

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

MARKUS KOTZUR *

Traducido del alemán por CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMUNIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES
2. PARA SISTEMATIZAR: DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTADES FUNDAMENTALES
3. LAS COMBINACIONES MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES
4. CONSECUENCIAS DE LA COMBINACIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS DE UNA DOGMÁTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMÚN EUROPEA
5. CONCLUSIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMUNIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado constitucional liberal en su actual configuración se concibe sobre todo como «Estado de derechos fundamentales»¹. Su carácter liberal se basa en una libertad conformada o garantizada por los derechos fun-

* Catedrático de Derecho Público. Universidad de Leipzig.

¹ P. HÄBERLE, «Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 1, 2004, § 7, marginal 31; del mismo autor, *Europäische Verfassungslehre*, 5.ª ed., 2008, pp. 330 y ss.; del mismo autor, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, pp. 715 y ss.; D. MERTEN, «Das Prinzip der Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 27, marginal 5 y ss.; todavía de decisiva influencia sobre el Estado constitucional de la Ley Fundamental alemana, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995 (reimpresión en 1999), marginal 125 y ss.

damentales. El poder ver protegidos y realizados los derechos fundamentales en todas sus dimensiones más allá de su clásico «status negativus»² constituye una razón decisiva para la existencia de dicho Estado, así como un factor de legitimación irrenunciable de su soberanía³. Y lo mismo puede predicarse de Europa. Quiere ser más allá incluso de las fronteras de la UE un «espacio de libertad, seguridad y justicia»⁴ para sus ciudadanas y ciudadanos y se concibe por ello como una «comunidad de derechos fundamentales»⁵, que comprende en sentido estricto la Europa de la UE y de la CE, pero también en sentido amplio la Europa del Consejo de Europa. El orden fundamental europeo conformado a partir de múltiples combinaciones y gracias a reiterados procesos de recepción descansa sobre el fundamento de las Constituciones nacionales⁶. Esta base queda recubierta por

² Un clásico de la «Statuslehre» (doctrina del status) es G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.^a ed., 1905, pp. 94 y ss.

³ P. HÄBERLE, «Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 1, 2004, § 7, marginal 31; J. P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte», en: *Symposion L. Wildhaber*, 1997, pp. 45, pp. 61; M. KOTZUR, «Sovereignty and the European Federal Constitution - New Perspectives on Sovereignty in a Multilevel Scheme of Constitutionalism», en: *The Federalist* 2008, pp. 131 y ss., (136 y ss.).

⁴ Esta formulación se encuentra en efecto como «objetivo constitucional» en el art. 3.2 TUE, nueva versión. Trae causa del Consejo europeo de Tampere (1999). Véanse las conclusiones finales de la Presidencia del Consejo de Tampere (15 y 16.10.1999), www.europarl.eu.int/summits/tam_de.htm; véase M. RUFFERT, «Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in schwierigem Terrain – Kontinuierliche Verfassungsgebung in schwierigem Terrain», en: I. PERNICE (ed.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?*, 2008, pp. 169 y ss. (170).

⁵ G. HIRSCH, «Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft», *FS Mélanges Schockweiler*, 1999, pp. 177 y ss.; A. v. BOGDANDY, «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?», *JZ*, 2001, pp. 147 y ss.; P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 5.^a ed., 2008, emplea el término «Grundrechtsgemeinschaft» (comunidad de derechos fundamentales) y «Grundrechtsverbund» (confederación de derechos fundamentales), por ejemplo en la pp. 358 y 368.

⁶ P. HÄBERLE, «Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in*

el CEDH. El CEDH constituye «la pieza maestra por excelencia de la aportación del Consejo de Europa», el documento de derechos humanos que ha sido completado con numerosos protocolos, y documento constitucional para todos los Estados miembros⁷.

Junto a esto aparece el triple compromiso con los derechos fundamentales de la UE/CE. El TJCE ha desarrollado en su jurisprudencia los derechos fundamentales comunitarios como principios generales del derecho⁸. El art. 6.2 TUE considera el CEDH en este momento todavía como fuente de conocimiento del derecho para el Tribunal de Luxemburgo⁹; tras Lisboa¹⁰ el CEDH resulta reforzado como fuente del Derecho (art. 6.2 TUE en su nueva versión). La Carta de derechos fundamentales de la UE, aunque sigue siendo «soft law» internacional, está ya actualmente influenciando la interpretación de derechos fundamentales del TJCE y del Tribunal de

Deutschland und Europa, tomo 1, 2004, § 7, marginal pp. 9 y ss.; Ch. DEGENHART, «Grundrechtsinhalte und Grundrechtswirkungen im deutschen und europäischen Recht», en: *Teoria del diritto e dello stato (Rechts- und Staatslehre)*, 2003, núms. 1-2, pp. 162 y ss.

⁷ E. KLEIN, «Von der Spaltung zur Einigung Europas», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 5, marginal 77; Ch. WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess», *ZaöRV* 59 (1999), pp. 961 y ss.

⁸ G. TESAURO, «The Role of the Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights», en: FS G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, 2003, pp. 103 y ss.; A. VITORINO, «La Cour de justice et les droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte», en: *ibidem*, pp. 111 y ss.; G. NICOLAYSEN, «Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten», *EuR*, núm. 38, 2003, pp. 719 y ss.

⁹ A. ROSAS, «The Legal Sources of EU Fundamental Rights: A Systemic Overview», en: FS G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, 2003, pp. 87 y ss.

¹⁰ Contiene una extensa bibliografía al respecto J. Ph. TERHECHTE, «Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Gemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?», *EuR*, núm. 43, 2008, pp. 143 y ss.; también F. BALAGUER CALLEJÓN, «La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *ReDCE*, núm. 8, 2007, pp. 11 y ss.; F. C. MAYER, «Die Rückkehr der europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon», *ZaöRV*, núm. 67, 2007, pp. 1.142 y ss.; I. PERNICE, «Der Vertrag von Lissabon - Ende des Verfassungsprozesses der EU?», *EuZW*, 2008, pp. 65 y ss.

primera instancia¹¹. La Carta debería haber sido incorporada, incluyendo su Preámbulo, en el fracasado Tratado Constitucional. Tras el proyecto de reforma de Lisboa —de no inferior naturaleza constitucional, aunque renuncie al pretencioso nombre de Constitución y a cualquier simbología integradora que implique cualquier «parecido con un Estado»¹²—, la Carta se ha vuelto más autónoma, en cierto modo como un tercer Tratado «originario» con la naturaleza de Derecho primario¹³. El art. 6.1 TUE dispone la eficacia normativa vinculante y convierte el «solemne compromiso» de los Estados miembros en Derecho positivo. El futuro del Tratado de Lisboa es desde luego en este momento todavía incierto. Pero independientemente de ello cabe afirmar: el «Estado de los derechos fundamentales» y la «Comunidad de derechos fundamentales» encuentran en los derechos fundamentales su sustrato constitucional común. Se trata del sustrato que en el modelo multinivel de la confederación constitucional europea¹⁴ actúa como «aglutinante constitucional». La idea de ámbitos europeos de derechos fundamentales que interactúan pone también de relieve que en el «multilevel constitutionalism» no se trata de una jerarquización de los niveles de decisión. Lo que dicho constitucionalismo pretende es desarrollar, a partir de la constatación empírica de combinaciones políticas múlti-

¹¹ Entre la extensa bibliografía, apenas ya abarcable, nos remitimos a P. HÄBERLE, «Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft», *DVBl.*, 2000, pp. 840 y ss.; I. PERNICE, «Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union», *DVBl.* 2000, pp. 847 y ss.; A. WEBER, «Die europäische Grundrechte-Charta - auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung», *NJW*, 2000, pp. 537 y ss.; M. ZULEEG, «Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte. Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte», *EuGRZ*, 2000, pp. 511 y ss.; E. PACHE, «Die europäische Grundrechtecharta - ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?», *EuR*, núm. 36, 2001, pp. 475 y ss.

