

MOSTRAR LOS DERECHOS SIN DESTRUIR LA UNIÓN (*)

(Consideraciones sobre la Carta de Derechos
Fundamentales de la Unión Europea)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL LUGAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO: 1. *La protección judicial de los derechos.* 2. *La «constitucionalización» del sistema.* 3. *Las carencias del sistema. Críticas y remedios.*—III. ELABORACIÓN Y CONTENIDO DE LA CARTA: 1. *El encargo del Consejo Europeo.* 2. *La obra de la Convención.* 3. *El catálogo de los Derechos y sus fuentes.* 4. *Tipología de los Derechos Fundamentales. Derechos, principios y objetivos.* 5. *Las Disposiciones Generales.*—IV. LAS CONDICIONES DE EQUILIBRIO DEL SISTEMA.—V. CONCLUSIÓN ¿QUÉ HACER CON LA CARTA?

I. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es uno de los cuatro grandes temas seleccionados por la Conferencia de Niza como objeto de «un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión», a cuyo término (?), en el año 2004, se convocará una nueva Conferencia que, a la vista de sus resultados, deberá tratar de estos temas para introducir las correspondientes modificaciones en los Tratados (1). Dado el contexto en el que la Declaración se produjo, es obvio que esa referencia al «estatuto de la Carta» apunta a la alternativa entre el mantenimiento de ésta como simple Declaración solemne, o su incorporación, por una u otra vía, al derecho primario de la Unión. Como modesta aportación a ese debate,

(*) El presente texto es el de la ponencia presentada en las Jornadas sobre la Encrucijada Constitucional de Europa, organizadas por el Colegio de Eméritos, los días 7 y 8 del pasado mes de noviembre.

(1) La propuesta se hace en la Declaración 23, relativa al futuro de la Unión.

abierto a todos (2), el objeto del presente trabajo es simplemente el de formular una opinión acerca de cual debería ser la formalización jurídica de la Carta, su «estatuto» definitivo. Es obvio que las opiniones de este género, sea cual fuere su sentido, pueden fundamentarse en razones muy distintas; basarse de modo exclusivo o predominante en los méritos o deméritos intrínsecos del texto, o por el contrario, apoyarse sobre todo en los efectos previsibles que el modo de formalización jurídica de la Carta, hasta ahora sólo «proclamada», ha de tener para la estructura de la Unión, para la relación entre la Unión y los Estados miembros. Es esta última perspectiva, en cierto modo extrínseca, la que se adopta en el presente trabajo.

El contenido de esa opinión es el que se expresa de manera sintética en el título y de forma un poco más extensa en las Conclusiones (V). Para fundamentarla y hacer más fácil su crítica, me ha parecido necesario, sin embargo, comenzar por resumir brevemente, y sólo en los términos indispensables para el desarrollo posterior, cual era la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea antes de la proclamación de la CDF (II), exponer tras ello las razones que llevaron a elaborarla, el método seguido para hacerlo y los rasgos principales de su contenido (III) y esquematizar, por último, las condiciones de equilibrio del sistema, que la Carta podría destruir (IV).

II. EL LUGAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO (3)

1. *La protección judicial de los derechos*

Aunque la historia de esta protección ha sido muchas veces narrada, conviene recordar, una vez más, que el Tribunal de Justicia se vio obligado a asu-

(2) En rigor, y al menos en la versión castellana del texto, no se invita a un debate entre ciudadanos, sino a un amplio debate a mantener «con todas las partes interesadas», entre las que se mencionan «los representantes de los Parlamentos nacionales y del conjunto de la opinión pública, tales como los círculos políticos, económicos y universitarios, los representantes de la sociedad civil, etc.». Aunque, literalmente entendida, la invitación parece apuntar a un debate entre estas «partes interesada» y las Presidencias sueca y belga, «con la participación del Parlamento Europeo», no de tales partes entre sí, es probable que se trate de un simple defecto de expresión y que el propósito de la Conferencia fuera realmente el de invitar a un debate abierto entre todas estas partes. No cabe interpretar sin embargo del mismo modo, el hecho de que la invitación a debatir sobre el futuro de los derechos en la Unión no vaya dirigida a sus titulares, sino a unas ignotas partes interesadas, cuya enumeración ejemplificativa plantea también algunos problemas.

(3) La bibliografía sobre este tema, que ocupa un lugar destacado en todos los Manuales de Derecho Europeo y ha dado lugar a incontables monografías, es inmensa. En lo que sigue, he uti-

mirla para poder mantener con éxito el principio de primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos internos y su competencia exclusiva para interpretarlo y verificar, sin salir de su propio marco, la validez de las normas que lo integran (4). La obligación que así se imponía a los Estados miembros de aplicar dentro de sus respectivos territorios normas cuya validez no puede ser puesta en cuestión, ni negada, por los propios Tribunales, aunque violen los Derechos consagrados en las respectivas Constituciones, contradecía frontalmente el principio de la sujeción del poder al Derecho y el primado que, dentro de éste, tienen los Derechos Fundamentales. Fue la necesidad de salvar esta contradicción, que los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, los únicos entonces existentes en el seno de la Comunidad, habían puesto de relieve con discreción, la que llevó al Tribunal de Justicia a echar sobre sí la tarea de asegurar el respeto de los Derechos Fundamentales. Para ello, aunque los Tratados fundacionales no hacen referencia alguna a los Derechos Fundamentales, ni consagran ninguno de los derechos habitualmente incluidos en el repertorio de los que, con terminología titubeante, se denominan fundamentales o humanos (5), afirmó ya en 1969 que esos Derechos forman parte del ordenamiento comunitario y prevalecen sobre el resto de sus normas, siendo en consecuencia competencia del Tribunal la de asegurar que así sea (6). A partir de ese momento, en el ejercicio de ese control, que si durante mucho tiempo se aplicó sólo a las normas emanadas de la Comunidad, desde 1989 se ha extendido también a las dictadas por los Estados miembros para aplicar el Derecho comuni-

lizado especialmente tres trabajos que tienen la ventaja de unir a su excelente calidad, una dimensión reducida: un artículo de LUIS M.^º DíEZ-PICAZO: «¿Una Constitución sin Declaración de Derechos?» (*REDC*, núm. 32, mayo-agosto 1991), al que el transcurso del tiempo no ha privado de interés; otro de EMMANUELLE BRIBOSIA, muy rico de información («Quelle Charte des droits fondamentaux pour l'Union Européenne?», incluido en el libro *Vers un espace judiciaire pénal européen*, dirigido por G. de KERCHOVE y A. WAYEMBERGH, Bruselas, 2001) y, sobre todo, el de BRUNO DE WITTE: «The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», incluido en la obra colectiva dirigida por PH. ALSTON: *European Union and Human Rights* (Oxford University Press, 1999). La obra general más reciente que conozco es el libro colectivo dirigido por F. SUDRE: *Réalité et perspectives du droit communautaire des Droits Fondamentaux* (Bruylant, 2000).

(4) Sentencias de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, en Rec. 1963, pág. 2), de 15 de julio de 1964 (Asunto 6/64, *Costa-ENEL*, en Rec. 1964, pág. 1141), etc.

(5) Acerca de la imprecisión terminológica sobre la que se insiste después reiteradamente en el texto, *vid.* B. DE WITTE: *Op. cit.*, pág. 860. La única excepción a ese silencio respecto de los derechos humanos es la constituida por la inclusión en el TCE de algunos preceptos que vedan discriminaciones concretas por razón de nacionalidad (artículos 6 y 40, actuales 12 y 34) y, sobre todo, de sexo (artículo 119, hoy 141 TCE).

(6) Sentencia de 12 de noviembre de 1969, en el caso *Stauder c. Ciudad de Ulm* (caso 29/69, Rec. pág. 419).

tario, o excepcionar su aplicación (7), el TJ ha proclamado la presencia en el ordenamiento comunitario, por así decir, de un buen número de Derechos Fundamentales (8).

Para el objeto del presente trabajo, no es necesario, sin embargo, analizar críticamente el elenco de los derechos incorporados y la configuración que de ellos ha hecho el Tribunal. Ni la una ni la otra son cuestiones irrelevantes, pero lo decisivo es el punto de vista desde el que tal análisis crítico ha de llevarse a cabo, el hecho de que los Derechos Fundamentales que integran ese conjunto han sido «descubiertos» por el Tribunal en un acervo normativo ajeno al Derecho originario de la Unión, y en consecuencia configurados también por él con una libertad aún mayor que la ya grande de que disponen los Tribunales Constitucionales al aplicar las respectivas Constituciones. Una situación creada además por el propio Tribunal en virtud de una decisión singular.

Para atribuirse el poder de controlar la actividad de la Comunidad y, más tarde, de los Estados miembros desde el punto de vista de los Derechos Fundamentales no bastaba, en efecto, que el Tribunal afirmase, como hizo la Corte Suprema norteamericana en 1803, que la primacía de la Constitución autoriza, y obliga, a los jueces a inaplicar las leyes no conformes con ella, o a declararlas inválidas; esa tarea había quedado ya hecha por las decisiones trascendentales de los años sesenta. Justamente por eso, lo ahora indispensable era

(7) Esta ampliación de la competencia del TJ sigue dos líneas distintas. De acuerdo con la primera, que se inicia con la Sentencia del caso *Wachauf c. Alemania* (caso 5/88, en Rec. 1989/2609) el objeto del control son los actos estatales de aplicación de las normas comunitarias. Según la segunda, que se inicia con la Sentencia *Elleniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas*, generalmente designado como caso ERT por razones obvias (caso 260/89, Rec. 1991/2925), la competencia del TJ abarca también los actos estatales que excepcionan o restringen algunas de las libertades comunitarias. Sobre el desarrollo de estas dos líneas jurisprudenciales y los abundantes comentarios a que han dado lugar, *vid. B. DE WITTE: Op. cit.*, págs. 870-875.

(8) Dejando de lado derechos cuyo estatuto es dudoso, en cuanto su ejercicio se confunde con el de alguna de las cuatro libertades (libertad de profesión u oficio, libertad de empresa, libertad de competencia, etc.), se pueden mencionar, entre otros, la dignidad humana (*Casagrande*, Rec. 1974, 773), el principio de igualdad (*Klökner Werke*, Rec. 1962, pág. 653), el principio de no discriminación (*Defrenne-Sabena*, Rec. 1976, pág. 455, y *Cornwell County Council*, Rec. 1996, p. 572), la libertad de religión y creencias (*Vivien Prais c. Consejo*, caso 130/75, Rec. 1976, pág. 1589), el derecho a la vida (*Grogan*, Rec. 1991, p.I-4685), el derecho a la intimidad personal y familiar (*National Panasonic, c. Comisión*, Rec. 1980, pág. 2033; *Comisión c. Alemania*, Rec. 1989, pág. 1263, X. c. *Comisión*, Rec. 1994, pág. 4737) y, en relación con él, el derecho al secreto médico (*Comisión c. Alemania*, Rec. 1992, pág. 2575), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (*Hoechst*, Rec. 1989, pág. 2919), el derecho a la tutela judicial (*Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, 1651), el derecho de propiedad (*Hauer*, Rec. 1979, p. 3727), etc.

«inventar» la Constitución misma, o para ser más preciso, su «Carta de Derechos»; llenar, por así decir, el hueco que, dado el silencio de los Tratados en materia de derechos, crearon las sentencias que afirmaron su naturaleza «constitucional»; una tarea que, como es obvio, no podía llevarse a cabo sin recurrir a fuentes ajenas al Derecho comunitario, pero que al mismo tiempo debían guardar con él alguna relación ideal para que el recurso resultara aceptable. El TJ acudió en primer lugar, mediante un razonamiento que hace explícita la conexión antes indicada, a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» (9). Más tarde, y de manera muy genérica, a «los instrumentos internacionales de protección de los derechos, entre los que destaca la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) (10), una referencia que se suma, sin desplazarla, a la de las tradiciones constitucionales comunes, para convertirse en la principal «fuente de inspiración» del TJ en la materia (11).

La curiosa expresión que se da entre comillas, apunta a la clave de arco de esta construcción jurisprudencial, su elemento más audaz, origen tanto de su fertilidad como de su vulnerabilidad. Es evidente, en efecto, que por justificada que moralmente esté su invocación, ni las tradiciones constitucionales comunes, ni la CEDH son parte del ordenamiento primario de la Comunidad, ni puede el TJ convertirlas en fuentes formales de los Derechos, para hacer de la Convención, o (superando dificultades aún mayores) de las Constituciones nacionales que incorporan esas tradiciones, textos directamente aplicables para controlar el derecho derivado, o el de los Estados miembros; aquélla o éstas sólo pueden valer, a lo sumo, como fuentes materiales que inspiren la búsqueda del Tribunal para llenar de contenido normas ya presentes en aquél ordenamiento primario y cuya peculiar estructura permita atribuir obligatoriedad jurí-

(9) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, caso *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* (caso 11/70, en Rec. 1125). Tras afirmar que «La validez de una medida de la Comunidad, o sus efectos en el interior de un Estado miembro no pueden verse afectadas por alegaciones de que va contra los Derechos Fundamentales consagrados por la Constitución del Estado, o de los principios cardinales de ésta», la sentencia sostiene que: «Sin embargo es necesario examinar si se ha observado o no una garantía análoga inherente al derecho comunitario. De hecho, el respeto por los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario protegido por el Tribunal de Justicia. La salvaguardia de tales derechos, inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, ha de quedar asegurada en el marco de la estructura y los objetivos del derecho comunitario».

(10) Sentencia *Nold* (caso 4/73, en Rec. 1974, pág. 491). De hecho, el TJ se limita a decir, en términos notablemente vagos, que tales instrumentos «son indicaciones que conviene tener en cuenta en el derecho comunitario».

