Convenio).

Existe, en todo caso, una determinación previa de disposiciones sobre las cuales la jurisdicción pueda precisar los posibles sentidos normativos. Desde esa perspectiva podríamos decir que la jurisdicción actúa sobre la base de una normativa «constitucional» preexistente que tiene que interpretar y aplicar. Ahora bien, los derechos fundamentales no son categorías autosuficientes que permitan dar satisfacción, con su simple enunciación constitucional, de todas las necesidades de regulación de las sociedades. Por el contrario, los preceptos constitucionales sólo son un punto de partida, necesario incluso para el propio equilibrio de poderes, que necesita del desarrollo democrático impulsado por el legislador con los límites establecidos por la jurisdicción. Los derechos fundamentales expresan en cada momento el proyecto de comunidad que se desarrolla mediante la interacción entre Constitución, ley y jurisdicción. Sería incorrecto decir que esos derechos sólo pueden ser activados por el legislador. Por el contrario, la percepción del constitucionalismo del Estado constitucional de Derecho es la de que los poderes del legislador deben ser limitados para garantizar los derechos de todos los sectores sociales. Pero tampoco puede confiarse a la jurisdicción en exclusiva la conformación de esos derechos. En primer lugar porque la jurisdicción carece de las condiciones estructurales que le permitan formular el proyecto político-constitucional que la sociedad requiere. En segundo lugar, porque aunque las tuviera, asignar ese papel a la jurisdicción en exclusiva rompería el delicado equilibrio de poderes en el que debe basarse todo sistema de protección de derechos fundamentales.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema de la UE (y también en las jurisdicciones constitucionales internas), las garantías convencionales de los derechos no están unidas al ejercicio competencial por parte de poderes no jurisdiccionales propios en relación con los cuales se produce la realización y la posible lesión de los derechos. Antes al contrario, la rama jurisdiccional es la única existente en el marco de el CEDH. Esto significa que el enjuiciamiento de las actuaciones lesivas de los derechos se produce siempre mediante el control de los poderes públicos nacionales y, por tanto, aplicando una lógica a veces distinta (la del CEDH) a la del propio ordenamiento enjuiciado (de ahí que el TEDH haya reconocido al principio de subsidiariedad como un principio esencial que debe respetar a la hora de enjuiciar la actividad de los poderes públicos nacionales).

Este rasgo presenta, sin duda, una faceta positiva: la lejanía implica ausencia de compromisos, capacidad de sustraerse a la opinión pública nacional, mayor independencia, podríamos decir. Pero, al mismo tiempo puede presentar otras facetas negativas: el TEDH puede intervenir sobre los ordenamientos nacionales de una manera fragmentaria, no sistemática, afrontando los problemas de manera parcial y aportando soluciones que pueden resultar comprometidas cuando no difíciles de realizar desde la perspectiva de esos ordenamientos nacionales. El TEDH nos puede ofrecer así una visión en negativo fotográfico, por así decirlo, de las jurisdicciones constitucionales nacionales: por un lado el TEDH no tendrá, seguramente las contemplaciones ni los miedos que puedan tener las jurisdicciones nacionales ante la repercusión de sus sentencias. Por otro lado, esa mayor independencia puede dar lugar también a la incomprensión del problema jurídico que se está abordando o a una solución que resulte más lesiva para el ordenamiento en su conjunto aunque garantice de manera más eficaz el derecho lesionado. Estos riesgos se acrecientan, necesariamente con la ampliación del número de Estados que han ratificado el CEDH y del número de miembros (de muy diverso origen nacional) del TEDH. La labor de enjuiciamiento de una medida estatal lesiva de los derechos no se puede realizar desligada del contexto ordinamental en que esa lesión se ha producido. Hay siempre dos términos en el control que se realiza: por un lado el parámetro de control y por el otro el objeto de control. El juez no sólo debe conocer muy bien el parámetro sino que también debe conocer muy bien el objeto, pues en caso contrario el control que se realiza no será correcto. La desvinculación entre el parámetro y el objeto de enjuiciamiento puede ser un elemento distorsionador.