¹² M. HEINIG, «Europäisches Verfassungsrecht ohne Verfassungsvertrag», *JZ*, 2007, pp. 905 y ss.

¹³ E. PACHE/F. RÖSCH, «Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon - die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU», *EuZW*, 2008, pp. 519 y ss.

¹⁴ I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703.

ples¹⁵, un modelo normativo adecuado de «combinaciones multinivel» constitucionales¹⁶.

Quien considere el modelo multinivel como el ideal para la coherencia de derechos fundamentales, se verá rápidamente defraudado. Las combinaciones no sólo producen armonizaciones, sino que también plantean cuestiones competenciales. Las situaciones de colisión, sean hipotéticas o reales, entre la protección nacional-estatal constitucional y europea de los derechos fundamentales condicionan los conflictos institucionales o competenciales entre los tribunales llamados a la resolución de las disputas. La relación de tensión triangular entre los tribunales constitucionales de los Estados miembros, el TJCE y el TEDH debería poder ser resuelta idealmente mediante la cooperación¹⁷, aunque en realidad sea la disputa por competencias últimas de decisión la que frecuentemente se impone¹⁸.

¹⁵ F. W. SCHARPF/B. REISSERT/F. SCHNABEL, *Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, 1976; posteriormente F. W. SCHARPF, «Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», en: *Politische Vierteljahresschrift*, núm. 26, 1985, pp. 323 y ss.

¹⁶ A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, p. 188; en la misma línea, J. SCHWIND, *Zukunftsgestaltende Elemente im deutschen und europäischen Staats- und Verfassungsrecht*, 2008, p. 75. También hay otros términos que son usuales. Al «Verfassungpluralismus» (pluralismo constitucional) se refiere N. WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», *MLR*, núm. 65, 2002, p. 317; el concepto de «Sympolitie» se encuentra en D. Th. TSATSOS, *The European Sympolity: New Democratic Discourses*, 2008; el concepto de «Synarchie» se encuentra en D. N. CHRYSOCHOOU, «Europe as a Synarchy: A Study in Organized Co-Sovereignty», *JöR*, núm. 57, 2007, pp. 407 y ss.; véase también T. E. AALBERTS, «The Future of Sovereignty in Multiple Governance Europe - A Constructivist Approach», *Journal of Common Market Studies*, núm. 42, 2004, pp. 32 y ss.

¹⁷ BVerfGE 89, 155 (175); extensamente al respecto J. SCHWARZE, «Das «Kooperationsverhältnis» des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof», *FS BVerfG*, tomo I, 2001, pp. 223 - 243.

¹⁸ Algún ejemplo confirma este diagnóstico: TEDH, *DVBl.*, 2004, pp. 365, sobre la reforma agraria; también S. MÜCKL, *Kooperation oder Konfrontation? - Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, en: *Der Staat*, núm. 44, 2005, pp. 403 y ss., (404); EGMR, *NJW*,

¿Cómo puede entonces desarrollarse una «cultura de derechos fundamentales europea común»? (P. Häberle); ¿Cómo puede transformarse la «unidad en derechos fundamentales en pluralidad»? (J. Ch. Burckhardt); ¿Cómo puede madurar la yuxtaposición de ordenamientos europeos de derechos fundamentales hacia una unión constitucional de un ordenamiento de derechos fundamentales común europeo? Al respecto, el siguiente esbozo.

2. PARA SISTEMATIZAR: DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTADES FUNDAMENTALES

Los derechos humanos y los derechos fundamentales apenas pueden distinguirse terminológicamente de forma selectiva; en especial, una dialéctica simplificadora entre los derechos humanos y los derechos del ciudadano, por un lado, y los derechos fundamentales estatales y los derechos humanos supraestatales resultaría equivocada¹⁹. Así, por ejemplo, los derechos «humanos» del CEDH no son cualitativamente equivalentes a los derechos «fundamentales» de la Carta de los derechos fundamentales o a los derechos «fundamentales» de la Ley Fundamental alemana, sino que son elementos complementarios de la también mixta Constitución de derechos fundamentales europea. Principalmente, la idea de los «derechos fundamentales» debe, en el sentido de los «derechos fundamentales» español-

2004, pp. 2.647 - Carolina de Hannover (nacida de Múnaco); Ch. STARCK, «Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen», *JZ*, 2006, pp. 76 y ss.; BVerfGE 111, 307 - Görgülü; J. Abr. FROWEIN, «Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte», en: *Liber Amicorum J. Delbrück*, 2005, pp. 279 y ss.

¹⁹ En profundidad sobre esta problemática véase D. MERTEN, «Begriff und Abgrenzung der Grundrechte», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 35, marginal 3 y ss.; K. STERN, «Die Idee der Menschen- und Grundrechte», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 1, 2004, § 1, marginal 46 y ss.; G. KLEINHEYER, *Grundrechte. Zur Geschichte eines Begriffs*, 1977.

les, impregnar el concepto y servir como término general común para los derechos humanos universales y para los derechos fundamentales positivizados a nivel interno²⁰. Los primeros deben a su vez ser diferenciados en garantías suprapositivas y preestatales y en garantías internacionales, menos frecuentemente en garantías nacidas de la costumbre internacional; los segundos deben diferenciarse en derechos que afectan a todos los sometidos al ordenamiento jurídico estatal, y aquellos que sólo corresponden los ciudadanos²¹.

La definición terminológica aquí propuesta no obedece únicamente a motivos semánticos. No sigue tanto los contextos y justificaciones históricas desde la Declaración de derechos del hombre de 1789, pasando por la «creación» del término «derechos fundamentales» en el período prerrevolucionario alemán (1848/49) hasta los capítulos de derechos fundamentales de las Constituciones modernas²², sino más bien el debate en torno a la universalidad o la especificidad cultural de los derechos humanos. La universalidad por su parte no se refiere, por lo menos no principalmente, de forma prioritaria, a un derecho natural o de la razón pensado como ideal, que se impone a priori a cualquier codificación, que solamente hubiera que «destapar» y luego «revelar». La universalidad se refiere más bien a un «proceso de universalización» a través de la «realización cultural específica» de la idea conductora de derechos humanos suprapositivos. Sólo en procesos de recepción recíprocos y como aportaciones culturales²³ se crean, a partir de una idea de derechos humanos precultural²⁴, los estándares que pueden ser aceptados en su dualismo de universalidad y particularidad cul-

²⁰ Así P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed., 1998, pp. 724.

²¹ Sobre la diferenciación entre los derechos fundamentales positivos y suprapositivos véase J. ISENSEE, «Positivität und Überpositivität der Grundrechte», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 26, marginal 1 y ss.

²² J. ISENSEE, *ibidem*, marginal 5.

²³ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed., 1998, pp. 715 y ss.

²⁴ G. DIETZE, *Bedeutungswandel der Menschenrechte*, 1972, pp. 10, habla incluso de un «misterio».

tural por la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional, resultando sin embargo adecuados a las distintas culturas.