(11) Sentencias importantes en este camino han sido las dictadas en los casos *Rutili* (Rec. 1975, pág. 1432, y *Hauer* caso 44/79, en Rec. 3727).

dica a contenidos ajenos a él. Para dotar de vigencia, como parte del ordenamiento comunitario, a unos Derechos Fundamentales que éste no consagra de manera explícita, el TJ hubo de apelar en consecuencia a una categoría, la de los «principios generales», que en los países de *civil law* se ha utilizado tradicionalmente para superar, con intencionalidades políticas muy diversas, la rígida sujeción del juez al imperio de la ley: los derechos definidos como «fundamentales» o «humanos» en otros ordenamientos, valen en el comunitario como «principios generales».

La decisión es admirable, entre otras cosas, por su audacia, pues ni el Tratado de París, ni el de Roma, hacen referencia a los principios generales como fuente del Derecho comunitario. El artículo 215 (hoy 288) del TCE se remite a «los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», para determinar la reparación que proceda por los daños causados por sus instituciones o agentes; el 173 (hoy 250) menciona la violación del Tratado «o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución» al enumerar los fundamentos posibles de los recursos de anulación, y el 164 (hoy 230) afirma que el TJ «asegura el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del... Tratado». Esto es todo. Es más fácil sostener que, pensaran lo que pensasen los autores de los Tratados, el Derecho aplicable a las relaciones entre la Comunidad, los ciudadanos y los Estados miembros, no se agota en el texto escrito de aquellos porque ningún ordenamiento puede prescindir de los «principios generales del derecho», que pretender construir, a partir de la débil base que ofrecen esos tres preceptos, una remisión general a tales principios para llenar las lagunas del ordenamiento comunitario. Una laguna que debe ser llenada, además, por normas del máximo rango constitucional (12).

Es seguramente la identidad de rango de las normas a las que se apela como principios, la que ha llevado a establecer un paralelismo entre estas decisiones del TJ y aquella a partir de la cual, aproximadamente por la misma época, el Consejo Constitucional francés resolvió incluir entre las normas de referencia a tener en cuenta para juzgar la constitucionalidad de las leyes, «los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», que el

(12) Esta es también la idea que se desprende del muy interesante trabajo que el Presidente del Tribunal dedicó hace un par de años al lugar de los principios en el derecho Comunitario (G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Reflections on the General Principles of Community Law», en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 1, 1998, Hart Publishing, 1999).

Que los Tratados son la «Constitución» del ordenamiento comunitario es cosa que no ofrece duda; otra cuestión, en la que no hay que entrar aquí, es la de si es lícito o no utilizar la misma denominación para designar dos estructuras de normas fundamentales tan distintas como son las representadas por los Tratados fundacionales y sus sucesivas modificaciones, de una parte, y las Constituciones nacionales, de la otra.

Preámbulo de 1946 menciona, juntamente con la Declaración de 1789, como consagración de los «derechos y libertades del hombre» que la Constitución reafirma (13). Aunque este paralelismo no es erróneo, hay sin embargo, dentro del mismo derecho francés, otra doctrina jurisprudencial, cuya semejanza con la del TJ es aún mayor y que a comienzos de la década de los setenta era mucho más conocida y celebrada que la del Consejo Constitucional. Desde el comienzo de los años cincuenta, durante toda la vida la IV República y, aunque al parecer de manera menos vigorosa, también después de 1958, el Consejo de Estado venía utilizando los «principios generales» como normas de referencia para controlar la validez de los reglamentos, una práctica iniciada en la época de Vichy para frenar algunos excesos autoritarios, pero mantenida después de desaparecidas las circunstancias que dieron lugar a su aparición. Es cierto que esos principios generales, cuyo lugar en el ordenamiento no era del todo preciso, no eran considerados como normas constitucionales, ni vinculantes, en consecuencia, para el legislador, cuya obra, por lo demás, no estaba sometida en la Cuarta República francesa a control jurisdiccional alguno, pero la relación entre los principios generales y las normas que deben respetarlos no se plantea en el ordenamiento comunitario en esos términos, porque no es éste un ordenamiento jerarquizado. No existe en él una categoría normativa semejante a la de la ley, o por mejor decir, en el Derecho originario se funden los caracteres propios de ésta con los típicos de la norma constitucional, de manera que las instituciones dotadas de capacidad normativa no pueden hacer todo lo que la «Constitución» no le impide, sino sólo aquello para lo que ésta les autoriza. No son, como los legisladores nacionales, creadores libres del derecho dentro del marco constitucional, sino que, como los titulares de la potestad reglamentaria, disponen sólo de discrecionalidad para perseguir las finalidades definidas por las normas superiores.

2. *La «constitucionalización» del sistema*

Aunque ya en 1977 la audaz construcción jurisprudencial recibió el respaldo de los poderes políticos, que en una Declaración conjunta afirmaron su

(13) Sentencia de 16 de julio de 1971 ((71-44 DC). La apelación a los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» era indispensable en este caso porque el derecho en cuestión, la libertad de asociación, no figura en la Declaración de 1789. Esta sentencia resuelve también, de manera definitiva, el largo debate sobre el valor jurídico del Preámbulo constitucional, aunque no es la primera en atribuir fuerza vinculante al Preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión de éste, también al de 1946. Para el análisis crítico de esta decisión, *vid.* por todos, el incluido en la obra de L. FAVOREU y L. PHILIP: *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel* (11.ª ed., Dalloz, 2001, págs. 239 y sigs.).

voluntad de respetar, «en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas», «los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como de la CEDH» (14), su incorporación a los Tratados ha sido lenta y dificultosa. El Preámbulo del Acta Única contiene una referencia a la responsabilidad de Europa en la defensa de la democracia y del respeto al Derecho y a los Derechos Humanos (15), pero habrá que esperar hasta el Tratado de Maastricht para que el derecho originario incorpore lo que, por obra del TJ, venía siendo desde hacía mucho tiempo una norma básica sobre las fuentes del Derecho comunitario. Y lo hizo además en términos tales que casi la anulaba al tiempo de proclamarla: el artículo F (actual 6.2) incorporaba literalmente la fórmula consagrada por la jurisprudencia, pero al mismo tiempo el artículo L (actual 46), además de excluir del control jurisdiccional las actuaciones que se llevaran a cabo en el marco del Segundo y del Tercer Pilar, no mencionaba ese precepto entre los que el TJ debía aplicar. Sólo más tarde, el texto de Ámsterdam, que en este punto sólo cambios menores ha sufrido en Niza, además de mantener la fórmula ya introducida en Maastricht para consagrar la doctrina del TJ, la incluye en el conjunto de normas que el Tribunal ha de tener en cuenta para enjuiciar la legitimidad de las decisiones sometidas a su control, cuyo ámbito se extiende ahora también, aunque limitadamente, al campo de la cooperación policial y judicial en materia penal (16).

Además de esta mayor atención a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión, reflejo seguramente de la extendida conciencia de que las acciones de ésta les afectan cada vez más, hay que subrayar también que el Tratado de Ámsterdam contiene una norma que establece, por vez primera, la vinculación de la Unión Europea a los Derechos Humanos, una vinculación de la que se extraen a continuación consecuencias muy importantes. El respeto «a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales» es (artículo 6.1) uno de los principios en los que se basa la Unión y por tanto una de las condiciones inexcusables para ingresar en ella (artículo 49) y uno de los objetivos de su po-

(14) Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales de 5 de abril de 1977.

(15) El texto del quinto párrafo es el siguiente: «CONSCIENTES de la responsabilidad que incumbe a Europa de procurar adoptar cada vez más una postura uniforme y de actuar con cohesión y solidaridad, con objeto de proteger más eficazmente sus intereses comunes y su independencia, así como reafirmar muy especialmente los principios de la democracia y el respeto al Derecho y a los derechos humanos, que ellos propugnan, a fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de acuerdo con el compromiso que asumieron en el marco de la Carta de las Naciones Unidas».

(16) Artículo 46.b) y d) TUE.

lítica exterior y de seguridad (artículo 11), a cuyo logro debe contribuir la política de cooperación al desarrollo (17). Por último, la violación grave y persistente de esos derechos (como del resto de los principios) puede dar lugar a sanciones muy graves (18).

Esta distinción que el Tratado de Ámsterdam hace, en dos apartados sucesivos del mismo artículo, entre los Derechos Humanos, de una parte, y los Derechos Fundamentales, de la otra, permite poner en cuestión la práctica generalizada de tratar ambas nociones como absolutamente equivalentes. Se ahorra sin duda así el esfuerzo de delimitar dos conceptos muy próximos entre sí y se evita el riesgo de caer en una construcción dogmática puramente formal, pero se pierde también una perspectiva indispensable para el análisis del tema que aquí se estudia. En una primera aproximación, la delimitación entre ambos conceptos resulta inmediatamente del texto del Tratado: la Unión *se basa en el respeto* de los Derechos Humanos y *respeta* los Derechos Fundamentales; aquellos le sirven de fundamento, de base; estos otros de límite. La primera de estas frases, la del apartado primero del artículo, no es de una claridad meridiana, pero sea lo que sea lo que se pretende decir al afirmar que el respeto de los Derechos Humanos es la base sobre la que se construye la Unión, es seguro que el significado de esta afirmación no coincide con el del segundo enunciado, que proclama simplemente el respeto de la Unión a los Derechos Fundamentales. Cabe pensar que con ello no se va demasiado lejos, pero a los efectos del presente trabajo, al menos en este punto de su desarrollo, no es poco el avance. No autoriza a sostener que, contra toda evidencia, quepa hablar hoy de una diferencia de objeto entre los Derechos Humanos y los Fundamentales (19), pero sí, al menos, que las dos denominaciones distintas designan dos

(17) Artículo 177 TCE. Incluso otras políticas en relación con terceros países. *Vid.*, al respecto, Reglamento 976/99.

(18) Artículo 7 en relación con el 6.1 TUE. El Tratado de Niza [artículo 46.e), nuevo, que desplaza al anterior, ahora 46.f)] extiende la competencia del TJ al conocimiento de las «disposiciones exclusivamente procedimentales» contenidas en el artículo 7, que antes escapaba por completo de ella.

(19) La diferencia entre los derechos humanos y los que hoy llamamos fundamentales en Europa y constitucionales en los Estados Unidos de América, aparece clara en los orígenes del constitucionalismo. Los derechos humanos, anteriores a cualquier ordenación positiva, son Derechos frente a todos, no frente al Estado, cuya razón de ser es justamente la de construir sobre ellos el Derecho positivo, respaldado por la coacción, para asegurar su efectiva vigencia en las relaciones interindividuales en el seno de la sociedad; proteger, frente al ataque de los demás, la vida, la libertad y los bienes de cada individuo. La idea aparece con nitidez en los textos fundacionales: El fin de toda asociación política, dice el artículo 2.º de la Declaración de 1789, es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de los hombres...: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. «Son verdades evidentes, afirma la Declaración de Independen-

órdenes jurídicos diversos, dos modos diferentes de relación. El «objeto» del derecho a la libertad de expresión, el ámbito de actividad individual protegido, es siempre el mismo, con independencia de que se lo conceptualice como Derecho Humano, o Fundamental, pero la estructura de la protección es muy distinta en uno y otro caso. En el primero, es una protección regulada por el Derecho Internacional; la obligación de respetar los Derechos está en consecuencia garantizada por los instrumentos propios de éste, de manera que incluso en el caso en el que esa protección está encomendada a un Tribunal, como el TEDH, no puede éste remediar por sí mismo la infracción, sino sólo exigir al Estado responsable que la remedie, otorgando al perjudicado una satisfacción. En el segundo, se trata de una obligación derivada del Derecho interno, cuya infracción ha de ser remediada en consecuencia por los tribunales del propio Estado, que disponen de todas las facultades necesarias, no sólo para disponer com-

cia de los Estados Unidos, que todos los hombres nacen iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables entre los que se cuentan el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad, y que es para asegurar estos derechos para lo que los hombres instituyen Gobiernos cuyos poderes derivan del consentimiento de los gobernados».

Estos derechos humanos imponen al Estado, en consecuencia, la obligación positiva de hacerlos efectivos en el seno de la sociedad, no la puramente negativa de respetarlos, que sería absurdo.

La Teoría del Estado constitucional, que integra la autonomía privada y la colectiva, la libertad individual y la del grupo, cuya voluntad soberana puede concretar de muchas maneras diversas estos derechos humanos abstractos, no está construida, sin embargo, ni podría estarlo, sobre la noción de los fines del Estado, sino sobre su forma necesaria, sobre los derechos que limitan su poder o imponen modos determinados a su ejercicio (principio de legalidad, juicio por jurados, etc. *Vid.* por todos, HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, especialmente, Capítulo III, págs. 112 y sigs., en la 4.ª ed., Suhrkamp, 1994).