La actuación del TJCE puede situarse en una posición intermedia en este punto entre las jurisdicciones nacionales y el TEDH. El control que realiza va unido al ejercicio competencial propio de la UE y, desde esa perspectiva, la desvinculación entre el parámetro y el objeto de enjuiciamiento (cuando existe), es menor.

Por lo demás, el sistema del CEDH presenta algún rasgo común con el de la UE. Así, no existe una interacción posible con el legislador democrático que desarrolle y configure los derechos a partir del marco constitucional. La definición de los derechos es exclusivamente pretoriana. La cuestión es, sin embargo, que este rasgo aparece mucho más acentuado en el TEDH que en el TJCE. Este último existen agentes con capacidad para servir de contrapeso. No sólo agentes institucionales sino también un incipiente espacio público común (P. Häberle) con capacidad para incidir sobre la jurisprudencia del TJCE y de contribuir a su control. Control que puede realizarse,

entre otros medios, con la adopción de medidas normativas que corrijan las líneas jurisprudenciales cuando se considere necesario (caso Kalanke, por ejemplo). En la interacción con el legislador, el TJCE se sitúa nuevamente en un lugar intermedio entre los ordenamientos nacionales y el TEDH.

Atendiendo a las características enunciadas de la labor que realiza el TEDH cabe plantearse por la conveniencia de promover la eficacia directa de sus sentencias en los ordenamientos nacionales. El carácter declarativo de sus decisiones requiere de medidas internas para hacer posible el cumplimiento de esas decisiones. Ahora bien, cabe plantearse si la eficacia directa de las sentencias es estrictamente necesaria, incluso si es aconsejable desde la perspectiva de la armonía interna del ordenamiento nacional. Mientras el juez constitucional al proteger los derechos tiene en cuenta principios y valores que necesariamente deben ser compatibilizados con los derechos (por ejemplo, la seguridad jurídica) en beneficio del entero sistema de protección, el TEDH actúa con mayor independencia y, por tanto, con menor vinculación al ordenamiento interno.

8. RECAPITULACIÓN

1.- Las cuestiones que se plantean en este trabajo traen causa de la especial formulación que la garantía de los derechos adquiere en el ámbito supranacional, al descansar de manera básica o exclusiva sobre el esfuerzo desarrollado por los tribunales. Naturalmente que el desarrollo pretoriano de los derechos es necesario. No obstante, el equilibrio constitucional entre instancias que ha contribuido históricamente a la realización de los derechos fundamentales se rompe, en mayor o menor medida, si en lugar de «realización» de los derechos reducimos el debate a su «garantía» jurisdiccional. Esa garantía jurisdiccional deja de ser una instancia interactiva con los otros agentes de realización de los derechos, para convertirse en una institución desligada de las condiciones prácticas y jurídicas que se dan en cada ordenamiento concreto. Mientras los tribunales constitucionales internos controlan a los otros agentes actuando sobre un marco de competencias definidas y de responsabilidad política y jurídica, los tribunales supranacionales tienen un margen de maniobra más amplio al desvincularse de ese marco. Esta desvinculación puede operar como una gran ventaja al sustraerse a las presiones de los otros agentes. Pero, al mismo tiempo, puede presentar algunos inconvenientes.

2.- En el Estado constitucional de Derecho, los derechos fundamentales son una pieza esencial del orden constitucional. Su reconocimiento cons-

titucional no tiene sólo una función declarativa y garantizadora respecto de los derechos mismos sino que, en un segundo nivel, sirve también de instrumento básico potenciador del equilibrio de poderes. Esto significa que la proclamación constitucional de los derechos fundamentales desarrolla una función de retroalimentación del sistema democrático que, en última instancia, favorece también la realización de los derechos proclamados. En el Estado constitucional de Derecho se intenta un equilibrio en la realización de los derechos fundamentales entre tres agentes esenciales: constituyente, legislativo y jurisdiccional que interaccionan sobre un contexto previamente definido: las disposiciones y normas constitucionales.