Tal clase de realización cultural particular posee un significado que se justifica por su status. Se trata, por un lado, del status clásico cívico estatal que corresponde al particular en relación con su comunidad estatal y que queda recogido en el documento constitucional estatal²⁵. Se trata en segundo lugar del status de ciudadano europeo, que se ha creado mediante la ciudadanía de la Unión con naturaleza de Derecho originario²⁶. Se trata finalmente del status de ciudadano internacional («status mundialis hominis»), que sobre la base de los tratados de derechos humanos universales (Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales) y específicos (Convención contra la tortura, Convención de derechos del niño, etc.), convierte al individuo en sujeto de derecho internacional parcial²⁷. Este triple status describe las dimensiones de vigencia multinivel de los derechos humanos y de los derechos fundamentales como derechos «esenciales»: Rigen en el Estado constitucional y convierten en ésta al individuo en «titular de dere-

²⁵ D. MERTEN, «Begriff und Abgrenzung der Grundrechte», en: D MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 35, marginal 20; J. ISENSEE, «Positivität und Überpositivität der Grundrechte», en: ebd., § 26, marginal 5; L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 3.

²⁶ A. AUGUSTIN, *Das Volk in der Europäischen Union*, 2000; M. LA TORRE, «Citizenship: A European Wager», en: *Ration Juris*, núm. 8, 1995, pp. 113 y ss.; M. LA TORRE (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, 1998.

²⁷ Recuérdense en este contexto las distintas concepciones de la ciudadanía universal en la tradición filosófica del idealismo alemán. También la obra fundamental de KANT, *Zum ewigen Frieden*, 1795. Desde una perspectiva de teoría constitucional, el término ha recibido una influencia fundamental de P. HÄBERLE, «Das Konzept der Grundrechte», en: del mismo autor, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pp. 279 y ss., (294), en nota a pie 24: «Terminológicamente puede uno —todavía— encontrarse con dificultades: La expresión «derechos del ciudadano» se reserva aquí para los derechos fundamentales de los ciudadanos del Estado, y sin embargo se trata aquí de la «ciudadanía universal». Esto no tiene por qué sugerir un «Estado universal», que ni siquiera parece deseable como utopía, sino como «cultura universal», en la que gracias al «status mundiales» de los derechos fundamentales todo ciudadanos de cualquier Estado constitucional pueda sentirse como en casa».

chos fundamentales»; rigen en el Derecho de la Unión y comunitario y hacen ahí al individuo titular de los «derechos fundamentales comunitarios»; rigen en el Derecho internacional regional y/o universal y convierten en éste al individuo en actor con «derechos fundamentales garantizados». También en los casos en que la titularidad de derechos queda vinculada a una pertenencia específica (como ciudadano de un Estado o de la Unión), se mantiene intacto el nexo de conexión con los derechos humanos. Los derechos fundamentales según la terminología aquí empleada se refieren a los «derechos y libertades» esenciales de las personas. El status que éstos protegen a nivel estatal interno, a nivel de la Unión o comunitario, internacional regional e internacional universal, es siempre un status de igual libertad²⁸.

Dicho status de igual libertad integra también un común denominador de derechos fundamentales y de libertades fundamentales en el sentido del Derecho comunitario. Su desarrollo se produjo —a pesar de algunos paralelismos patentes— de forma asimétrica tanto temporal como estructuralmente²⁹. Los derechos fundamentales comunitarios responden hoy (con retraso) a la demanda de legitimación que ha originado un ordenamiento jurídico europeo en formación y en progresivo proceso de constitucionalización. Por el contrario, las libertades fundamentales han contribuido desde un principio de forma decisiva a la formación del ordenamiento jurídico europeo. «Lo que las libertades fundamentales han contribuido a lograr, deben ahora legitimarlo los derechos fundamentales»³⁰. A modo de ima-

²⁸ L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 2.

²⁹ De entre la bibliografía apenas abarcable, V. SKOURIS, «Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht», *DÖV*, 2006, pp. 89 y ss.; U. MAGER, «Die Bedeutung der Grundrechte für das Binnenmarktziel - der zweite Verfassungsabschnitt auf dem Prüfstand des Binnenmarktkonzepts», *EuR*, suplemento 3/2004, pp. 41 y ss.; W. FRENZ, «Grundfreiheiten und Grundrechte», *EuR*, 2002, pp. 603 y ss.; L. GRAMLICH, «Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht», *DÖV*, 1996, pp. 801 y ss.; extensamente al respecto, D. EHLERS (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2.^a ed., 2005.

³⁰ Th. KINGREEN, «Grundfreiheiten», en: A. v. BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 631 y ss., (653).

gen simplificada puede decirse que: la «integración» es la finalidad principal de las libertades fundamentales; la «legitimación» de lo integrado es la finalidad principal de los derechos fundamentales, aun cuando ciertamente algunos factores de legitimación resulten integradores y algunos factores de integración resulten legitimadores. Las libertades fundamentales no abren ninguna esfera de protección amplia de libertades fundamentales como los derechos fundamentales, sino que pretenden más bien facilitar desde una funcionalidad limitada el intercambio interestatal de bienes económicos materiales e inmateriales, actuando por tanto como «normas transnacionales de integración», no como «normas legitimadoras supranacionales»³¹. Esta última función constitucional queda reservada principalmente a los derechos fundamentales. Precisamente porque en los primeros años de la integración se carecía de un núcleo suficiente de derechos fundamentales comunitarios, el TJCE no ha tardado en ignorar tal distinción funcional y ha derivado algunos factores de legitimación del catálogo de libertades fundamentales³². Por ello, una nueva coordinación jurídica funcional de ambas categorías constituye un deber constitucional europeo.

3. LAS COMBINACIONES MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Los ámbitos constitucionales de los Estados miembros con sus garantías de derechos fundamentales - La idea guía universal en su realización estatal-particular

Los catálogos de derechos fundamentales nacionales impregnan el modelo constitucional estatal, el modelo constitucional de protección de los

³¹ Así E. PACHE, «Grundfreiheiten», en: R. SCHULZE/M. ZULEEG, *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2006, § 10, marginal 15 m. w. N.

³² Con respecto al planteamiento de este problema en el ejemplo de la directiva sobre publicidad del tabaco, también M. MÖSTL, «Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt», *EuR*, 2002, pp. 318 y ss., (pp. 328 y ss., reiteradamente).

derechos fundamentales. La idea guía universal se ha trasladado al Derecho constitucional positivo, se ha singularizado y se ha enriquecido con nuevas dimensiones protectoras. La necesidad de tal traslación es más que evidente. La idea guía por sí sola no podría satisfacer las demandas de la vida jurídica práctica en su compleja y contradictoria pluralidad³³. La fijación por escrito y la actualización como garantía de su vigencia cualifica a los derechos fundamentales como «principios del ordenamiento para la totalidad de la vida estatal y jurídica, que a partir de la Constitución desarrollan una fuerza normativa en todos los ámbitos del Derecho», es decir, que «desde un principio están (pre)determinados para su vigencia en la comunidad», para su vigencia «en la multilateralidad y no en la bilateralidad»³⁴. Los derechos fundamentales permiten de esta manera la formación de la unidad política «mediante» iguales, es decir, mediante ciudadanos con los mismos derechos, y «en» libertad. El reconocimiento constitucional de la libertad e igualdad básicas³⁵ conduce además a una vinculación general de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (véanse los arts. 1.3 y 20.3 LFB); sólo de esta manera puede asegurarse la efectiva protección de la libertad y de la igualdad. El poder judicial, no solamente la justicia constitucional, debe verificar la conformidad con la Constitución de todas las acciones soberanas-estatales. El triángulo conformado por la positivación constitucional, la vinculación general a los derechos fundamentales y la garantía jurisdiccional (y jurisdiccional constitucional) de los derechos fundamentales conforma hoy un estándar de derechos fundamentales común europeo, y en razón del art. 49 TUE supone finalmente también un requisito para la adhesión de un Estado a la Unión Europea.