Por eso estos derechos «clásicos» son derechos negativos, derechos de defensa o derechos «procesales», derechos a organización y procedimientos. La situación se complica cuando, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y sobre todo en el XX, las Constituciones comienzan a incorporar, entre los garantizados, derechos a una actuación positiva del Estado, incluso y sobre todo, derechos a una prestación fáctica, y, ya después de la Segunda Guerra Mundial, surge un sistema de protección internacional de los Derechos Humanos que impone a los Estados la obligación «positiva» de asegurar la efectividad de esos Derechos que en su origen eran simples limitaciones de su poder. La distinción entre límites y finalidades u objetivos se ha hecho así borrosa y ha llevado a la doctrina (más a la europea que a la norteamericana) al descubrimiento de un «aspecto objetivo» de los Derechos Fundamentales, que impone al Estado una obligación positiva e incluso los dota de eficacia «horizontal». Un curioso intento de enlazar los derechos humanos en su sentido originario con los derechos constitucionales o fundamentales, entendiéndolo que el derecho a la búsqueda de la felicidad es uno de los derechos innominados de la Novena Enmienda, lo ofrece el libro de CHARLES L. BLACK: *A New Birth of Freedom* (Grosset-Putnam, 1997). Al celebrar esta obra de su maestro, LAURENCE TRIBE («Pursuing the Pursuit of Happiness», en *New York Review of Books* de 24 de septiembre de 1998) señala, naturalmente, que la atrevida construcción sólo es aceptable en cuanto no lleve a derechos «positivos».

pensaciones, sino para anular los actos lesivos y reponer al perjudicado en el pleno goce de sus derechos (20). Claro está que no se trata de dos órdenes jurídicos estancos, que el cumplimiento de la obligación internacional de respetar los Derechos Humanos puede llevar a la necesidad de establecer un sistema de protección de los Derechos Fundamentales, y que la garantía internacional de aquellos puede ser utilizada en algunos casos por los titulares de estos como una última línea de defensa, pero esa interconexión de los dos órdenes jurídicos no anula la diferencia. Los Derechos Humanos constituyen una categoría aplicable a las relaciones entre Estados y así la emplea el Tratado de la Unión. Los Derechos Fundamentales son, por el contrario, una categoría propia del Derecho interno de la Unión, relevante sólo, en principio, para la relación entre esta y sus propios ciudadanos, o más ampliamente, las personas físicas o jurídicas sujetas a su acción. El avance logrado a partir de este elemental análisis del tenor literal de los enunciados de Derechos, no es enorme, pero no está exento de utilidad. Además de poner en evidencia, por ejemplo, la dudosa solidez de algunas argumentaciones que denuncian la distancia existente entre la política de la UE en materia de Derechos Humanos y su insuficiencia en materia de Derechos Fundamentales, proporciona un punto de vista imprescindible para la crítica de la Carta. Antes de llegar a ese texto, es necesario sin embargo prestar alguna atención al camino que nos ha llevado hasta él, que se inicia con las críticas a la situación existente.

(20) La diferencia entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales se hace aún más patente cuando el concepto de estos se formaliza, haciendo elemento esencial del mismo la garantía judicial de los Derechos frente al legislador. La distinción que así se establece entre Estado formal de Derecho y Estado material de Derecho es de muy escasa relevancia para la protección internacional de los Derechos Humanos, pues son muy frecuentes las situaciones (generalmente aquéllas en las que ésta protección es más necesaria) en las que la violación de los Derechos no es consecuencia del defectuoso contenido de la norma legal, sino de su infracción. El olvido de esta dualidad de perspectivas es el origen de algunas paradójicas sentencias del TEDH en las que se condena al Estado demandado por una infracción del Derecho *in abstracto*, al mismo tiempo que se le absuelve de una infracción concreta del mismo Derecho. Así, por ejemplo, en el caso *Valenzuela Contreras c. España* (STEDH, de 30 de julio de 1998), cuya doctrina recogió el Tribunal Constitucional en la Sentencia 49/1999.

Sobre el concepto formal de los derechos Fundamentales *vid.* nota 31, *infra*. Sobre los Derechos Humanos como categoría específica del Derecho Internacional, *vid.* L. HENKINS: *International Law, Politics, Values and Functions*, en *Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya* (vol. IV, 1989). En otro trabajo del mismo HENKINS [«International Human Rights and Rights in the United States», en TH. MERON (ed.), *Human Rights in International Law*], la diferencia se pone en el carácter positivo de los Derechos Humanos en el plano internacional, frente al puramente negativo de los Derechos constitucionales, pero este criterio no es aplicable a todos.

3. *Las carencias del sistema. Críticas y remedios*

Ni los resultados logrados por el Tribunal, ni la incorporación a los Tratados de su audaz construcción, acallaron o disminuyeron, las críticas a una situación a la que se atribuyen numerosos defectos, ajenos algunos a la inexistencia de una Declaración de Derechos que esa construcción ha venido a sustituir, y más o menos directamente relacionados con ella otros muchos. No derivan de la ausencia de Declaración la insuficiencia de las vías que el TCE prevé para que los particulares puedan acudir ante el Tribunal por lesión de sus Derechos, ni la interpretación, que muchos juzgan inadecuadamente restrictiva, que el propio Tribunal ha hecho de las condiciones de legitimación requeridas para interponer el recurso previsto en el párrafo cuarto del artículo 230 TCE. Tampoco existe una relación clara entre la inexistencia de una Declaración de Derechos y otros reproches dirigidos contra el Tribunal, tales como el de dejar fuera de control un amplio dominio de actividad de los Estados, o el de emplear frente a ellos un criterio más estricto que el utilizado frente a los actos de las instituciones comunitarias. Pero no es imposible argumentar que tal Declaración impediría esos defectos, o ayudaría a corregirlos, pues es su ausencia la que origina la superficialidad y la tosquedad conceptual de un control que opera a partir de unos principios generales poco definidos, y contruidos a partir de una inducción que, además, es en sí misma defectuosa (21). De otro lado, también es posible que la inexistencia de una Declaración haya sido un obstáculo para que los ciudadanos de la Unión tengan conciencia clara de sus Derechos frente a ella, pero dado que estos coinciden sustancialmente con los que tienen como ciudadanos de sus respectivos Estados, de los que en general son plenamente conscientes, no es seguro que quepa atribuir a esa conciencia incompleta la infrecuente invocación de los derechos al atacar los actos de la Comunidad; tal vez haya otras razones. En todo caso, se exagera al afirmar que en el sistema actual los derechos existen sólo a partir del momento en que el Tribunal ha hecho uso de ellos. Sí es evidente que, ni en estado de latencia, ni después de que el Tribunal los haya hecho aflorar, pueden ahora estos derechos «construidos», pero no declarados, desempeñar otra función que la de servir de límite a la actuación de las instituciones, no la de determinar los objetivos de esa actuación (22), pero esa incapacidad no es, como intentaré sostener después, un

(21) *Vide* sobre esto, además de los trabajos citados en nota 3, *supra*, el de A. V. BOGDANDY: «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel», en *Juristenzeitung*, año 56, núm. 4, de 16 de febrer de 2001, especialmente págs. 162-168.

(22) La afirmación es de L. M.^a DÍEZ-PICAZO en el trabajo citado en nota 3, *supra*, pág. 148.

defecto del sistema, sino una virtud a preservar. En todo caso, consistentes o no, estas críticas generalizadas han pesado menos que el hecho de que, reiteradamente, los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, y muy especialmente los de Alemania e Italia, hayan considerado que si bien la protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia hace innecesario el ejercicio de sus propias competencias el sistema existente no hace posible renunciar a ellas. Todavía en su Informe sobre los Derechos Fundamentales en la creación y aplicación del Derecho comunitario (23), elaborado a raíz de la famosa decisión *Solange I*, la Comisión, se inclinaba por mantener el sistema creado por el Tribunal, y tras ponderar las ventajas e inconvenientes que ofrecería una Carta de Derechos propia de la Comunidad, así como las dificultades previsibles para su elaboración y aprobación, concluía que, al menos mientras las competencias de la Comunidad no se extendiesen a materias más políticas, en las que su acción tenga una incidencia más directa sobre la vida de los ciudadanos, se podía prescindir de ella. A partir de esa fecha, sin embargo, se han multiplicado las iniciativas dirigidas a cambiar el sistema, sustituyendo las «fuentes de inspiración» del Tribunal, por una fuente «formal», un repertorio explícito de derechos, para lo cual se han propugnado a su vez fórmulas distintas, entendidas a veces como alternativas excluyentes y otras como complementarias.

Las dos fórmulas exploradas para dotar, antes a las Comunidades y después a la Unión, de un repertorio concreto de Derechos Fundamentales, han sido las de su adhesión a la Convención Europea de los Derechos Humanos, y alternativamente, o además, como antes se indica, la de incorporar a los Tratados un *Bill of Rights*. La primera de ellas, que a partir de una iniciativa de la Comisión (24), respaldada después por las restantes instituciones, había sido la solución perseguida con mayor insistencia por la Comisión y el Consejo hasta 1996, después de esta fecha, y como consecuencia del Dictamen del TJ que la declaró imposible sin previa reforma de los Tratados (25), ha quedado relegada a un segundo lugar, como solución por así decir comple-

(23) Su texto, que lleva fecha de 4 de febrero de 1976 y fue transmitido inmediatamente al Consejo y al Parlamento, puede verse en *BOCE*, Suplemento 5/76.

(24) Formalizada por primera vez en 1979 (*BOCE*, Supl. 2/79) y reiterada al menos en 1990. Todavía el Documento preparado por el «Grupo de Reflexión» encargado de orientar los trabajos de la Conferencia Intergubernamental de la que saldría el Tratado de Ámsterdam (Grupo Westendorp), incorporado como Anexo 15.º a las Conclusiones del Consejo de Madrid (diciembre de 1995) se inclina, aunque de manera muy dubitativa, por la adhesión a la CEDH.

(25) Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, en Rec. I-1759.

mentaria de la principal (26), la de dotar a la Unión de su propia Declaración de Derechos.

En la perspectiva del Parlamento Europeo, que al menos desde 1984 había perseguido con tesón la idea, e incluso había aprobado sucesivamente diversos Proyectos (27), una Declaración de este género aparecía vinculada siempre a la aprobación de una «Constitución Europea», una vinculación que aparentemente el Consejo y la Comisión no consideran necesaria, con independencia del juicio que hagan de su conveniencia, que hasta el presente no parece especialmente positivo. Esta es probablemente una de las razones por las que, después de la entrada en vigor del Tratado de la Unión, el Parlamento no ha retomado sus viejos «proyectos» ni elaborado otros nuevos, y la tarea de encontrar la fórmula adecuada para la protección de los derechos en el seno de la Unión ha sido encomendada a una serie de «Comités de sabios» designados por la Comisión, cuyos trabajos se ponen a disposición de los órganos encargados de la decisión, especialmente, el Consejo Europeo, aunque es difícil precisar cual haya sido su influencia real sobre las decisiones de éste (28).

(26) En sus dos *Comunicaciones sobre la Carta de los DF de la UE*, de 13 de septiembre y 11 de diciembre de 2000 la Comisión insiste significativa y reiteradamente, sobre la posibilidad y la conveniencia de la adhesión como protección añadida a la que ofrece la Carta. Una de las sorprendentes razones en las que la Comisión se apoya es la de que así se aseguraría un control «externo» de las actividades de la UE, que utiliza también el Comité Pintasilgo, al que nos referimos más abajo. La idea de que el control de constitucionalidad no puede ser confiado a los jueces ordinarios, que inspira el difícil desdoblamiento de la jurisdicción constitucional y la ordinaria típico del llamado «modelo europeo», se lleva así hasta el absurdo. En la adhesión insiste también la *Agenda de los Derechos Humanos para la Unión Europea en el año 2000*, preparada por un «Comité de sabios» designado por la Comisión y presentada en Viena en octubre de 1998. En el trabajo de Ph. Alston y J. Weiler que manifiestamente ha servido de base a tal «Agenda», no se hace referencia alguna a una eventual Carta y la fijación del texto de los derechos se encomienda en exclusiva a la adhesión, tanto más necesaria cuanto que hay muchos Estados miembros que no han ratificado aún los sucesivos Protocolos de la CEDH, o lo han hecho sólo con reservas importantes. A juicio de los autores, esa adhesión no requiere además la previa modificación de los Tratados, pues el razonamiento del TJ en el Dictamen de 1996 «no es persuasivo». El trabajo de ALSTON y WEILER («An ever closer Union in Need of a Human Rights Policy. The EU and HR») puede verse en el volumen colectivo editado por PH. ALSTON citado en nota 3, que incluye también la «Agenda» del Comité de sabios.

(27) El PE aprobó el 12 de abril de 1989, y por tanto dentro del plazo de cinco años fijado en el Proyecto Spinelli de Tratado de la Unión, una Declaración de Derechos que sigue el modelo de la CEDH. En 1994 se aprueba una nueva declaración (Proyecto Hermann).

(28) El Comité Pintasilgo, nombrado en abril de 1995 para estudiar la incorporación de los derechos sociales, entregó su Informe, cuyo contenido excede de los límites de la encomienda, en 1996. En él se propone, entre otras muchas cosas, la incorporación a los Tratados de un conjunto reducido de Derechos Fundamentales (unos justiciables y otros no —Parte III) y la apertura de un período de reflexión y debate a cuyo término, al cabo de cuatro o cinco años, se elaboraría «una

El impulso inmediato del acuerdo por el que el Consejo de Colonia decidió acometer la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no vino en todo caso de ninguno de estos Comités, sino del Gobierno alemán, constituido apenas dos meses antes de asumir la Presidencia de la Unión, y que en el momento de hacerlo anunció ya su intención de aprovecharla para poner en práctica el Programa de la coalición gubernamental, en el que figuraba el propósito de dotar a la Unión de una Declaración de Derechos (29).

III. ELABORACIÓN Y CONTENIDO DE LA CARTA

1. *El encargo del Consejo Europeo*

Con una expresión que resulta retorcida en todas las lenguas que conozco, el Consejo de Colonia (30) expresó su convencimiento de que «en el actual estado de evolución de la Unión Europea, habría que resumir y poner de relieve en una carta los derechos fundamentales vigentes a nivel de la Unión», una idea que se desarrolla en el Anexo IV, al que a continuación se remite. Según éste, a juicio del Consejo esa Carta deberá incluir, *como principios generales del Derecho comunitario*. (subrayado nuestro) «los derechos de libertad e igualdad, y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes». A este conjunto, des-

lista moderna de derechos cívicos y sociales» (Parte IV). En lugar de la adhesión a la CEDH, y siempre con la finalidad de conseguir un «control externo» de la actividad de la UE, sugiere la creación de un Tribunal especializado en la protección de los Derechos, e integrado por jueces de los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros.