3.- La singularidad de la función creativa desarrollada por el TJCE y el TEDH en materia de derechos fundamentales, puede contrastarse adecuadamente si se compara con el desarrollo de esa misma función por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales. A este respecto hay que decir que la jurisprudencia constitucional nacional produce derecho bajo determinadas condiciones estructurales que favorecen una limitación de su poder y, por tanto un equilibrio en su inserción dentro del conjunto de los poderes públicos. Respecto del legislador, la producción de los tribunales constitucionales nacionales carece de la plenitud propia de la producción legal. La ley sigue siendo el instrumento de conformación del ordenamiento jurídico, que expresa el funcionamiento normal de los mecanismos de producción jurídica. La jurisprudencia tiene un potencial corrector, que surge sólo en el momento de la resolución del conflicto. Así pues, la jurisprudencia es una fuente de producción complementaria del ordenamiento jurídico.

4.- Los déficits constitucionales que se dan en el ámbito de la Unión Europea, suponen que el TJCE, ante la ausencia de pleno contexto constitucional y de desarrollo legislativo tiene que realizar una función constituyente propia para incorporar derechos al ordenamiento, esencialmente mediante el recurso a elementos externos al propio ordenamiento comunitario (tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros o CEDH). Pero a la vez, esa función constituyente tiene una vocación legislativa necesaria para la realización del derecho fundamental, por lo que el TJCE tiene que actuar simultáneamente en el ámbito legislativo y en el constituyente. Ello lo hace mediante la configuración de los derechos como principios, lo que equivale, en cierta medida, a la garantía del contenido esencial de los derechos, de las facultades esenciales que pueden objetivarse en los derechos más allá de las facultades específicas que el legislador quiera incorporar en uso de su capacidad de configuración.

5.- A pesar de que la ausencia de determinadas condiciones estructurales le da al TJCE una gran capacidad de actuación (en el ejercicio de su función jurisdiccional), el margen de acción del TJCE en relación con los derechos fundamentales es muy limitado porque sólo se puede mover dentro de los límites de la aplicación del derecho comunitario y de los conflictos que esa aplicación pueda provocar. Progresar más allá de ese ámbito requiere de una decisión política de carácter constituyente. Pero esa decisión no puede recaer sólo sobre los derechos fundamentales sino que tiene que extenderse a aquellos otros aspectos en los que una declaración de derechos pueda adquirir sentido. Así, la clarificación de los ámbitos competenciales de la Unión Europea y de los Estados es un requisito previo para que pueda determinarse la capacidad de acción de los órganos comunitarios sobre los derechos fundamentales. Igualmente lo es la profundización democrática mediante las correspondientes reformas institucionales. Hay que tener en cuenta que un reconocimiento de derechos orientado únicamente a su configuración como límite de los poderes públicos nos sitúa nuevamente en el campo de la actividad jurisdiccional del TJCE. Un planteamiento de esta naturaleza no conduce a la formulación, a través de los derechos, de un proyecto de comunidad político-constitucional. Sólo conduce a la definición de los límites de esa comunidad, pero no de su potencialidad en positivo. Para que el Derecho europeo incorpore también los derechos fundamentales de los europeos, una declaración de derechos es necesaria, pero no como paso previo, sino como conclusión de un proceso de reflexión profunda sobre la Unión Europea, un proceso de esa naturaleza tiene un nombre en la historia hasta ahora conocida: *proceso constituyente*.