³³ J. ISENSEE, «Positivität und Überpositivität der Grundrechte», en: *ibidem*, § 26, marginal 5; L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 15 y ss.

³⁴ J. P. MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, 1964, pp. 106 y 163 y s.; en relación con éste, P. BADURA, «Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, tomo I, 2004, § 20, marginal 16; L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 1.

³⁵ L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 9.

3.2. El espacio constitucional europeo. La idea guía universal en su realización regional de la Unión Europea/comunitaria

3.2.a) *El Consejo de Europa y el CEDH en su dinámica constitucional*

El CEDH aprobado en 1950 por el Consejo de Europa representa el modelo clásico de protección de derechos humanos de Derecho internacional³⁶. La idea guía universal encuentra en el Derecho internacional regional realización concreta –y así de esta manera ejerce influencia sobre otras regiones del mundo. El CEDH incorporó tempranamente al ámbito cultural europeo un compromiso de la Carta de Naciones Unidas (1945) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948³⁷. El individuo adquiere parcialmente personalidad jurídica de Derecho internacional, su dignidad y su libertad no se convierten solamente en presupuestos de legitimación del ordenamiento internacional, sino que imponen claros límites a la soberanía estatal³⁸.

³⁶ Ch. GUSY, «Wirkungen in der Europäischen Menschenrechtskonvention und in der europäischen Rechtsprechung der einzelnen Vertragsstaaten», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1988, pp. 1 y ss.; Ch. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.ª ed., 2009; A. PETERS, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003; véase también D. EHLERS (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2.ª ed., 2005; con respecto al origen del CEDH, extensamente K. J. PARTSCH, «Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention», *ZaöRV*, núm. 15, 1954, pp. 631 y ss.

³⁷ Al respecto véase Ch. GUSY, «Das Grundgesetz im völkerrechtlichen Wirkungszusammenhang», en: U. BATTIS/D. TH. TSATSOS, *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang*, 1990, pp. 207 y ss.

³⁸ En relación con el concepto de dignidad humana como razón y límite del poder legítimo, P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en: J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (eds.), *HStR*, tomo II, 3.ª ed., 2004, § 22; Ch. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997; del mismo autor, en: K. H. FRIAUF/W. HÖFLING (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, tomo 1, Suplemento núm. 12, 2005, el Artículo 1, con una amplia panorámica sobre el estado actual de la doctrina; más allá del ámbito cultural europeo puede verse K. AOYAGI, *Die Achtung des Individuums und die Würde des Menschen*, 1996.

En el sentido de una concepción de la soberanía instrumental, que parte de y se orienta hacia la persona, el CEDH vincula a todos los Estados miembros al estándar fundamental de derechos humanos. Con ello el CEDH constituye un elemento principal de la Constitución de derechos fundamentales europea³⁹, tanto más desde que el Protocolo adicional número 11 (1998) permitió al TEDH convertirse en un verdadero Tribunal Constitucional⁴⁰. A buen seguro que también el debate constitucional europeo⁴¹ ha contribuido considerablemente a considerar al CEDH como Constitución parcial en el ámbito de los derechos fundamentales y humanos, y con ello también por su parte a considerarlo como «proceso de constitucionalización»⁴².

³⁹ F. HOFFMEISTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland», en: *Der Staat*, núm. 40, 2001, pp. 349 y ss., (353 y ss.). En la Sentencia del TEDH de 23 de marzo de 1995, Loizidou (Preliminary Objections), Serie A 310, línea 75, se describe el CEDH como «constitutional instrument of European public order»; Véase también J. A. FROWEIN, «Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung», *JuS*, 1986, pp. 845 y ss.; P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en *EuGRZ*, 1991, pp. 261 y ss., (265): «ordre public européen»; para más referencias I. PERNICE, «Deutschland in der Europäischen Union», en: *HStR*, tomo VIII, 1995, § 191, marginal 25 y ss.

⁴⁰ I. SIESS-SCHERZ, «Das neue Rechtsschutzsystem nach dem Protokoll Nr. 11 zur EMRK über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus», en: GRABENWARTER/THIENEL, *Kontinuität und Wandel der EMRK*, 1998, pp. 1 y ss.; J. MEYER-LADEWIG/H. PETZHOLD, «Der neue ständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte», *NJW*, 1999, pp. 1.165 y ss.; L. WILDHABER, «Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», *EuGRZ*, 2002, pp. 569 y ss.

⁴¹ I. PERNICE, P. M. HUBER, G. LÜBBE-WOLFF, CH. GRABENWARTER, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *VVDStRL*, núm. 60, 2001, pp. 148 y ss., (194 y ss.), (246 y ss.) y (290 y ss.); A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001; Th. OPPERMANN, «Eine Verfassung für die Europäische Union», *DVBl.*, 2003, pp. 1.234 y ss.; P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 4.^a ed., 2006.

⁴² Ch. WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionsprozess», *ZaöRV*, núm. 59, 1999, pp. 961 y ss.

3.2.b) *El Derecho de la UE y de la CE. La Constitución de los derechos fundamentales de la Unión en proceso*

En la Constitución de los derechos fundamentales de la Unión se entremezclan los mecanismos de protección de los derechos fundamentales internacionales y constitucionales. Dicha «mezcla» constituye una particularidad del Derecho de la Unión. La Unión y las Comunidades son más que una mera confederación de Estados y menos que un Estado federal. Desarrollan a partir de elementos de Derecho internacional y específicamente constitucionales un ordenamiento jurídico de ámbito supraestatal —en cierto modo «prefederal»⁴³— de una naturaleza particular, en la que corresponde a los derechos fundamentales comunitarios un efecto unificador⁴⁴. Al igual que en el caso del Estado constitucional nacional, la dignidad humana constituye al respecto una «premisa antropológica»⁴⁵.

a) *Al principio fue el Derecho jurisprudencial: los derechos fundamentales como principios jurídicos generales*

El Tratado originario de la Comunidad Económica Europea de 1957 se concibió como Comunidad económica pura y dejó la protección de los derechos fundamentales exclusivamente en manos de los Estados miembros. En todo caso, de las libertades fundamentales del mercado común —en especial gracias a la jurisprudencia del TJCE sobre el principio de eficacia directa— podían inferirse elementos con contenidos de protección típicos

⁴³ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4.ª ed., 2006, pp. 104, (426 y ss.).

⁴⁴ Ch. DEGENHART, «Grundrechtsinhalte und Grundrechtswirkungen im deutschen und europäischen Recht», en: *Teoria del diritto e dello stato (Rechts- und Staatslehre)*, 2003, núms. 1-2, pp. 162 y ss., (162). En este contexto merece también atención la fuerza de influencia de los derechos fundamentales sobre el conjunto del ordenamiento jurídico; al respecto M. SACHS, en: M. SACHS (ed.), *GG*, 3.ª ed., 2003, vor Art. 1, marginal 33 y ss., con más referencias jurisprudenciales y doctrinales.