El Comité Simitis, cuyo Informe, mucho más breve que el anterior, está fechado en febrero de 1999, parece inspirado por un espíritu más activista. Insiste en que no es ya momento de continuar discutiendo sobre el contenido de la futura Carta, sino de promulgarla. Ese contenido debe quedar determinado por la recepción de los derechos recogidos en la CEDH, a la que deben sumarse algunos derechos sociales, pues estos y los civiles forman un conjunto indivisible, aunque unos sean derechos justiciables y otros objetivos de la acción política de la Unión. Esta lista inicial debe quedar abierta para hacer posible la incorporación de nuevos derechos.

(29) De hecho, ese propósito era parte de la oferta electoral de los Verdes. Las ideas básicas de la iniciativa alemana pueden verse en el artículo que la profesora Herta Däubler-Gmelin, Ministra federal de Justicia publicó para celebrar su triunfo, al iniciarse los trabajos de la Convención: «Vom Marktbürger zum EU - Bürger. Plädoyer für eine Grundrechte - Charta der Europäischen Union», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 7, de 10 de enero de 2000.

(30) El Consejo se reunió los días 3 y 4 de junio de 1999. La frase transcrita es el párrafo 44 de las Conclusiones de la Presidencia.

crito en los términos del artículo 6.2 TUE, han de agregarse «los derechos básicos que corresponden a los ciudadanos de la Unión». De manera menos firme, se añade, por último, que, siempre a juicio del Consejo, al redactar la Carta «se tendrán en cuenta también derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (artículo 136 TCE), en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión». Verosímelmente, esta remisión entre paréntesis al TCE no tiene otro sentido que el de recordar que la inclusión en la Carta de estos derechos indeterminados no debe alterar el status que en él se le atribuye, más el de servir de marco de referencia a la actividad de la Comunidad que el de obligarla a llevar a cabo actuaciones determinadas (31).

Los términos utilizados para sugerir la eventual incorporación de estos «derechos económicos y sociales» a una Carta de *Derechos Fundamentales*, evidencian en todo caso que el Consejo opera con un doble concepto de esos Derechos. De una parte, un concepto estricto, según el cual son Fundamentales los Derechos que definen el status básicos de todas las personas sometidas a la jurisdicción de la UE, y que abarca todos aquellos derechos que los jueces han inducido (o pueden inducir), como principios generales del Derecho comunitario, de las tradiciones constitucionales comunes, etc. De la otra, un concepto amplio, que aunque no inhabitual en la vida pública europea, se distingue claramente del anterior. En ese sentido amplio, al que corresponde también, por ejemplo, el encabezamiento del Título I de la Constitución Española, la categoría de los Derechos Fundamentales no abarca sólo el conjunto de los Derechos que determinan el status básico de las personas naturales y jurídicas sujetas a la jurisdicción del Estado, que son los Derechos Fundamentales en sentido estricto, sino todos los Derechos, sea cual sea su estructura y su función, que por su inclusión en la Constitución, pueden ser considerados como fundamento de legitimidad del poder. Entre ellos, una serie más o menos larga de derechos de prestación que resultan de las normas que enuncian finalidades del Estado, e incluso también, frecuentemente, el enunciado mismo de esas finalidades, aunque no se haga en términos de «derechos». La legitimidad política de este concepto amplio de los Derechos Fundamentales está fuera de cuestión, y es probable que, para no pocos hombres de nuestro tiempo, la legitimidad del Estado dependa más de su capacidad para proporcionar seguridad

(31) Como se recordará, en ese precepto, al enumerar los objetivos de la política social de la Comunidad y de los Estados miembros, se afirma que una y otros «tendrán presentes» derechos sociales fundamentales «como los que se indican en la Carta Social Europea... de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989».

social o protección de la salud que de su exquisito respeto a las libertades o a los derechos políticos de los ciudadanos, pero para el lenguaje jurídico, dada la diferencia de regímenes, ese uso es profundamente perturbador y fuente de muchas confusiones. La diferencia entre los Derechos Fundamentales en el sentido estricto de la expresión, es decir, los Derechos que, a falta de mejor denominación, he llamado de «status», y esos otros Derechos que, también con dudosa corrección llamo de prestación, y que se califican igualmente de fundamentales cuando la expresión se utiliza en forma más amplia, no reside en el hecho de que aquellos puedan ejercerse sin una intermediación del legislador, y estos otros no, sino en la naturaleza de esa intermediación. Es evidente que el ejercicio del derecho de sufragio, o del derecho a la tutela judicial, requiere la existencia previa de un buen número de normas que regulen la organización y el procedimiento, pero no depende de estas normas la definición del derecho mismo, de su titularidad y de su contenido. El derecho de sufragio corresponde a todos los ciudadanos por igual, y derecho a la tutela judicial tienen todos los hombres por el simple hecho de serlo, por eso son derechos de status, y por eso no es absurdo atribuirles un «contenido esencial»; el derecho a recibir asistencia sanitaria, o cualquier otra prestación de bienes o servicios, no es un derecho de todos, sino sólo de quienes se encuentran en situaciones determinadas, que han de ser definidas por la ley, la cual ha de precisar también la naturaleza y el alcance de esas prestaciones. En razón de esa diferencia, nada hay en la estructura de los Derechos de status que impida hacerlos valer frente al legislador, atribuir a todos los jueces, o a una jurisdicción constitucional, la facultad de controlar las leyes; por el contrario, la estructura de los segundos sólo permite alegarlos ante la jurisdicción «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», como dice nuestra Constitución (32). El empleo simultáneo

(32) Aunque, así entendidos, no es la garantía judicial de su eficacia frente al legislador, sino la simple posibilidad de establecerla, el criterio que distingue a los Derechos Fundamentales en sentido estricto de los que sólo en una acepción más amplia de este concepto, que prescinde de la estructura interna de los derechos, se incluyen también bajo esta denominación, la doctrina dominante en Europa equipara Derechos Fundamentales y derechos que el juez ha de asegurar al margen de la ley o contra ella. Según tal doctrina, el concepto jurídico de los Derechos Fundamentales no incluye los Derechos existentes en los numerosos Estados miembros de la Unión carentes de jurisdicción constitucional, aunque sean Derechos de status plenamente vigentes y escrupulosamente respetados en la práctica. Esta concepción puramente formal de los Derechos Fundamentales no es utilizable por eso para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, integrada por Estados con sistemas jurídicos muy diferentes. Llevada a su extremo lógico, haría difícil rastrear Derechos Fundamentales en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros que no tienen actualmente jurisdicción constitucional, e incluso limitaría a un período bastante corto la tradición explorable de los que hoy cuentan con ella. Por el contrario, su uso para

de ambas nociones de los Derechos, la amplia y la estricta, origina frecuentemente, como antes se indica, confusiones y errores que los redactores de la Carta han intentado impedir, como veremos después, mediante la creación de una categoría, la de los principios, que sin embargo no tiene reflejo claro en el texto.

El margen de libertad creadora que este doble concepto de los Derechos Fundamentales que la Carta ha de «resumir» (33) ofrece a sus redactores, no se ve reducido, sino ampliado, por la determinación de que se trata de los Derechos «vigentes al nivel de la Unión», pues ninguno de los dos conceptos utilizados para establecerla son claros. ¿Se trata de los Derechos cuya vigencia ha sido ya establecida por el Tribunal de Justicia, o también de aquellos que éste podría detraer de sus «fuentes de inspiración»? ¿Derechos que han sido invocados frente a las instituciones y órganos de la Unión, o también aquellos que, dada las competencias de ésta, no han sido invocados jamás, ni, por su naturaleza es imaginable que puedan serlo nunca? ¿Derechos vigentes en la Unión o Derechos vigentes en los Estados miembros? No es sorprendente por eso que los autores de la Carta no se hayan sentido obligados a precisar, para respetarlos estrictamente, los límites que el encargo les imponía, e incluso se hayan sentido autorizados para traspasar los que parecían derivarse de la finalidad del mismo.

Según sus términos expresos, la finalidad del encargo no es la de incorporar al ordenamiento comunitario unos Derechos de los que hasta ahora carecía, sino, simplemente, la de hacer visibles Derechos que ya existían en él como derechos vigentes; «ponerlos de relieve», «poner de manifiesto a los ciudadanos su sobresaliente importancia y su alcance». Se trata en consecuencia de una finalidad política, pedagógica, no jurídica. Semejante, en apariencia, a la que animaba a los miembros de la Asamblea Nacional francesa al aprobar la Declaración de 1789, pero con un sentido bien distinto al de ésta. No se trata ahora, como entonces, de afirmar una concepción de la política y del Estado, de proclamar la existencia de unos derechos «naturales, inalienables y sagrados», cuya conservación, que es la finalidad de toda asociación política, dota a éstas de competencias universales, sino de resaltar ante sus titulares la impor-

el análisis de la Carta no plantea problema alguno. Como en este caso la carreta va, por así decir, delante de los bueyes, y los jueces que aplican los Derechos existían antes de que estos fueran enunciados, no hay duda de que en la Carta, los Derechos Fundamentales en sentido estricto son Derechos justiciables.

(33) Este término, que es el que utiliza texto castellano de las Conclusiones, no es el equivalente al empleado en otras versiones (reunir, en francés; zusammenfassen, to consolidate, etc.). Tal vez se trate de una errata.

tancia de derechos positivos ya «vigentes a nivel de la Unión». Tras esta finalidad específica que el Consejo atribuye a la Carta, hay otra, implícita, a la que aquélla sirve a su vez de instrumento, y que para quienes impulsaron la decisión del Consejo es la verdaderamente importante: la de establecer, al hacer la Carta, el elemento central de la Constitución que propugnan para Europa. Inevitablemente, el debate sobre el status de la Carta se convierte así en parte del gran debate sobre el futuro de la Unión (34).

Esta doble finalidad se ha proyectado en el desdoblamiento que el Consejo estableció entre la redacción de la Carta y la decisión sobre la integración (o no integración) de ésta en los Tratados y, en su caso, la forma de hacerla. La primera se encomendó en Colonia a un Colegio que iniciaría sus funciones tan pronto como el Consejo de Tampere, previsto para Octubre de ese mismo año, concretase su composición y adoptase las medidas necesaria para su funcionamiento, y debería concluir las en algo menos de un año, a fin de que en su reunión de Diciembre del 2000, el propio Consejo Europeo, juntamente con el Parlamento y la Comisión, pudiesen proclamar solemnemente el proyecto de Carta. No se precisaba en cambio cual sería el órgano encargado de adoptar la decisión definitiva sobre el *status* de la Carta, que quedaba remitida simplemente a un momento posterior al de la proclamación y por tanto también al de la disolución del colegio redactor, que no podrá en consecuencia participar en ella.

2. *La obra de la Convención*

El Colegio redactor, cuya composición, estructura y procedimiento quedaron establecidos en el Consejo de Tampere (15-16 octubre 1999), y que por decisión propia pasó a denominarse Convención (35), aunque integrado por re-

(34) En su ya famoso discurso en la Universidad Humboldt (12 de mayo de 2000), Joschka Fischer afirma enfáticamente que las tres grandes reformas indispensables para seguir avanzando en la integración (la solución al problema de la democracia, la división del poder entre las instituciones y la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados) exigen una Constitución Europea «cuyo núcleo ha de estar en la afirmación de los derechos fundamentales, los derechos humanos y los del ciudadano (*Verankerung der Grund- Menschen- und Bürgerrechte*), una equilibrada división de poderes entre las instituciones y una delimitación precisa de las esferas de Europa y de los Estados». Tomo el texto de la obra colectiva dirigida por CH. JOERGES, Y. MENY y J. WEILER, *What Kind of Constitution for what Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer* (Harvard Jean Monnet Working Paper 7/00).

(35) Decisión adoptada en la Sesión de 1-2 de febrero de 2000. En el Anexo IV del Consejo de Colonia se la denomina simplemente «órgano» en castellano, «body» en inglés, «enceinte» en francés y «gremium» en alemán.

presentantes de los Presidentes de los Gobiernos y de la Comisión, de los Parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo, se ha visto colocado así en una situación ambigua y extraña, a medio camino entre lo técnico y lo político (36); una ambigüedad que la propia Convención en cierto sentido proclama al decidir actuar «como si» los enunciados de Derechos que proponga hubieran de ser jurídicamente vinculantes (37), y que probablemente tiene más inconvenientes que ventajas. Sin duda ha servido para facilitar la realización de la tarea encomendada dentro de los plazos previstos, puesto que la Convención ha podido actuar «como si» fuese un órgano puramente técnico, cuyos miembros no están obligados a tener en cuenta las dificultades políticas, que se plantean sólo en el momento de la decisión ulterior. Pero al mismo tiempo ha deliberado «como si» fuera un órgano político, desvinculado de consideraciones puramente técnicas y movido sólo por la voluntad de introducir en la Carta los Derechos que la mayoría de sus miembros juzgan políticamente deseables. La perspectiva técnica le ha servido para liberarse de las limitaciones que pesan sobre el político que ha de decidir, y la perspectiva política para zafarse de los estrechos límites dentro de los que se mueve quien ha de actuar en virtud de consideraciones exclusivamente técnicas. De todo ello se sigue, creo, una cierta devaluación de la obra llevada a cabo por la Convención, que no puede modificarla para acomodarla a las exigencias de la realidad. Si la Carta es, por ello, considerada inmodificable, se podrá achacar a esa inmodificabilidad la imposibilidad de que sea aceptada por todos los Estados miembros y en definitiva, la frustración del proyecto de dotarla de fuerza jurídica plena, mediante su incorporación a los Tratados o por otra vía. Si, por el contrario, se acepta la posibilidad de reformarla, la obra de la Convención, tan solemnemente proclamada, habrá quedado a lo sumo como un punto de partida, un proyecto a

(36) Sobre este tema puede verse el trabajo de OLIVIER DE SCHUTTER: «La Convention: un instrument au service de l'art de gouverner dans l'Union Européenne?», presentado en el *Workshop on the Charter of Rights as a Constitution-Making Vehicle*, organizado en Oslo los días 8 y 9 de junio del 2001 por ARENA (Advanced Research on the Europeanisation of the Nation States), especialmente pág. 4.