6.- En lo que al ámbito del CEDH se refieren, la plena judicialización del sistema operada por medio del Protocolo nº 11, abre nuevas perspectivas a la protección de los derechos en el ámbito europeo. Pero, al mismo tiempo, obliga a plantear con mayor rigor el papel que le corresponde al TEDH en el nuevo escenario de plena garantía jurisdiccional de los derechos que el protocolo 11 crea. El carácter pretoriano del sistema se acentúa y ello conlleva ventajas y riesgos.

7.- Las cuestiones que se plantean en relación con el nivel de protección europea de los derechos vía CEDH son en parte similares a las propias de la UE y en parte distintas. Para empezar, sí hay un previo contexto normativo. Ciertamente, no estamos ante una definición realizada por medio de una proclamación de derechos que se impongan sobre todos los poderes públicos incluso cuando falta el desarrollo legislativo, en el sentido en que esto ocurre en los ordenamientos internos. No lo hay porque no está pre-

visto en modo alguno el desarrollo legislativo de esos derechos, de tal manera que el CEDH actúa sólo en el nivel que podríamos considerar «constitucional» por medio de la interpretación y aplicación pretoriana sin que el desarrollo de los derechos exceda de ese nivel. No hay, propiamente, un sistema de derechos con vocación de realizarse por sí mismo a través de procedimientos normativos y administrativos. El sistema de derechos se sitúa en un nivel distinto, aislado de la realidad concreta de cada uno de los ordenamientos a los que viene a regir parcialmente (en el ámbito de los derechos que figuran en el convenio) y con carácter subsidiario. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de la UE (y también en las jurisdicciones constitucionales internas), las garantías convencionales de los derechos no están unidas al ejercicio competencial por parte de poderes no jurisdiccionales propios en relación con los cuales se produce la realización y la posible lesión de los derechos. Antes al contrario, la rama jurisdiccional es la única existente en el marco del CEDH. Esto significa que el enjuiciamiento de las actuaciones lesivas de los derechos se produce siempre mediante el control de los poderes públicos nacionales y, por tanto, aplicando una lógica a veces distinta (la del CEDH) a la del propio ordenamiento enjuiciado. La separación del contexto ordinamental puede provocar una desvinculación entre el parámetro de control y el objeto de enjuiciamiento en el ejercicio de la función jurisdiccional.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Las referencias contenidas en el texto se corresponden con los siguientes autores y obras: A. Rodríguez, «Ordenamiento comunitario y Convención Europea de Derechos Humanos», en Javier Corcuera Atienza (Coord.), *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002; G. Rolla, «Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali», *QC*, dicembre 1997; M. Pi LLorens, *Los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999; E. Pérez Vera, «El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos», *RIE*, 2, 1993; P. De Vega, «Constitución y democracia», en AA.VV. *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, FCE, Madrid, 1983; P. Cruz Villalón, «El legislador de los derechos fundamentales», en A. López Pina (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991; F. Alvarez-Ossorio Micheo, «Perfecciones e imperfecciones en el protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)», REDC, n. 56, 1999. Las referencias a P. Häberle proceden de sus trabajos «Textstufen als

Entwicklungswege des Verfassungsstates», 1989, ahora en la recopilación del mismo autor *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992 y «Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?», en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, Dike Verlag, St. Gallen/Lachen, 1998. Se puede confrontar también, de este autor «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht» en *EuGRZ*, 1991 y «Die europäische Verfassungsstaatlichkeit», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 3/1995. Por otra parte, he tratado cuestiones relacionadas con la temática abordada en este trabajo en F. Balaguer, «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en Miguel Angel García Herrera (Dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997. También en «Tribunal Constitucional y creación del Derecho», en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Eduardo Espin Templado y Francisco Javier Díaz Revorio (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Igualmente en F. Balaguer, «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos», en Miguel Angel Aparicio Pérez (Coord.) *Derecho Constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, CEDECS, Barcelona, 2001 y en «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en Javier Corcuera Atienza (Coord.), *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, 2002. Por último, en F. Balaguer «El *status* constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente,* Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional, Madrid, 2002.