⁴⁵ Véase arriba la nota a pie número 38, así como H.-G. DEDERER, «Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)», en: *JöR*, núm. 57, 2009, pp. 89 y ss.

de los derechos fundamentales⁴⁶. Pronto se puso claramente de relieve que los actos de soberanía económicos europeos pueden implicar injerencias sensibles en las posiciones individuales de derechos fundamentales, por ejemplo en la libertad de propiedad, de profesión o industrial. Es conocida la reacción de los Tribunales constitucionales nacionales. Así junto al Tribunal Constitucional italiano, tampoco el Tribunal Constitucional federal alemán quiso renunciar a controlar los actos de soberanía comunitarios conforme a los estándares nacionales de derechos fundamentales⁴⁷. El TJCE tuvo que afrontar una peligrosa erosión del principio de primacía del Derecho comunitario. En la comparación jurídica ponderada, creó progresivamente, tomando como referencia el estándar de derechos fundamentales de los Estados miembros, los derechos fundamentales comunitarios básicos como principios jurídicos generales⁴⁸. Sentencias fundamentales tempranas, que marcaron el camino tanto en cuanto a los contenidos de derechos fundamentales como con respecto a la metodología, fueron los casos «Stauder»,⁴⁹ «Internationale Handelsgesellschaft»⁵⁰ y «Nold»⁵¹. Más allá del paradigma del mercado, la conformación jurídica progresiva de los derechos fundamentales originarios se convirtió en uno de los «deberes de

⁴⁶ J. GEBAUER, *Grundfreiheiten als Grundrechte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 2004 m. w. N.; S. KADELBACH/N. PETERSEN, «Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten», *EuGRZ* 2003, pp. 693 y ss.; W. FRENZ, «Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte», *EuR*, 2002, pp. 601 y ss.; Th. KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999; L. GRAMLICH, «Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht», *DÖV*, 1996, pp. 801 y ss.; tempranamente I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979.

⁴⁷ BVerfGE 37, 271.

⁴⁸ R. STREINZ, *Europarecht*, 7.^a ed., 2005, marginal 759 y ss.; R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag», *AVR*, núm. 43, 2005, pp. 129 y ss., (132 y sig. f. m. w. N.); J. KÜHLING, «Grundrechte», en: A. v. BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 583 y ss., (586 y ss.); G. NICOLAYSEN, «Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten», *EuR*, 2003, pp. 719 y ss.

⁴⁹ EuGH Rs. 29/69, compilación 419.

⁵⁰ EuGH Rs. 11/70, compilación 1125.

⁵¹ EuGH Rs. 4/73, compilación 491.

configuración» fundamentales del TJCE⁵². El Derecho comunitario de los derechos fundamentales fue —al igual que en la tradición del common law— Derecho jurisprudencial común europeo con todas sus ventajas (mejora del Derecho a través del debate jurídico) y con todas sus debilidades (déficits de transparencia)⁵³.

b) *El CEDH, de fuente de conocimiento jurídica a fuente del Derecho*

Ni la antigua CEE ni las actuales CE y UE son partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal y como el TJCE estableció en su conocido Dictamen, la Comunidad carece hasta la fecha de competencia para adherirse al CEDH⁵⁴. Por el contrario, este último sólo está abierto a los Estados. Dicha conclusión hace tiempo que se considera insatisfactoria y contradictoria. Si todos los Estados miembros están vinculados por el CEDH, ¿cómo es posible que la Comunidad europea no lo esté? No cabe duda de que los Estados miembros no pueden sustraerse a su vinculación al CEDH mediante la transferencia de derechos de soberanía a la Comunidad. Por dicho motivo, el TEDH ha partido ya en algunas sentencias clave de la vinculación indirecta de la Comunidad a los estándares del CEDH⁵⁵.

⁵² G. HIRSCH, «Gemeinschaftsgrundrechte als Gestaltungsaufgabe», en: K. F. KREUZER (ed.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 1998, pp. 9 y ss.

⁵³ Respecto a la crítica de una protección de los derechos fundamentales concebida de forma totalmente pretoriana, también J. KÜHLING, «Grundrechte», en: A. v. BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 583 y ss., (596 y ss.).

⁵⁴ Dictamen 2/94, Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, compilación 1996, I-1759, en especial, marginales 30 y 35; también publicado en *EuGRZ*, 1996, pp. 206 y ss.; respecto a esta cuestión, R. BERNHARDT, «Probleme eines Beitritts der europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechtskonvention», en: *FS U. Everling*, 1995, pp. 103 y ss.

⁵⁵ *Matthews/United Kingdom*, «Urteil vom 18. Februar 1999», *EuGRZ*, 1999, pp. 200 y ss.; R. BREUER, «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrechts», *JZ*, 2003, pp. 433 y ss.

El TJCE ha aspirado, por el contrario, a orientar su jurisprudencia de derechos fundamentales a las garantías materiales del CEDH (esto es, a su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo), a fin de garantizar un nivel de protección de los derechos fundamentales coherente en el plano de la Comunidad y en el plano del Consejo de Europa⁵⁶.

El art. 6.2 TUE asume dicha concepción, en la medida en que considera el CEDH como fuente de conocimiento del Derecho de la Unión Europea. La reforma del Tratado de Lisboa, que sigue el modelo del fracasado Tratado Constitucional, apunta aún más alto. El art. 6.2 TUE en su nueva versión dispone: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Esto sin embargo presupone que también los miembros del Consejo de Europa están de acuerdo con dicho precepto. Y en este punto se pondría sin embargo de relieve cierta oposición por parte rusa. Sería deseable la condición plena de miembro de la «nueva» Unión, es decir, de la Unión dotada de personalidad jurídica de Derecho internacional, y de ninguna manera resultaría una superflua redundancia de la protección de los derechos fundamentales garantizada por la Carta de derechos fundamentales⁵⁷.

c) *La Carta de derechos fundamentales de la UE: de soft law a su cualidad de Derecho originario*

Dado que la Unión Europea dispone ya hoy de un acervo de derechos fundamentales garantizado gracias a los principios jurídicos generales, y puede además recurrir a la fuente de conocimiento del Derecho que es el CEDH —incluso como fuente del Derecho si el Tratado de Lisboa sale adelante—, la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales adi-

⁵⁶ Véase por ejemplo «EuGH», *EuGRZ*, 2003, pp. 232 y ss.

⁵⁷ Véase también H. C. KRÜGER/J. POLAKIEWICZ, «Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta», *EuGRZ*, 2001, pp. 92 y ss., (94).

cional requiere justificación⁵⁸. Y aquí sí resulta efectiva de nuevo la función de positivización, la «traslación» de la idea universal de los derechos humanos al Derecho de la Unión y comunitario. Solamente un documento escrito procura transparencia al ciudadano y puede proporcionar a la dogmática de los derechos fundamentales el irrenunciable marco de referencia «de un texto» y «de una contextualización». La Carta de derechos fundamentales de la UE clarifica lo que el TJCE había desarrollado jurisprudencialmente, y quiere ser o convertirse al mismo tiempo en la «base de valores» de la Unión que se está construyendo⁵⁹. Mediante sus contenidos de derechos fundamentales innovadores va mucho más allá de las garantías del CEDH; es su prolífica actualización.