Desde otro punto de vista, en sus Conclusiones al término de las Jornadas de Estudio sobre la Carta organizadas por el Instituto de Altos Estudios Europeos de Estrasburgo, Guy Braibant alude a las dificultades, que no especifica, que encuentra un órgano que es a la vez parlamentario y diplomático. Vid. *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 12, núms. 1-2 (15 de septiembre de 2000), págs. 66-67.

(37) En su lección inaugural del Curso académico 2000-2001 en la Universidad Autónoma de Madrid, Álvaro Rodríguez Bereijo, miembro de la Convención en representación del Presidente del Gobierno español, afirma que sugirió esta estrategia, que califica de «imperativo kantiano», en la primera sesión plenaria de la Convención (*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Servicio de Imprenta de la UAM, s.d., pág. 12).

partir del cual la Conferencia Intergubernamental confeccionará la auténtica Carta de Derechos de la Unión.

La Convención quedó constituida el 17 de diciembre de 1999 y, respetando escrupulosamente el plazo que se le había fijado, aprobó el Proyecto definitivo el 21 de septiembre y dio por concluidos sus trabajos el día 2 de octubre (38). El texto definitivo fue presentado el 14 de ese mismo mes ante el Consejo (informal) de Biarritz, cuyo Presidente elogió su calidad y anunció que, sin cambio alguno, sería sometido en Diciembre a los Presidentes de las tres instituciones, para su proclamación solemne. Esta se produjo el día siete de Diciembre, de manera que en las Conclusiones de la Presidencia, el Consejo de Niza pudiera congratularse de ello y disponer lo que ya se sabe sobre el futuro de la Carta (39).

Por lo demás, la Convención ha trabajado concienzudamente, y la decisión de abrir sus puertas para mantener un diálogo continuo con la sociedad civil es digna de aplauso. Es cierto que este método aprovecha más a los intereses organizados que a los difusos, pero este desequilibrio es simple consecuencia de la realidad social, no de la decisión de dar a todos ocasión de participar (40). Tampoco es imposible que, como se ha dicho, el equipo destacado por la Secretaría del Consejo de la Unión para asistir técnicamente a la Convención, haya ejercido una influencia no desdeñable sobre sus decisiones (41). Aunque es obvio que, por grande que tal influencia haya sido, ha sido aceptada por la Convención y por tanto no puede basarse en ella ningún argumento dirigido a poner en cuestión la legitimidad de su obra, sí parece razonable tenerla en cuenta para valorar la conveniencia del método. Los profesionales encargados del estudio previo de las cuestiones a decidir, o de dar forma a las decisiones, condicionan siempre en mayor o menor medida el contenido de éstas, con in-

(38) Toda la información necesaria sobre la actuación de la Convención, documentación recibida, actas de las sesiones, etc., puede encontrarse en el sitio web <http://eu/ue.int/df>.

(39) Sobre el Consejo (informal) de Biarritz, *vid.* Nota de la Secretaría de 17 octubre (Charte 4955/00, Convent 51). El texto de la carta fue publicado tras su proclamación en el *DOCE* de 18 diciembre (2000/C 364/01).

(40) En el trabajo de O. DE SCHÜTTER, *citado supra*, que conozco sólo en la versión distribuida por los organizadores del Workshop, además de otras consideraciones sobre las que vuelvo en el texto, se hace un muy agudo análisis de las consecuencias reales que ha tenido la tan celebrada apertura de la Convención a la sociedad civil. Sobre la eficacia que para evitar alguna de las consecuencias perturbadoras pudiera tener la audiencia «estructurada» de la sociedad civil que él propone, caben sin embargo algunas dudas.

(41) Algunos indicios de esta influencia de la Secretaría ofrece JONAS BERING LIISBERG en «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threatens the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?» (*Harvard Jean Monnet Working Paper* 04/01, al que le fue concedido el Premio Mancini).

dependencia de cual sea la naturaleza del órgano decisor, pero este condicionamiento es más fuerte en el caso de los órganos internacionales, sobre todo cuando, como ha sido el caso aquí, ese equipo está integrado por técnicos que no han sido designados por los integrantes del colegio que ha de decidir y que, en razón de su situación en la organización, tienen una postura propia respecto del contenido deseable de las decisiones.

3. *El catálogo de los Derechos y sus fuentes*

Como ya se ha dicho, la Convención ha hecho una interpretación muy amplia de los conceptos centrales utilizados por el Consejo para definir el objeto de su encargo (derechos fundamentales, vigencia), que hemos glosado antes, y no parece haberse sentido obligada a respetar estrictamente las limitaciones derivadas de las indicaciones sobre las fuentes de los Derechos que en él se hacían. Según resulta de las Explicaciones officiosas elaboradas bajo la responsabilidad del Presidium y hechas públicas por él (42), junto a los preceptos de la Carta cuyo origen se encuentra en la CEDH y sus sucesivos Protocolos adicionales, o en las tradiciones constitucionales comunes (18 y 4, respectivamente), o se inspira en la Carta Social Europea (13), o en la Carta Comunitaria de Derechos de los Trabajadores (9), que son las fuentes que el Consejo menciona expresamente, hay otros muchos detraídos del derecho originario (uno del TUE, diecinueve del TCE), o derivado (en tres casos se mencionan como origen de los preceptos diversas Directiva; en otro, dos Reglamentos) o de la doctrina del TJ (5). Otros provienen, por último, de Pactos internacionales (43), vigentes o no, o son simplemente creación de la Convención (44).

Esta manifiesta despreocupación en el tratamiento de las fuentes concretas de los Derechos, además de suscitar algunos curiosos problemas dogmáticos que sería impertinente tratar aquí (45), implica lógicamente el abandono de la

(42) La referencia de esas explicaciones, que llevan fecha 11 de octubre de 2000, es CHARTE 4473/00 CONVENT49.

(43) La fuente del artículo 3.º se encuentra, según las Explicaciones, en la Convención sobre derechos humanos y biomedicina, del Consejo de Europa, y en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional; la del artículo 24, en el Pacto Internacional de derechos del Niño y la del 49 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(44) Así el artículo primero (Dignidad humana), para el que tal vez no hubiera sido difícil encontrar raíces en las tradiciones constitucionales comunes, o el 36 (acceso a los servicios de interés económico general), un precepto jurídicamente vacío, cuya inclusión en la Carta sólo puede explicarse por razones políticas. Por lo demás, no es el único caso.

(45) Así, por ejemplo, el de la capacidad del Derecho derivado para crear Derechos Fundamentales.

vigencia como criterio para delimitar el catálogo de los Derechos a incluir en la Carta. Como la estructura de ésta, su división en Capítulos, sigue la pauta de los valores y principios enumerados en el Preámbulo, parece razonable pensar que, de modo consciente o simplemente intuitivo, la vía seguida para establecer ese catálogo ha sido la de incorporar a él aquellos derechos que se han considerado indispensables para asegurar tales valores o principios. Estén o no vigentes «a nivel de la Unión» y sea o no necesario protegerlos frente a ésta, cuyo campo de acción no es, como el de los Estados, universal, sino delimitado por sus competencias.

Aunque no es absurdo pensar que carece de sentido garantizar Derechos Fundamentales frente a un ente que carece de poderes para vulnerarlos, y no es ilegítimo el temor de que, al imponérsele al deber de respetar Derechos que no podría infringir en ejercicio de sus competencias, la Unión vea de hecho ampliadas las suyas, la Convención ha optado, así, por una Carta de Derechos «universal», cuyo contenido prescinde por entero de las competencias de la Unión. El Profesor Jean Paul Jacqué, que tal vez no haya sido del todo ajeno a la decisión, la justifica con un razonamiento basado en la distinción, a su juicio nítida, que la decisión 2/94 del TJ estableció entre la obligación de respetar los Derechos, que es general, y la existencia de ámbitos determinados de acción, definidos por aquellas competencias. El hecho de que la Unión carezca de competencias en materia de libertad religiosa, no excluye, dice, por ejemplo, la posibilidad de que pueda violarla, si al dictar normas sobre política agrícola, no tiene en cuenta las exigencias que algunas religiones imponen para el sacrificio de animales destinados al consumo, etc. (46). Por lo demás, ni esta amplitud del catálogo de Derechos incluidos en la Carta es la principal razón para temer que ésta pueda conducir a una ampliación subrepticia de las competencias comunitarias, ni es difícil establecer alguna conexión entre las competencias de la Unión y los Derechos aparentemente más ajenos a ellas. Así por ejemplo, la inclusión en la Carta del Derecho a la vida y de la prohibición de la pena de muerte puede justificarse, sea por su relación con la competencia que los artículos 29 y 31 TUE atribuyen a la Unión para adoptar normas marco sobre de-

(46) Así en su artículo «La démarche initiée par la Conseil européen de Cologne», en *RUDH*, vol. y núm. citados, pág. 6. Como Director en el Servicio Jurídico del Consejo, J. P. Jacqué ha dirigido la Secretaría de la Convención. El argumento de Jacqué no invalida, sin embargo, el bien conocido razonamiento de Hamilton de que como no se debe imputar a la Constitución el absurdo de precaverse contra el abuso de una potestad que no existe, la incorporación de una norma que prohíbe limitar la libertad de prensa lleva a pensar que el legislador dispone de facultades para regularla, etc. Sobre esta idea se vuelve después en el texto. El razonamiento de Hamilton puede verse en *El Federalista*, LXXXIV.

litos y penas en los ámbitos del terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico de drogas (47), sea por las atribuciones que el artículo 7 TUE le da para supervisar el respeto de los Estados miembros a los Derechos Humanos (48).

El catálogo de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es así el propio de cualquier Estado europeo o latinoamericano que haya revisado recientemente su Constitución para acomodarla a las últimas tendencias. Basado en valores universales o que pretenden serlo, es quizás innecesariamente detallado y opera con un concepto de los Derechos Fundamentales que va más allá incluso del concepto amplio que antes se ha expuesto (49).

4. *Tipología de los Derechos Fundamentales. Derechos, principios y objetivos*

Al término del Preámbulo, cuya redacción dio lugar a muy arduas deliberaciones (50), la Carta proclama que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación». A los efectos que aquí interesan, los tres términos de este esquema deben ser reducidos sin embargo a sólo dos. La diferencia entre libertades o derechos de libertad, de una parte, y derechos de otro género (de igualdad, de participación, procesales, etc.), aunque frecuentemente borrosa, no carece de relevancia jurídica, pero en lo decisivo, en la naturaleza de la obligación correlativa que la Carta hace derivar de ellos, entre libertades y derechos no existe diferencia alguna. Las instituciones y órganos de la Unión, así como los Estados miembros cuando apliquen derecho de ésta, han de respetarlos, y su eventual limitación, que sólo puede hacerse por ley, ha de

(47) Así, I. PERNICE: «Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 15 de junio de 2000, pág. 852. En este artículo, anterior como se ve a la publicación de la Carta, Pernice considera, por el contrario, que sería absurdo incluir en ella el derecho a fundar una familia, recogido ahora en el artículo 9.

(48) Así, por ejemplo, A. VON BOGDANDY, en el trabajo citado en nota 20, *supra*.

(49) Una glosa detallada de los distintos derechos puede verse en A. LÓPEZ CASTILLO: «Algunas consideraciones en torno a la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113 (julio-septiembre 2001), especialmente págs. 46-66.

(50) Un buen análisis de éstas puede verse en el trabajo de JUSTUS SCHÖNLAU: «Drafting Europe's Value Foundation: Deliberation and Arm-Twisting in Formulating the Preamble to the EU Charter of Fundamental Rights», en el Workshop de ARENA repetidamente citado. Un curioso vestigio de los enfrentamientos suscitados por el deseo de algunos miembros de la Convención de hacer referencia a la tradición religiosa común, vehementemente rechazado por otros, lo ofrece la diferencia del texto oficial en las distintas lenguas. En tanto que, en la mayor parte de ellas se habla de «patrimonio espiritual», a secas, en la alemana es un patrimonio «espiritual y religioso» (*geistig-religiös*).

preservar su contenido esencial y el principio de proporcionalidad (51). Como estos efectos son precisamente los que sirven de criterio definitorio de los Derechos Fundamentales en sentido estricto, no hay duda que tanto los «derechos» como las «libertades» son derechos de esta especie, derechos de status.

Como antes se vio, sin embargo, al analizarlo, los términos del acuerdo adoptado por el Consejo de Colonia llevan a la conclusión de que los Derechos Fundamentales que este ordena reunir en la Carta no son únicamente los Derechos de esta especie, sino también otros, que sólo en una acepción más amplia de la expresión pueden ser designados como Fundamentales. Para distinguirlos de los anteriores, los autores de la Carta han configurado con ellos una categoría distinta, la de los «principios», que, a diferencia de los «derechos y libertades», no imponen a la Unión y a los Estados la obligación de respetar un contenido esencial, del que por definición carecen, sino la de observarlos y promover su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias (52).