La Carta de derechos fundamentales debió ser incorporada junto con su Preámbulo en el Tratado Constitucional⁶⁰. Tras el proyecto de reforma de Lisboa la Carta continúa siendo, como dijimos en la introducción, un Tratado independiente, aunque gana en cuanto a su fuerza de vinculación normativa (art. 6.1 TUE en la nueva versión). El artículo 1 de la Carta proporciona a la Unión una «idea guía» normativa: «La dignidad de la persona es inviolable»⁶¹. El Derecho de la Unión ha incorporado el fundamento de las disposiciones constitucionales liberales según el modelo del art. 1.1 LFB. Desde la perspectiva del art. 1 de la Carta de derechos fundamentales y de las garantías europeas de los derechos humanos, el Derecho de la Unión toma al individuo como «persona», desde la perspectiva del art. 17

⁵⁸ Por todos, W. CREMER, «Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine neue Europäische Verfassung», *NVwZ*, 2003, pp. 1452 y ss., con más referencias.

⁵⁹ K. NOTZ, «Die Grundrechtscharta als Wertbasis der EU-Verfassung», en: W. WEIDENFELD (ed.), *Die Europäische Verfassung in der Analyse*, 2005, pp. 59 y ss.; U. DI FABIO, «Grundrechte als Wertordnung», *JZ*, 2004, pp. 1 y ss.

⁶⁰ R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag», *AVR*, núm. 43, 2005, pp. 129 y ss., (129 y s.).

⁶¹ H.-P. FOLZ, en: Ch. VEDDER/W. HEINTSCHEL V. HEINEGG (eds.), *Europäischer Verfassungsvertrag*, Art. II-61, marginal 1; M. BOROWSKY, en: J. MEYER (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2.^a ed., 2006, Art. 1, marginal 6 y ss.

TCE lo considera como «ciudadano». No se ocultan las disparidades de la Carta en este sentido. Así, encontramos derechos liberales clásicos junto con opciones objetivas de valores; la dimensión puramente orientada al Estado junto con la dimensión horizontal⁶². Se incluyen derechos de resistencia, derechos de prestación, derechos de participación y estándares de protección procedimentales. Los derechos sociales fundamentales, que enraízan en la solidaridad, y que quieren recobrar el ideal revolucionario de la fraternidad que se creía en ocasiones olvidado⁶³, trascienden con mucho las dimensiones de los derechos fundamentales clásicos. Una Carta de derechos fundamentales puede permitirse tal diversidad —aunque no siempre esté libre de contradicciones— y dejar a la jurisprudencia y a la ciencia jurídica dogmática la ponderación equilibrada de todas estas dimensiones. Esto es aplicable en todo caso en tanto el texto no contenga contradicciones irresolubles o no se agote en principios programáticos difícilmente justiciables. El hecho de que al texto de la Carta se le hayan añadido explicaciones del *Presidium* —aunque no sean vinculantes—⁶⁴, resulta en un primer momento sorprendente, dado que el legislador inteligente no debiera, a ser posible, interpretarse a sí mismo. Las explicaciones no obstante cumplen aquí otro importante objetivo. Ponen de relieve los nexos de recepción, de manera modélica para un «documento constitucional», acallando las críticas de los Estados. Así queda claro lo que es solamente «continuidad»⁶⁵ jurídico-positivizada del Derecho de los derechos fundamentales

⁶² Ch. DEGENHART, «Grundrechtsinhalte und Grundrechtswirkungen im deutschen und europäischen Recht», en: *Teoria del diritto e dello stato (Rechts- und Staatslehre)*, 2003, núms. 1-2, pp. 162 y ss., (166 y s.).

⁶³ R. BIEBER, «Solidarität als Verfassungsprinzip der Europäischen Union», en: A. v. BOGDANDY/S. KADELBACH (eds.), *Solidarität und Europäische Integration*, 2002, pp. 41 y ss.; T. SCHMITZ, «Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung für die Europäische Union», *EuR*, núm. 39, 2004, pp. 691 y ss. (694); J. MEYER/M. ENGELS, «Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?», en: *ZRP*, 2004, pp. 368 y ss.

⁶⁴ Documento CHARTE 4487/00 CONVENT 50.

⁶⁵ Der Begriff der Nachführung geht zurück auf K. Eichenberger, *Der Staat der Gegenwart*, 1980.

realizado durante largo tiempo y dónde comienza el nuevo desarrollo de nuevos estándares de derechos fundamentales.

4. CONSECUENCIAS DE LA COMBINACIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS DE UNA DOGMÁTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMÚN EUROPEA

El juego combinado de la «continuidad» y de la innovación es también el punto de partida para el desarrollo de una dogmática de derechos fundamentales común europea. Ésta debe «continuar» para Europa lo que es acervo común garantizado de las dogmáticas de los Estados miembros. Y debe trabajar y preparar de forma innovadora aquello en lo que falte tal acervo garantizado. Pero en dicho empeño la dogmática no puede ser ni niveladora ni puede pretender unificar ciegamente. El lema de «unidad en la diversidad» supone una referencia para la construcción teórica y la dogmática: tanta unidad como sea necesaria para la coherencia europea común de los derechos fundamentales; tanta diversidad como sea posible en una comunidad jurídica plural que quiere preservar su voluntad de integración en una comunidad con toda la heterogeneidad. Es necesario integrar —en especial a través de la reflexión comparativa— en un marco teórico común europeo las aportaciones dogmáticas que fueron trabajadas en el marco de los ordenamientos de derechos fundamentales de los Estados miembros por parte de todos los actores implicados.

1. «El punto de partida: la «función posibilitadora de la comunidad de los derechos fundamentales»⁶⁶. El principio de libertad de los derechos fundamentales crea comunidad; en el «núcleo de libertad común» de los derechos fundamentales los ciudadanos encuentran aquellos presupuestos de libertad que posibilitan las relaciones recíprocas, comunicación y coopera-

⁶⁶ Acertadamente, U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 29.

ción, la celebración de contratos, pero también la participación decisiva en la «rebus politicis»⁶⁷. Los derechos fundamentales individuales con «especiales aptitudes para la comunitarización»⁶⁸, son conocidos desde hace tiempo del Derecho constitucional nacional y se han desarrollado de forma dogmáticamente diferenciada: la familia como núcleo de la comunidad política (art. 6 LFB), la dimensión corporativa de la libertad religiosa (art. 4.1.2 LFB), la libertad de reunión y asociación (art. 8 y 9 LFB), la libertad de creación de los partidos políticos (art. 21 LFB), la dimensión comunitaria de las libertades de la comunicación (art. 5.1 LFB), la trascendencia comunitaria de la libertad artística, científica y de la propiedad. La «aptitud» no implica en este caso ninguna obligación de comunidad; el «right to be alone» mantiene siempre disponibles las posibilidades de renuncia garantizadas por los derechos fundamentales⁶⁹. A pesar de este posible «¡que se haga sin mí!», los derechos fundamentales constituyen, no obstante, en el plano estatal y supraestatal, «una comunidad de responsabilidad recíproca e integran al individuo en un contexto social más amplio»⁷⁰. Esta «función de integración de los derechos fundamentales» es el punto de partida jurídico-funcional de una dogmática de derechos fundamentales común europea. Son los derechos fundamentales combinados en sus distintos planos los que hacen posible una comunidad y los que pueden ganar al individuo para «su» comunidad y esto gracias a su triple función: libertad frente a la comunidad, libertad en la comunidad y libertad para la comunidad.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 5.^a ed., 2008, págs. 355 y 356; Ch. GRABENWARTER, «Die Grundrechte für die Europäische Union», *DVBl.*, 2001, pp. 1 y ss.; clásicos respecto a las posibilidades y límites de la libertad son H. PLESSNER, *Grenzen der Gemeinschaft*, 1924 (reimpresión en 2002); y D. SUHR, *Die Entfaltung des Menschen durch den Menschen*, 1976.

⁷⁰ U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 32, que se remite a W. SCHMITT GLAESER, «Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung», *HStR*, tomo III, 3.^a ed., 2005, § 38, marginal 24.

2. «El parámetro»: la función de integración de los derechos fundamentales fija el parámetro para la dogmática de los derechos fundamentales. Si el ciudadano se encuentra perdido en la espesura de los derechos fundamentales de ordenamientos de derechos fundamentales divergentes, y duda, en razón de los conflictos competenciales jurisdiccionales, de la efectividad de la protección de los derechos fundamentales, el efecto resulta desintegrador. La conformación de la comunidad a través de los derechos fundamentales exige antes bien un mínimo de coherencia en cuanto a los derechos fundamentales, que una completa unificación. Así, el reconocimiento de márgenes de apreciación («margins of appreciation») no debe suponer merma alguna para una protección de los derechos fundamentales coherente en Europa. Una «aplicación idónea para la coherencia»⁷¹ del en cada caso diferente orden de derechos fundamentales, debe, no obstante, tomar en serio la inclusión del Derecho extranjero en la propia tarea de interpretación. La Carta de derechos fundamentales procede a este respecto de forma muy pragmática. Formula un mandato de aplicación homogénea de los derechos fundamentales del Convenio y de la Carta, que debe tomar también en cuenta la práctica de interpretación del TEDH (art. 52.3 primera frase)⁷². Para los casos de conflicto están previstos principios de solución.

3. «Los actores»: tanto en la «creación de la comunidad, mediante los derechos fundamentales», como en la «interpretación de derechos fundamentales», participan una variedad de actores. Entre éstos se encuentran, junto con los tribunales nacionales y europeos, todos los poderes públicos, la doctrina y finalmente todas las fuerzas vivas de la sociedad de ciudada-

⁷¹ W. HOFFMANN-RIEM, «Kohärenz der Anwendung nationaler und europäischer Grundrechte», *EuGRZ*, 2002, p. 473 y ss., (475); véase también J. Abr. FROWEIN, «Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung», *NVwZ*, 2002, pp. 29 y ss.; H. A. STÖCKER, «Wirkungen der Urteile des EGMR in der Bundesrepublik», *NJW*, 1982, pp. 1.905 y ss.

⁷² J. CALLEWAERT, «Die EMRK und die EU-Grundrechtecharta», *EuGRZ*, 2003, pp. 198 y ss.; M. RUFFERT, «Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft. Grundrechte - Institutionen - Kompetenzen - Ratifizierung», *Europarecht*, núm. 39, 2004, pp. 165 y ss., (173).

nos europea⁷³. Es precisamente la protección del derecho fundamental del ciudadano afectado la que impulsa al proceso de integración y de interpretación a la luz del caso concreto. Es el juez el que recibe dicho impulso; es la doctrina la que utiliza dicho impulso para el desarrollo de la dogmática. Y es la opinión pública europea (transmitida a través de los medios de comunicación)⁷⁴ la que en casos especialmente llamativos, proporciona a la jurisprudencia y a la dogmática sobre derechos fundamentales un espacio de resonancia común europeo.

4. «Los métodos»: la antes citada «aplicación idónea para la coherencia» de los derechos fundamentales demanda una interpretación de Derecho comparado de los derechos fundamentales⁷⁵. Los tribunales implicados funcionan al respecto como intermediarios de «diálogos constitucionales»⁷⁶. Tienen que afrontar una terrible «competencia» entre tribunales por los mejores argumentos, por las concepciones dogmáticas más contundentes⁷⁷. Juegan además un papel importante los Abogados Generales del TJCE⁷⁸. Sus conclusiones finales encuentran a menudo un eco importante

⁷³ Básico respecto a este enfoque es P. HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *JZ*, 1975, pp. 297 y ss.

⁷⁴ Por una parte, P. HÄBERLE, *Gibt es eine Europäische Öffentlichkeit?*, 2000; por otra parte, D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995.

⁷⁵ Ejemplos de la jurisprudencia son, entre otros, BVerfGE 57, 250 (275), 64, 135 (157), 74, 102 (128); 74, 328 (370), 80, 244 (255), 95, 96 (140); «BVerfG», *NJW*, 2004, pp. 3.407 y ss.; véase también S. ALBERT/ U. WIDMAIER, «Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung», *EuGRZ*, 2000, pp. 497 y ss.

⁷⁶ A. STONE SWEET, «Constitutional Dialogues in the European Community», en: A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J. WEILER (eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, 1998, pp. 305; la teoría de la recepción de P. Häberle sigue desde siempre una concepción dialogística, en la que los tribunales son importantes «intermediarios de la recepción», véase, por ejemplo, su *Europäische Verfassungslehre*, 5.^a ed., 2008, pp. 624; del mismo autor, «Theorieelemente eines juristischen Rezeptionsmodells», *JZ*, 1992, pp. 1.033 y ss.

⁷⁷ K. ALTER, «Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence», en: A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J. WEILER (eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, 1998, pp. 241.

⁷⁸ Véase en este contexto, con respecto a la posición de los abogados generales, R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag»,

en la sentencia. Las concepciones de derechos fundamentales pueden así ser «transferidas» desde el contexto constitucional nacional al TJCE. En sentido opuesto, precisamente los Tribunales constitucionales de los Estados miembros, deberían hacer un intenso uso de la posibilidad de referencia del art. 234 TCE. Subsisten déficits tanto con respecto al Tribunal Constitucional federal como también con respecto a los Tribunales constitucionales y supremos de otros Estados miembros⁷⁹.

5. «Los contenidos», diferenciados en función de las doctrinas generales de derechos fundamentales y las particularidades de derechos fundamentales individuales: para una dogmática de derechos fundamentales común europea resulta necesario un diálogo científico intenso en torno a cuestiones de las doctrinas generales de derechos fundamentales. Algunas palabras clave importantes apuntan a este respecto a cuestiones relativas a la *Drittwirkung* (indirecta)⁸⁰, a la garantía del contenido esencial, a las dimensiones de la obligación de proteger así como, en general, al estatus de la doctrina de los derechos fundamentales. También se apunta al deseo de una dogmática de los límites que compagine los distintos niveles⁸¹. Deben a este respecto exigirse en primer lugar un grado de control razonable y una prueba de proporcionalidad diferenciada⁸². El método de Derecho

AVR, núm. 43, 2005, pp. 129 y ss., (138 y s.); H. C. KRÜGER/J. POLAKIEWICZ, «Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta», *EuGRZ*, 2001, pp. 92 y ss., (98).

⁷⁹ Referencias en U. HALTERN, «Verschiebungen im europäischen Rechtssystem», *Verwaltungsarchiv*, núm. 96, 2005, ps. 311 y ss., (319), nota a pie 63.

⁸⁰ En el ámbito de los derechos fundamentales el TJCE ha desarrollado una doctrina de «*Drittwirkung*», pero en el ámbito de los derechos fundamentales comunitarios la cuestión sigue todavía abierta. Referencias en L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 480.

⁸¹ Ch. GRABENWARTER, «Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union», *DVBl.*, 2001, pp. 1 y ss., (2); Ch. CALLIESS, «Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit», *EuZW*, 2001, pp. 261 y ss., (264).