Esta categoría nueva, de cuya existencia diferenciada no hay reflejo alguno en la primera redacción de la fórmula de proclamación (53), había aparecido sin embargo ya en una fecha anterior, en la Exposición de Motivos del artículo (el 31) que en aquel entonces (54) abría el capítulo de los Derechos Económicos y Sociales. Los derechos sociales, se dice allí, obligan al legislador comunitario y a los legisladores nacionales del mismo modo que los restantes derechos (55). A continuación se añade, sin embargo, una precisión importante: «Teniendo en cuenta el carácter dinámico de estos derechos y el hecho de que, a menudo, únicamente se concreten a través de su aplicación, cuando contienen un derecho a una prestación positiva, resulta necesario precisar que, en determinados casos, se trata de principios cuya aplicación está supeditada a la adopción de medidas de aplicación (*sic*)».

Desgraciadamente, aunque por razones fácilmente comprensibles, la Carta no identifica sin embargo cuáles son los derechos que deben ser considerados como «principios» y que, en consecuencia, «sólo pueden ser invocados en el marco de las medidas comunitarias o nacionales existentes» (56), por lo que

(51) Artículos 51.1 y 52.1 de la Carta. El comentario de estos preceptos, el primero de los cuales ni siquiera menciona las libertades, debe quedar para más tarde.

(52) Artículo 51.1.

(53) El texto hecho público el 28 de julio de 2000 (Charte 44/22/00.Convent 45) habla sólo de derechos y libertades.

(54) 16 de mayo de 2000. CHARTE 4316/00.CONVENT 34

(55) Una obligación que además, en este caso, se extiende a los interlocutores sociales cuando concluyan convenios colectivos a nivel comunitario, de acuerdo con el artículo 139 TCE.

(56) Esta fórmula reproduce la que el artículo 53.3 de la Constitución española utiliza en relación con los que en ella se denominan «Principios rectores de la política social y económica».

sólo cabe descubrirlos a partir de esa especie de definición estipulativa que de ellos hace la citada Exposición de Motivos, a la que pertenecen también las frases entrecomilladas. Como el primer criterio de los dos que esta definición ofrece, es fácilmente aplicable a muchos otros derechos (políticos, procesales, incluso algunos derechos de libertad) que, independientemente de que el enunciado haga o no remisión expresa a la «legislación y prácticas nacionales», únicamente se «concretan a través de su aplicación», sólo parece decisivo sin embargo el segundo, el que hace referencia a la «prestación positiva», que manifiestamente es el decisivo para el Sr. Braibant, representante en la Convención del Gobierno francés y que, según afirma, influyó decisivamente para que la Carta incorporase esta categoría. Así se deduce de los ejemplos (el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, a la asistencia letrada gratuita, etc.) con los que ilustra la importancia de la misma, y la indispensabilidad de recurrir a ella para lograr la introducción de Derechos, que hubieran sido rechazados por la Convención si les hubieran sido propuestos como simples Derechos Sociales, como derechos a secas (57).

Si lo que se pretende al introducir la nueva categoría es crear un género intermedio entre los auténticos derechos y los que son simples «objetivos para la acción de la Comunidad», esta equiparación de los principios con los derechos de prestación, que desde la óptica española plantea sólo problemas menores, resulta sin embargo incomprensible o inaceptable para quienes parten de un concepto distinto de cualquiera de los dos términos de la ecuación. Este es, por ejemplo, el caso de Olivier de Schutter. Como para él derechos sociales y derechos de prestación son dos modos de designar la misma realidad, por principios entiende los contenidos en preceptos tales como los de los artículos 37 y 38 de la Carta, que asignan como finalidad propia de las políticas de la Unión la protección del medio ambiente, o de los consumidores (58), en tanto que los derechos de prestación cuya concreción remite la Carta explícitamente a las legislaciones y prácticas nacionales (derecho a la seguridad social y a la prevención y asistencia sanitarias, por ejemplo) deben ser considerados como un *tertium genus*, a medio camino entre los derechos sociales y los princi-

Agustín José Menéndez atribuye efectivamente a una propuesta de Rodríguez Bereijo la introducción en la Carta de esta categoría, un mérito que Guy Braibant reclama también para sí, como después se dice en el texto. La afirmación de Menéndez puede verse en «The Sinews of Peace: Rights to Solidarity in the Charter of Fundamental Rights of the Union», presentado en el Workshop de ARENA, pág. 33.

(57) Vide su intervención en el Coloquio del Instituto de Altos Estudios Europeos repetidamente citado, en REDH, vol. y núm. citados, págs. 48-49.

(58) Así en «La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE», pág. 16 del texto presentado en el Workshop de Arena, citado, *supra*.

pios (59). Lo mismo sucede, claro está, cuando por principios se entiende un género de normas definidas no por su contenido, sino por su estructura. Así, en otro excelente trabajo en el que se tipifican con corrección los preceptos que asignan finalidades concretas a la acción de la Unión, se prescinde de la distinción entre derechos y principios, para equiparar dentro de la categoría de «derechos ordinarios» todos aquellos cuyo enunciado remite a la legislación y prácticas nacionales, con independencia de la naturaleza de la prestación, e incluso de que sean o no derechos de prestación (60).

Es claro que el hecho de que haya autores o doctrinas que utilizan el mismo término para denominar conceptos que no coinciden con el que los autores de la Carta tienen de los principios, no invalida en modo alguno el que estos proponen. Sí evidencia sin embargo que la contraposición entre derechos y principios no significa lo mismo para todos los integrantes de la amplia «comunidad de intérpretes» que, en su caso, ha de aplicar la Carta; que existe el riesgo de que unos entiendan como principios los que para otros son derechos y viceversa, con todo cuanto ello implica respecto de las obligaciones, tan diversas, que derechos y principios imponen. Como hubiera sido fácil evitarlo, incluyendo en la Carta la definición de unos y otros, o mejor aún, separándolos, como en la Constitución Española, en Capítulos o Títulos diferentes, hay que pensar que tal vez los autores de la Carta han visto alguna ventaja en el mantenimiento del equívoco.

Por lo demás, y como resulta de la exposición que precede, la dicotomía entre Derechos y Principios no agota en modo alguno el contenido de la Carta,

(59) *Vid.*, del mismo autor, «La contribution de la Charte des D.F. de l'UE à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire», en *RUDH*, vol. y núm. citados, pág. 43.

(60) Me refiero al trabajo de AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ, citado antes en nota 55, en el que se incluyen en la categoría de las «policy clauses» (una denominación quizá más adecuada que las de «normas de finalidad» o «fines del Estado», que utilizamos en España por influencia alemana), los preceptos que de Schutter consideraría como principios (además de los artículos 37 y 38, Menéndez menciona también el 11.2, el 25 y el 26). Dentro de los que generalmente son considerados derechos sociales, Menéndez propone una distinción entre «derechos especiales», que aseguran, en beneficio de los trabajadores, determinados contenidos normativos y son, por tanto, asimilables a otras garantías de instituto, y los derechos «generales», que corresponden a todos y que, por estar basados en la solidaridad, implican siempre el derecho a determinados beneficios derivados de la acción redistributiva del Estado. Tanto unos como otros pueden ser Derechos Fundamentales en sentido estricto, es decir, oponibles al legislador, o simples «derechos ordinarios», que sólo se concretan merced a la obra de éste. El principal reproche que el autor hace a la Carta es justamente el de haber configurado los derechos de solidaridad como derechos ordinarios, no como verdaderos Derechos Fundamentales. Y aun esto, sólo cuando los configura al menos como Derechos, pues en muchos casos los enunciados no incluyen derecho alguno, sino sólo una promesa de política o una finalidad. *Vid.*, en especial, págs. 29-32.

que incluye enunciados no subsumibles bajo ninguna de estas categorías. Así sucede, en efecto, no sólo en el caso de aquellos preceptos que se limitan a proponer finalidades o propósitos que han de orientar la acción de la Unión (61), sino, aún más acentuadamente, en el de aquellos otros que son poco más que una expresión de benevolencia o solicitud sin contenido normativo discernible (62), o, en sentido contrario, en el de aquéllas prohibiciones rotundas dirigidas no contra la acción del poder, sino contra la de los propios individuos libres que integran la sociedad civil (63).

5. *Las Disposiciones Generales*

Aunque es cuando menos discutible que, al establecerlas, la Convención se haya mantenido dentro de los límites que le marcaba el encargo recibido, la Carta se cierra con unas Disposiciones Generales que integran el Capítulo VII y último y regulan el ámbito de aplicación de los Derechos (artículo 51), su alcance (artículo 52), el nivel de protección, o para ser más precisos, la relación existente entre la protección asegurada por la Unión y la que dispensan la Constituciones nacionales y eventualmente otros instrumentos de protección, entre los que se destaca el CEDH (artículo 53), y, por último, la prohibición de abusar de los Derechos para amparar actuaciones dirigidas a suprimirlos, o a imponerles limitaciones mayores que las autorizadas por la Carta (artículo 54). En lo que sigue, se prescinde de las dificultades que plantea la interpretación y aplicación de este último precepto, que reproduce el artículo 17 de la CEDH (64) y que por lo demás son las mismas que suscitan normas análogas de nuestro Derecho interno, puesto que esos problemas no son relevantes para el objeto de este trabajo, o sólo lo son de una manera lateral e indirecta.

También es indirecta, aunque más cercana, la relación entre este objeto y las normas contenidas en el artículo 52, especialmente la primera de ellas, la enunciada en el apartado primero, ya glosado antes. Para algunos autores, el

(61) Así, por ejemplo, los artículos 37 y 38, repetidamente citados.

(62) Así, el conmovedor artículo 25.

(63) Por plausibles que moralmente se consideren las prohibiciones contenidas en los tres párrafos finales del artículo 3.2, es difícil entenderlas como Derechos y discernir, si lo fueran, quiénes serían sus titulares.

(64) La interpretación de este precepto, análogo al del artículo 17 CEDH, plantea, como la de éste, problemas de no fácil solución. Una interpretación literal obligaría a entender, por ejemplo, que no pueden ampararse en la libertad de expresión o en la de cátedra, quienes sostengan que debe aceptarse la licitud de las prácticas eugenésicas dirigidas a impedir la perpetuación de graves taras físicas o psíquicas, etc.

establecimiento de un único criterio para determinar la licitud de las limitaciones a los Derechos, en lugar de criterios diferenciados de acuerdo con la distinta naturaleza de estos, es un defecto que impedirá al TJ asegurar un control tan estricto como el de los Tribunales nacionales, y que en consecuencia no debería pasarse por alto al reflexionar sobre el futuro de la Carta. El análisis de la jurisprudencia establecida por Tribunales que aplican Declaraciones de Derechos con criterios diferenciados de limitación, por ejemplo el TEDH, permite poner en duda sin embargo la premisa de la que ese argumento arranca. Más relevante para fundamentar un opinión sobre cual haya de ser el estatuto futuro de la Carta, al menos desde la perspectiva en la que este trabajo se sitúa, es la precisión que en ese apartado se hace al enumerar las finalidades que pueden justificar la limitación de los Derechos, entre las que se mencionan, además de la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás, la de alcanzar *objetivos de interés general reconocidos por la Unión* (subrayado nuestro). Como, según veremos a continuación, la Carta se impone no sólo a las instituciones y órganos de la Unión, sino también a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de ésta, esa precisión, aun interpretada de manera débil, permitiría al Tribunal de Justicia invalidar limitaciones impuestas por los Estados en atención a objetivos que ellos consideran de interés general, pero que la Unión no reconoce como tales. Por ejemplo, el de asegurar un alto grado de integración social o una radical igualdad de oportunidades, en aras de los cuales se han justificado a veces, en muchos Estados europeos, limitaciones a los Derechos consagrados en el artículo 14.3 de la Carta. Menor es la incidencia que sobre la relación entre la Unión y los Estados pueden tener las normas de los Apartados Segundo y Tercero de este artículo, cuyo análisis puede por eso quedar de lado.

Al fijar el ámbito de aplicación de la Carta, el artículo 51 establece que los Derechos incluidos en ella obligan, como ya antes se indicó, a las Instituciones y órganos de la Unión, en todo caso, y a los Estados sólo en cuanto apliquen el Derecho de aquélla. Esta delimitación del ámbito de aplicación, que reproduce fórmulas utilizadas ya por el TJ, incluye, en el momento actual de su doctrina, tanto los actos del Estado que ejecutan normas comunitarias incorporadas a su propio Derecho, como aquellos otros en los el Estado se ampara en los Derechos Fundamentales para eximirse de limitaciones o restricciones impuestas por el Derecho comunitario (65). Se trata, en todo caso, de un criterio elástico, que permite ampliar (eventualmente, también restringir, aunque el movimiento en esa dirección parece improbable) el ámbito de la actividad estatal sujeto al

(65) *Vid.* nota 6, *supra*.

control del Tribunal de Justicia. En ese sentido va alguna decisión en la que el TJ ha considerado que la aplicación de normas puramente internas, en un campo ajeno a las competencias de la Unión, debe respetar sin embargo el principio de no discriminación consagrado por el Derecho comunitario y queda bajo su jurisdicción *ratione personae* por ser el demandante ciudadano europeo (66). En todo caso, el sistema creado por el TJ, que la Carta se limita a consagrar, está basado en la división de la actividad estatal en dos partes bien diferenciadas: una, en la que esa actividad queda bajo el control exclusivo de los Tribunales nacionales, que lo llevan a cabo en el marco del Derecho interno, especialmente, claro está, de la Constitución, y otra en la que ese control pasa al Tribunal de Justicia, que lo ejerce en el marco del derecho comunitario, por formar parte de él, o tener conexión con él, las normas aplicadas por el Estado (67).