⁸² E. PACHE, «Die europäische Grundrechtscharta - ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?», *EuR*, núm. 36, 2001, p. 475 y ss., (487).

comparado contribuye también a la conformación de estándares de límites europeos comunes⁸³. Al respecto resulta problemático qué modelo de límites se impone: ¿La sistemática de límites finamente cincelada, propia de los ordenamientos constitucionales, por ejemplo el alemán? ¿La claramente distinta sistemática de límites favorecedora de los derechos fundamentales del CEDH?⁸⁴ ¿O el límite unitario formulado en general según el modelo del art. 52.1 de la Carta de derechos fundamentales?⁸⁵ Este último podría resultar demasiado burdo. En su aplicación y concreción el TJCE dependería demasiado de la recepción de los estándares nacionales de límites o de los criterios del CEDH. Con respecto a los derechos fundamentales individuales, especialmente las actualizaciones innovadoras de los derechos fundamentales de la Carta de la UE deben ser integradas de forma crítica en la formación teórica y en la dogmática de los derechos fundamentales común europea. Baste el siguiente ejemplo: el derecho a una buena administración (art. 41)⁸⁶ puede también, en una perspectiva procedimental, fijar nuevos estándares que tengan cierta repercusión sobre las dogmáticas de derechos fundamentales de los Estados miembros.

⁸³ Esta es la perspectiva de análisis de, por ejemplo, J. KOKOTT, «Grundrechtliche Schranken und Schranken-Schranken», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, tomo I, 2004, § 22, marginal 116 y ss., «Schranken und Schrankenschranken der Meinungsfreiheit im länderübergreifenden Vergleich».

⁸⁴ T. SCHMITZ, «Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht», *JZ*, 2001, p. 833 y ss., (838).

⁸⁵ R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag», *AVR*, núm. 43, 2005, p. 129 y ss., 135 m. w. N.; E. PACHE, «Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung», *Europarecht*, núm. 39, 2004, pp. 393 y ss., (413); S. MAGIERA, «Die Grundrechtecharta der Europäischen Union», *DÖV*, 2001, pp. 1.017 y ss., (1.026); M. KENTNER, «Die Schrankenbestimmungen der EU-Grundrechtecharta – Grundrechte ohne Schutzwirkung?», *ZRP*, 2000, pp. 423 y ss.

⁸⁶ H. BAUER, *Das Recht auf gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2002; D.-U. GALETTA/B. GRZESZICK, en: Tettinger/Stern (ed.), *Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 41, marginal 4, 8; S. MAGIERA, en: MEYER (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2.^a ed., 2006, Art. 41, marginal 5 y ss.

5. CONCLUSIÓN FINAL

Para la «formación de la comunidad» y para la «vida de la comunidad», independientemente de que sea estatal o supraestatal, los derechos fundamentales desempeñan una función de conformación cultural⁸⁷. La cláusula de dignidad de la persona es para la «cultura de la libertad» punto de referencia, parámetro y valor orientador. Desde una perspectiva jurídico-subjetiva, apunta al individuo dotado de dignidad como persona intelectual y moral por cuya voluntad se crea una comunidad política como «espacio de libertad, seguridad y justicia»⁸⁸. Desde una perspectiva institucional, los derechos fundamentales operan como «principios» objetivos y culturales «del ordenamiento», como «idea del ordenamiento» para los ámbitos vitales marcados por ellos. Conforman las pautas «a las que debe orientarse todo comportamiento humano dentro de la comunidad de derecho en un sentido primeramente muy general»⁸⁹. La libertad misma es «institución» y «presupuesto institucional» de la formación política del ordenamiento; los derechos fundamentales son por el contrario sus instrumentos decisivos en el ordenamiento. Desde su obra, elevada hace tiempo a la categoría de clásico, sobre «la garantía del contenido esencial» del año 1962, el nombre de Peter Häberle ha quedado inseparablemente vinculado a la concepción institucional de los derechos fundamentales⁹⁰. Felicitamos

⁸⁷ Esta es después de todo desde los primeros años 80 del siglo XX una de las bases conceptuales de la obra de P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1.ª ed., 1982, 2.ª ed., 1998; posteriormente U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 33 y ss., que contiene muchas otras referencias.

⁸⁸ Véase *supra* la nota a pie número 4.

⁸⁹ U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 34, remite a la opinión que subyace en la Sentencia Lüth (BVerfGE 7, 198), citado por E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, 1990, p. 26; véase con carácter más reciente H. SCHULZE-FIELITZ, «Das Lüth-Urteil - nach 50 Jahren», *Jura*, 2008, pp. 52 y ss.

⁹⁰ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, 3.ª ed., 1983, en especial p. 96 y ss.

afectuosamente por su cumpleaños a uno de los grandes entre los juristas europeos con influencia internacional.

Resumen:

El presente artículo parte de la garantía de los derechos fundamentales como legitimación y justificación tanto del Estado constitucional como de la Europa de la Unión Europea, en cuanto a comunidad de derechos fundamentales, y del Consejo de Europa. El «Estado de los derechos fundamentales» y la «Comunidad de derechos fundamentales» encuentran en los derechos fundamentales su sustrato constitucional común, que se erigen en el aglutinante constitucional del modelo multinivel de la unión constitucional europea. La continuidad y la innovación en la protección de los derechos fundamentales en los tres planos referidos constituyen el punto de partida para el desarrollo de una dogmática de derechos fundamentales común europea, que debe ser homogénea en aras a la coherencia de la integración, pero también admitir tanta diversidad como sea posible en una comunidad jurídica plural. El autor propone y analiza al efecto como elementos de una dogmática de derechos fundamentales común europea: la función de integración de los derechos, que se erige a su vez en parámetro de dicha dogmática; los distintos actores que la conforman; los métodos; y finalmente, los contenidos, estructurados en función de las doctrinas generales de derechos fundamentales y las particularidades de derechos fundamentales individuales. Se adscribe en suma el presente trabajo a la teoría institucional de los derechos fundamentales seguida por Peter Häberle.

Palabras Clave: Derechos fundamentales. Estado constitucional. Unión Europea. Constitucionalismo multinivel. Dogmática de derechos fundamentales común europea. Concepción institucional de los derechos fundamentales.

Abstract:

This essay begins with the guarantee of the fundamental rights as legitimacy and justification so much of the constitutional State and the Europe of the European Union, considered as a community of fundamental rights, as of the Council of Europe. The «State of fundamental rights» and the «Community of fundamental rights» find in the fundamental rights their common constitutional substrate, which set up as the constitutional binder of the multilevel model of the Constitutional Europe. Continuity and innovation in the protection of the fundamental rights in the three levels referred constitute the starting point to developing a common European dogmatic of the fundamental rights, which must be homogenous in order to give coherence to the integration, but also to accept as much diversity, as possible, in a plural legal community.

The author proposes and analyzes, to this effect, as elements for a common European dogmatic of the fundamental rights: the role of the integration of rights, that stands, at the same time, as parameters of this dogmatic; the different actors conform it; the methods; and finally, the contents, structured according to the general

doctrines of fundamental rights and the particularities of individual fundamental rights. We can appoint, to sum up, this paper, to the institutional theory of fundamental rights, followed by Peter Häberle.

Keywords: *Fundamental Rights, Constitutional State, European Union, multilevel Constitutionalism, Common European dogmatic of fundamental rights, institutional theory of fundamental rights.*