Esta división de la actividad del Estado en dos ámbitos sujetos a dos jurisdicciones distintas genera inevitablemente el riesgo de una divergencia entre éstas. Un riesgo, que muchos estudiosos de la integración consideran inaceptable cuando se origina en la coexistencia separada del TJ y el TEDH, y se esgrime como argumento para pedir la adhesión de la Unión a la CEDH, pero que es aceptado por el contrario con toda naturalidad cuando se produce en el interior de los Estados; una actitud que no cabe censurar, puesto que ninguna de las dos vías que permitirían eliminar la dualidad es practicable. No es posible que el TJ, sin abdicar de su monopolio para la interpretación del Derecho de la Unión, tolere que éste quede sometido al control de los Tribunales nacionales para asegurar que su aplicación por el Estado no vulnera los Derechos Fundamentales incluidos en la respectiva Constitución. Ni cabe tampoco que estos Estados meramente integrados, si pretenden mantenerse como tales sin transformarse simplemente en parte de un Estado Federal, acepten que sus propios órganos, cuando actúan en aplicación del Derecho de la Unión, ignoren los límites impuestos por los Derechos Fundamentales que definen el status bá-

(66) Sentencia de 12 de mayo de 1998, en el asunto Martínez Sala (caso 85/96, en Rec. I-2691). Tomo la referencia de O. DE SCHUTTER: *La contribution...*, cit., pág. 44.

(67) Como, de hecho, las normas comunitarias aplicadas por los Estados son obra de las instituciones de la Unión, cabría sostener que estas son realmente las destinatarias únicas de las disposiciones de la Carta, que por lo demás contiene preceptos que, según su tenor literal (*v. gr.*, artículo 41), sólo son aplicables a la Administración comunitaria. Un problema distinto es el que plantean aquellos Derechos que verosíblemente sólo pueden ser violados por una actuación material y, por tanto, parecen ir dirigidos en exclusiva hacia los Estados, como sucede por ejemplo con los consagrados el artículo 2.2 (*al menos en lo que toca al derecho a no ser ejecutado —sic—*) o el 4. Es improbable que pueda considerarse que al ejecutar (sin previa condena) o torturar a los responsables de una violación del Derecho comunitario, el Estado actúa en aplicación de éste.

sico de sus propios ciudadanos. Este equilibrio difícil, pero resignadamente aceptado, entre dos jurisdicciones diferentes es el que a juicio de algunos se ve amenazado por la proclamación de la Carta. Los autores de ésta han incluido por esto dos preceptos encaminados a disipar esos temores.

El primero de ellos, en el apartado Segundo de este mismo artículo 51, es el que afirma que la Carta no crea ninguna competencia nueva para la Comunidad ni para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados. No hay razón alguna para dudar de la verdad de esta afirmación como expresión de la voluntad de sus autores, pero hay muchas, como después se verá, para considerarla como descripción correcta de la realidad, al menos si el texto de la Carta se incorpora directamente y en su integridad a los Tratados.

El segundo de estos preceptos de salvaguardia, el más significativo, es el recogido en el artículo 53, derivado, como el 54, de la Convención Europea de los *Derechos Humanos*, y en el que al definir el «nivel de protección» asegurado por la Carta, se sienta el principio de la protección mínima o nivel mínimo de protección, que consagra la Convención. La protección que ofrece la Carta, se dice, no debe significar en ningún caso limitación o restricción de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación (*sic*) por el derecho de la Unión, el Derecho internacionaly las Constituciones de los Estados miembros.

Interpretado conforme a su tenor literal, este precepto impide al Tribunal de Justicia apoyarse en la Carta para invalidar medidas adoptadas por los Estados, cuando tales medidas impliquen una protección de los Derechos más intensa que la asegurada por ésta, pero así entendido carece de sentido. Por definición, no es aplicable a los actos que los Estados realicen al margen totalmente del Derecho de Europeo, puesto que respecto de ellos el TJ no tiene competencia alguna (68), pero tampoco puede aplicarse a los actos sujetos a su control sin destruir el sistema. Si al enjuiciar el respeto a los Derechos de los actos estatales que aplican las normas europeas, el Tribunal Europeo de Justicia hubiera de tomar en consideración la intensidad de la protección que cada Estado otorga, cuando es mayor que la dispensada por el Derecho de la Unión, ese tribunal no actuaría ya como un órgano de ésta, sino del Estado, y saltaría en pedazos el principio básico del sistema. En este precepto desconcertante, introducido para acallar los temores de quienes podrían pensar que la Carta anulaba o podría anular la eficacia protectora de las Constituciones nacionales, la lógica de la integración se ve desplazada por la que podríamos llamar lógica

(68) El inciso «en su respectivo ámbito de aplicación» es por lo menos redundante y seguramente desorientador.

propia del sistema internacional de los Derechos Humanos, y con ello salta en pedazos el principio cardinal de la primacía del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales, pues el TJ pierde la capacidad de asegurar una interpretación uniforme de las normas europeas en todo el territorio de la Unión, una carencia tanto más grave cuanto más amplio sea el modo de entender el ámbito de aplicación definido en el artículo 51. Es fácil imaginar las situaciones a las que este principio de la protección mínima puede conducir, cuando la acción del Estado se entiende producida dentro de él, por apoyarse éste en su peculiar y elevado grado de respeto a un Derecho para eludir una obligación que de otro modo tendría que cumplir.

Esta reducción absurda de la competencia que el TJ necesita para asegurar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros, hace imposible interpretar la norma de acuerdo con su tenor literal. Pero como tampoco los esfuerzos por dotarla de sentido, mediante imaginativas interpretaciones teleológicas o de otro género, llevan a parte alguna, la única salida posible es la de considerar el artículo 53 como un enunciado jurídicamente vacío (e incluso errado como enunciado simplemente «político») (69). No es posible, por las razones antes vistas, suprimir la coexistencia de dos jurisdicciones distintas en materia de Derechos Fundamentales dentro de cada Estado; una dualidad asentada sobre un delicado equilibrio que debe ser preservado a toda costa. Esta es la perspectiva desde la que hay que valorar las distintas opciones abiertas en relación con el futuro *status* de la Carta.

IV. LAS CONDICIONES DE EQUILIBRIO DEL SISTEMA

Conviene recordar, una vez más, que los Derechos Fundamentales fueron introducidos en el ordenamiento jurídico comunitario en virtud de una decisión pretoriana que sólo años más tarde se incorporaría al Tratado de la Unión y que la finalidad de esa decisión era la de superar el obstáculo que, de otro modo, lo dijese o no el Tribunal Constitucional alemán, haría imposible que en los Estados miembros se aceptase pacíficamente la incompetencia de sus propios Tribunales para controlar los actos realizados por los órganos estatales en aplicación del Derecho comunitario. El Tribunal Europeo de Justicia asumió el

(69) Esta es también la conclusión de Jonas Bering Liisberg en el trabajo citado, *supra*, en nota 40. En él se hace una exposición minuciosa del tortuoso camino que siguió la elaboración del precepto y se exploran las diversas vías que la doctrina ha propuesto para la interpretación del artículo 53 de la CEDH, cuya utilidad tampoco es patente.

control de la normativa comunitaria desde el punto de vista de los Derechos Fundamentales para poder mantener con éxito el monopolio en la interpretación de esa normativa y la primacía de ésta sobre las Constituciones de los Estados, cuyo núcleo material es, salvo pocas excepciones, la Declaración de Derechos. Dicho en términos más breves y rotundos: echó sobre sí esta competencia para privar de ella a los Tribunales estatales. Este origen judicial del sistema de los Derechos en la Unión Europea, cuya racionalidad intrínseca no se vio alterada por su «constitucionalización», condiciona decisivamente toda su estructura, el género de Derechos que se pueden incluir en el catálogo, el contenido de éste y el alcance de la garantía que el Tribunal de Justicia ha de asegurar.

En primer lugar, y como es obvio, ese catálogo sólo puede incluir Derechos «clásicos»; Derechos que fijan límites al poder o determinan la forma de ejercerlo, no aquellos que le imponen obligaciones positivas, especialmente la de proporcionar bienes o servicios, cuyo contenido no puede ser determinado por el juez. En definitiva, Derechos susceptibles de garantía judicial, entre los que, además de los de igualdad y libertad y los derechos procesales, cabe incluir los derechos que a veces se llaman de prestación normativa, o en una terminología más antigua, «garantías de instituto», como son, por ejemplo, junto con el derecho de propiedad, los que consagran los principios básicos del Derecho laboral (sindicación, huelga, negociación colectiva, jornada máxima, descanso semanal, etc). Pero esta delimitación puramente negativa de los Derechos susceptibles de ser garantizados por el Tribunal Europeo de Justicia no basta para alcanzar la finalidad perseguida de que los Estados dejen en sus manos la protección de los Derechos Fundamentales consagrados por sus propias Constituciones. En estricta lógica, es necesario también, en segundo lugar, que el contenido del *Bill of Rights* comunitario coincida, respecto de los Derechos Fundamentales de este género, con el de los Estados miembros. Por último, para que la sustitución de jurisdicciones pueda llevarse a cabo sin mengua de los Derechos, es igualmente necesario que la protección ofrecida por el Tribunal Europeo de Justicia sea igual a la dispensada por los Tribunales nacionales, una condición de realización aún más difícil que la anterior y para la que, en consecuencia, sólo aproximaciones cabe buscar en la práctica.

La fórmula acuñada por el Tribunal y recogida ahora en el artículo 6.2 TUE, intenta que el sistema satisfaga las dos primeras de estas tres condiciones. Ese propósito queda razonablemente bien cumplido en lo que toca a la primera de ellas, la de que sean exclusivamente derechos susceptibles de garantía judicial los incluidos en la tabla de Derechos de la Unión, merced a la afirmación, de otro modo enigmática, según la cual la Unión respeta los derechos como «*principios generales*» del ordenamiento comunitario. En el ordena-

miento comunitario, como en cualquier otro, los principios generales no pueden ser «protegidos» o «desarrollados» por los órganos políticos, que se han de limitar a respetarlos; son normas no escritas, que sólo los jueces pueden definir y utilizar para basar en ellas su decisión, aunque deban ser tenidas en cuenta por las instancias normativas para no infringirlas con sus propias decisiones. Son normas de control, no de apoderamiento o mandato y en consecuencia como principios generales sólo pueden valer Derechos susceptibles de garantía judicial. Menos completo, es el cumplimiento de la segunda condición, la de la necesaria coincidencia entre el elenco de Derechos de la Unión y el garantizado por el Derecho interno de los Estados miembros. La conexión queda en cierto modo establecida por la precisión de que los Derechos que la Unión respeta son los que derivan de las tradiciones constitucionales comunes y de la CEDH, pero esta conexión no sólo no basta por sí misma para asegurar que la Unión respeta *todos* los Derechos Fundamentales justiciables garantizados en *todos* los Estados miembros, como en rigor lógico sería indispensable, sino que más bien indica lo contrario, puesto que sólo lo común es fuente de inspiración para el Tribunal de Justicia (70). La renuncia de los Tribunales nacionales a garantizar que el Estado respeta *todos* los Derechos Fundamentales consagrados en la propia Constitución cuando aplica Derecho comunitario, equivale formalmente a dejarlos sin protección alguna cuando no son Derechos comunes a todos los miembros de la Unión. Esa dejación aparente carece sin embargo de trascendencia práctica real, pues el elenco de los Derechos justiciables en todos ellos no resulta tanto del tenor literal de las respectivas Constituciones como de la interpretación que los jueces han hecho y el resultado de esa interpretación es una coincidencia prácticamente total (71).

La condición cuyo cumplimiento los textos no pueden por sí solos asegurar

(70) Como es obvio, tanto la referencia a la tradición común, como, aún más, a la CEDH, vienen a reforzar la tesis de que los Derechos que la Unión respeta son sólo los Derechos «clásicos», que en el texto se argumenta sólo en virtud de su identificación como principios generales.

(71) Así, la doctrina francesa hace derivar del derecho a la libertad individual los de inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, intimidad personal y familiar, etc., que en la Constitución española aparecen como derechos diferenciados. La doctrina alemana ha construido la libertad de empresa, que nuestra Constitución también menciona expresamente, de la libertad de elección de profesión u oficio, etc. Los ejemplos podría multiplicarse a los dos lados del Atlántico. Esta coincidencia de los Derechos efectivamente vigentes en todos los Estados de democracia constitucional, que por cierto es un argumento adicional para identificarlos como principios generales, se logra a veces sólo forzando al máximo la letra de la Declaración, una técnica de la que es buen ejemplo el famoso oxymoron del *substantive due process*. La condición necesariamente abierta de toda Declaración desaconseja por eso las declaraciones excesivamente detalladas, que sin embargo pueden ser indispensables en momentos de transición.

es la tercera, la de la igualdad entre la protección ofrecida por el Tribunal Europeo de Justicia y los Tribunales nacionales. Una condición tanto más importante cuanto que, en la práctica como en la teoría, es imposible mantener una separación estanca entre el ámbito sujeto a la jurisdicción de aquél y el sometido a la de estos. Y esto no sólo ni principalmente porque en la práctica la aplicación estatal de las normas comunitarias vaya mezclada de manera más o menos inextricable con la de normas exclusivamente internas, sino sobre todo porque dentro de un mismo ordenamiento es imposible mantener dos concepciones distintas de un mismo Derecho. Los derechos de *status*, precisamente por serlo, han de ser iguales para todos, con independencia de que su actividad tenga trascendencia comunitaria o no, pues al aplicar normas comunitarias el Estado no sale de su propio ordenamiento, del que esas normas forman parte, aunque no corresponda a sus propios tribunales la interpretación en última instancia de ellas.

Esa coincidencia sustancial de la protección concedida por el Tribunal Europeo de Justicia y los Tribunales internos, la «protección equivalente» a la que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha condicionado su renuncia al control del Derecho comunitario es algo del todo ajeno a esa grotesca caracterización de la protección comunitaria como protección mínima que tan erradamente hace el artículo 53 de la Carta. Una equivalencia necesaria no sólo para asegurar que la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de los Derechos en los casos que se le someten sea aproximadamente igual a la que un Tribunal interno haría en el mismo caso, sino igual también a la que estos hacen en el ámbito en el que mantienen su competencia plena. Una equivalencia no fácil de conseguir, permanentemente en peligro y que requiere por eso un esfuerzo continuado de todos los Tribunales implicados, que para llevarlo a cabo han de tener conciencia clara de los planos muy distintos en los que se encuentran la Unión y los Estados. Para tratar de definir estos planos es necesario un leve *excursus*.

La noción de nivel de protección de los Derechos es considerablemente equívoca, pues son muchos y muy distintos los criterios utilizables para definirla y los índices empleados para medirla. Puede apreciarse en función de la organización y procedimiento que el ordenamiento ofrece, de la accesibilidad de las vías utilizables para remediar las vulneraciones, o de la rapidez y la eficacia de los remedios para las mismas. O en razón de la delimitación más o menos amplia que el legislador o el juez hacen del ámbito protegido por cada Derecho, o de las limitaciones que la ley impone a su ejercicio y/o de la flexibilidad mayor o menor del criterio que el juez usa para resolver sobre su licitud o ilicitud, etc. Se puede entender, por ejemplo, que la protección de la inviolabilidad del domicilio es mayor cuando esa protección se extiende también a los

ruidos o los malos olores, aunque, de otra parte, la policía no requiera autorización judicial para utilizar micrófonos direccionales o teleobjetivos que le permitan observar lo que dentro del domicilio se dice o se hace, o entender lo contrario, y no se trata de ejemplos puramente académicos. No es posible sin embargo estipular aquí un concepto más preciso, ni es en rigor indispensable para el razonamiento que sigue.

Se trata simplemente de recordar, en efecto, que los Derechos son partes de un sistema y que, a partir de un nivel mínimo por debajo del cual dejan de existir como Derechos y desaparece con ellos el Estado Constitucional de Derecho *tal como hoy lo entendemos, todo incremento en el nivel de protección de un Derecho implica una reducción en el de otro u otros, o eventualmente, en el de «objetivos de interés general» para la comunidad política implicada.* En el caso de aquellos Derechos que inciden directamente en las relaciones contractuales o extracontractuales interindividuales, esa correspondencia entre incremento y decremento es evidente: la mayor protección de la libertad de expresión reduce la que se otorga al derecho a la intimidad, o al honor, etc. Menos patente, pero también innegable, es la que se produce cuando el incremento de protección de un Derecho como derecho subjetivo, reduce la que el ordenamiento otorga a otros Derechos Fundamentales en su aspecto objetivo, como Derechos Humanos que el Estado ha de asegurar en el seno de la sociedad. Una maximalización de garantías procesales, por ejemplo una aplicación rígida de la regla de exclusión de pruebas indebidamente obtenidas, puede implicar una menor protección del derecho a la vida, o a la propiedad, o a la vida privada, etc., frente a los ataques de terceros. La libertad para establecer el equilibrio deseable entre la protección concedida a los distintos Derechos, o entre la de estos y la de otros objetivos de interés general, es parte esencial de la autonomía colectiva de cada comunidad política. La determinación del nivel de protección de cada Derecho es en consecuencia competencia básica de los Estados, que al establecerla habrán de tomar en cuenta las preferencias de las respectivas sociedades; «la» competencia básica, cabría decir, puesto que esa ponderación entre los distintos Derechos y entre estos y otros bienes de interés general determina el contenido de todo el ordenamiento positivo.

El respeto pleno a esta competencia esencial haría imposible sin embargo, como es evidente, la aplicación uniforme del Derecho comunitario y con ella el proceso de integración. El Tribunal Europeo de Justicia no puede utilizar como «canon de la constitucionalidad» el grado de protección que cada Estado dispensa a los distintos Derechos, ni utilizar como canon común, aplicable a todos los Estados miembros, el utilizado en aquél en donde la protección es más intensa, o por el contrario, en donde es menor. Sólo cabe una solución pragmática, lograda mediante el acuerdo tácito o expreso de todos los Tribunales im-

plicados, que son actores decisivos, tanto como las instituciones de la Unión o los Parlamentos y Gobiernos nacionales, del proceso de integración. No es posible enunciar, sin caer en la trivialidad, las reglas de esta actuación pragmática, pero sí precisar las condiciones que su existencia requiere, como a grandes rasgos se ha intentado en el presente Apartado, para valorar, desde esta perspectiva, las distintas soluciones que cabe dar al problema del futuro *status* de la Carta.

V. CONCLUSIÓN ¿QUÉ HACER CON LA CARTA?

Una de las opciones posibles es naturalmente la de no hacer nada con ella, o como se dice en forma castiza, dejarla estar. No es una opción disparatada. El Consejo de Colonia dispuso sólo que fuese solemnemente proclamada y eso quedó ya hecho. Respecto de su futuro, lo único que el Consejo Europeo ha previsto, en Colonia como en Niza, es que se estudie la posibilidad de integrarla y en consecuencia, también la de no integrarla. De otra parte, como la finalidad asignada a la Carta era la de hacer visibles los Derechos vigentes a nivel de la Unión, no la de crear nuevos Derechos, si su contenido responde fielmente a esa finalidad, no es necesario hacer nada para mantener en vigor Derechos ya vigentes. Únicamente en el caso de que la Carta hubiera traicionado la misión que se le encomendó e incluyera Derechos no vigentes, habría que tomar una decisión respecto de ellos. No existe necesidad alguna de precisar que están vigentes los veinte Derechos que, según los autores de la Carta, han sido incluidos en ella porque figuraban ya en los Tratados (72), ni es evidente la añadir alguna indicación sobre los nueve que ya recoge, en los mismos términos vagos, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (73). La mera inclusión en la Carta no basta desde luego para atribuir fuerza de obligar a los Derechos que provienen de fuentes hasta ahora insospechadas, como el Pacto Internacional sobre los Derechos del Niño, o la Convención sobre Bioética, o para despejar las sospechas de que no están vigentes en el Derecho de la Unión aquellos Derechos que sólo con mucho es-

(72) Según las Explicaciones del Presidium citadas, viene del TUE el Derecho a la libertad y la seguridad, que recoge el artículo 6 de la Carta, y proceden del TCE los enunciados en los artículos 8, 15.2, 16,18,21,22,23,34,35,37 y 38, así como todos los que, del 39 al 46, forman el capítulo V (Ciudadanía).

(73) Según la misma fuente, son los artículos 15.1 y 25 a 34. Por lo demás, tampoco se adviene fácilmente cual es la eficacia jurídica que cabe atribuir a enunciados que, como los de los artículos 25 y 26, son simple expresión de buenos sentimientos.

fuerzo pueden considerarse amenazados por ésta, etc. Al incluir esos Derechos, la Convención ha sobrepasado sin embargo los límites que el Consejo le fijó y el silencio es tal vez el modo más discreto de anular las consecuencias del exceso.

Esta opción tan simple y tan llena en apariencia de lógica, es objeto sin embargo de una repulsa enérgica, en la que concuerdan muchos políticos y estudiosos. El propio Parlamento Europeo ha censurado públicamente la abstención del Consejo de Niza, e incluso ha condicionado a una decisión que de una u otra forma integre la Carta en los Tratados, su voto favorable a la reforma del Tratado de la Unión. Una actitud que puede apoyarse, por lo demás, no sólo en razones políticas discutibles, sino también en buenas razones jurídicas. La posibilidad de que la relegación de la Carta al extraño limbo de los textos meramente «proclamados», frustre el designio de quienes veían en ella el núcleo de una futura Constitución europea, sólo resulta inaceptable para quienes alentaban ese propósito, y la hipotética decepción de los ciudadanos europeos sólo puede acongojar a quienes creen que estos habían puesto en esa Carta grandes esperanzas, una creencia con escaso fundamento en la realidad. El obstáculo real para dejar la Carta tal cual, sin tomar decisión alguna acerca de ella, viene más bien del hecho de que esa «no decisión» tiene en sí misma consecuencias jurídicas. No sólo la de dejar a la libre iniciativa de variados «operadores jurídicos» (Abogados Generales del Tribunal Europeo, Tribunales Constitucionales sedientos de novedad, etc.) la atribución de efectos vinculantes a la Carta, en todo o en parte, sino la de arrojar sombras sobre la vigencia de la norma en la que hasta ahora descansaba el sistema europeo de los Derechos Fundamentales. Es cierto que formalmente la proclamación de la Carta no deroga el artículo 6.2 TUE, pero en cierto sentido lo convierte en una norma absurda.

Desechada esta vía, la atribución de efectos jurídicos a la Carta puede encauzarse a través de otras dos, alternativas: la de integrar la Carta en los Tratados, incorporándola a su articulado, o bien la de llevar a cabo esa integración de una manera por así decir indirecta, incluyéndola entre las fuentes de inspiración enumeradas en el artículo que se acaba de citar, o sustituyendo con la referencia a la Carta la que ahora se hace a la CEDH. A su vez, tanto en el caso de la incorporación textual como en el de la integración por remisión, cabe atribuir efectos jurídicos a la totalidad de la Carta, o sólo a partes de ella, e incluso, claro está, modificarla, de lo que resulta una variedad de soluciones que, como simples futuribles, no vale la pena explorar.

La opción favorecida por quienes intentan crear con la Carta el núcleo inicial de una Constitución Europea es naturalmente la primera, la de la incorporación textual a los Tratados. Y no tanto, cabe pensar, para hacer más visible el catálogo de Derechos de la Unión o enriquecerlo con Derechos nuevos, como

para cambiar sustancialmente el lugar que los Derechos ocupan en la estructura de la Unión. Dotar a ésta de un repertorio de Derechos que valgan como creación propia, no como derivación de los Derechos que resultan de las tradiciones constitucionales comunes, o de las obligaciones asumidas por los Estados miembros, y que en consecuencia despliegan efectos más amplios que los propios de los principios generales del ordenamiento. No simplemente la de servir como límites frente a la acción del poder, sino la de constituir también objetivos de la acción de éste. No se trata ya de que la Unión consagre su respeto a los Derechos para lograr que el control del Derecho comunitario quede en manos del Tribunal de Justicia y se lleve a cabo sin salir de su propio marco, sino, muy al contrario, de hacer de la plena vigencia de los Derechos una de las finalidades de la Unión, o para ser más precisos, la finalidad principal.

De que por esa vía se puede producir una ampliación subrepticia de las competencias comunitarias es buena prueba el hecho de que los autores de la Carta se hayan sentido obligados a incluir en ella la enfática afirmación de que la Carta «no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas, ni para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados». Del mismo modo que la norma aparentemente absurda del artículo 53 se carga de sentido si se teme que la Unión pueda asumir la función de controlar la plena vigencia de los Derechos Fundamentales en los Estados miembros. Pero se trata de riesgos que, aunque probables, no son ciertos y sobre todo sólo aparecen como peligros para quienes en esos cambios ven un mal (74).

Seguramente no es este el caso de quienes piensan que el proceso de integración no puede seguir progresando sin cambiar radicalmente su estructura, sin pasar de la Unión a la Federación. Aun si se acepta esa tesis, parece evidente, sin embargo, que una transformación de tal envergadura sólo puede tener éxito si se aborda abiertamente, no por la vía desviada de justificarla como un medio destinado a asegurar mejor el respeto de la Unión a los Derechos, pues este atajo impide plantear los problemas reales que comporta la creación de un Estado Federal Europeo. Un Estado que, por laxa que sea su estructura,

(74) La posibilidad de que la acción protectora de la Unión de lugar a una extensión de sus competencias es quizás mayor en el caso de los Derechos clásicos que en el de los Derechos sociales, pero también respecto de estos se ha dicho que «El destino natural de la Carta es influir sobre la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad para la protección de los derechos sociales fundamentales» (O. DE SCHUTTER: «La garantie des droits...», citada, pág. 25). Tanto en este trabajo, que en parte reproduce el contenido de «La Contribution de la Charte...» igualmente citado, como en este último puede encontrarse un examen agudo y detallado de las potenciales consecuencias jurídicas que implica la incorporación a la Carta de los derechos sociales.

habrá de asumir tareas y responsabilidades que hoy quedan exclusivamente en manos de los Estados miembros de la Unión y en el que el problema de la legitimidad democrática revestirá por eso dimensiones nuevas y muy distintas. Con la incorporación de la Carta a los Tratados se quiebran los vínculos, que la afortunada fórmula alumbrada por el Tribunal había logrado mantener, entre los Derechos Fundamentales garantizados por los Estados y los que garantiza la Unión como principios generales de su ordenamiento, y se destruye, sin sustituirlo por ningún otro, el delicado equilibrio ahora existente entre la jurisdicción de la Unión y la de los Estados.

La única vía adecuada para la integración de la Carta en los Tratados es, en consecuencia, la de la integración indirecta, la de conectarla con ellos a través del artículo 6.2, como fuente de la que derivan los Derechos Fundamentales que valen como principios generales del Derecho de la Unión. Esta fórmula, sugerida por Jacqué y propuesta, como *second best*, por el Parlamento Europeo, permite preservar lo esencial, el modo de vigencia de esos Derechos como principios generales, pero plantea algunos problemas no desdeñables. Si la referencia a la Carta se añade a la que se hace a las «tradiciones constitucionales comunes», queda fuera de la remisión el capítulo VII, del que no resulta «Derecho» alguno, y en duda la vigencia de los Derechos «nuevos» introducidos por la Carta. Si esa referencia sustituye a todas las que actualmente contiene el precepto, se eliminan esos problemas, pero se rompe o se debilita la conexión entre los Derechos de la Unión y los Derechos de los Estados, que es indispensable mantener para preservar el equilibrio propio de la Unión antes analizado. El estudio de las soluciones posibles a estos problemas queda más allá sin embargo de los límites de este trabajo.