

Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

((Indirect) force and (moderate) legal autonomy of the European Union Charter of Fundamental Rights)

Alonso García, Ricardo
Univ. Complutense de Madrid
Fac. de Derecho. Dpto. Derecho Administrativo
Ciudad Universitaria, s/n
28040 Madrid
e-mail: rag11562@eucmax.sim.ucm.es

BIBLID [1138-8552 (2001), 17; 49-62]

Tras la proclamación meramente política de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se confirma una evolución (que no revolución) de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, que camina en la buena dirección de la simplificación, el impulso a la formación jurisprudencial de los mismos, y su función como estándar mínimo de protección. Asimismo abre la posibilidad del diálogo entre el Derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su jurisprudencia procedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras Clave: Simplificación. Autonomía normativa. Fuerza indirecta. Carta, estándar de protección.

Europako Batasunaren Oinarrizko Eskubideen Gutunaren aldarrizkatze politiko soilaren ondoren, oinarrizko eskubideen alorrean, Europako Batasunaren eboluzioa (ezen ez iraultza) egiaztatzen da. Norabide egokian doa eskubide horien sinplifikatzeari begira, jurisprudenzian eratzeari emaniko bultzadan, eta gutxieneko babeserako estandar gisa duten funtzioari dagokionez. Hala berean, Batasuneko Zuzenbidearen eta Giza Eskubideen Europako Itunaren, eta Giza Eskubideen Europako Auzitegitik datorren jurisprudenziaren arteko elkarriketarako bidea irekitzen du.

Giltz-Hitzak: Sinplifikatzea. Araugintza-autonomia. Zeharkako indarra. Gutuna, babeserako estandarra.

Après la proclamation purement politique de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, une évolution (qui n'est pas révolution) de l'Union Européenne en matière de droits fondamentaux, qui chemine dans la bonne direction de la simplification, de l'impulsion à la formation jurisprudentielle de ces mêmes droits fondamentaux, et sa fonction comme standard minimum de protection, se confirme. De même, elle ouvre la possibilité de dialogue entre le Droit de l'Union et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et sa jurisprudence provenant du Tribunal Européen des Droits de l'Homme.

Mots Clés: Simplification. Autonomie normative. Force indirecte. Charte, standard de protection.

El 7 de diciembre de 2000 era solemnemente proclamada en Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹. Se siguió así escrupulosamente el guión del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), en el que se apuntó que el órgano encargado de su elaboración (cuya composición especificaría la cumbre de Tampere de 15 y 16 de junio de 1999 y que se autodenominaría “Convención”) debía presentar un proyecto “con tiempo suficiente para el Consejo Europeo que tendrá lugar en diciembre del año 2000”; proyecto a partir del cual “el Consejo Europeo propondrá junto con el Consejo, al Parlamento Europeo y a la Comisión, la proclamación solemne de la Carta”, procediéndose posteriormente a “estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse”.

Como es sabido, este último paso acerca del estudio sobre la posible incorporación de la Carta a los Tratados no se abordó en la reforma de Niza, que dejó el debate al respecto, tal y como recoge la *Declaración n° 23* aneja al Acta final de la Conferencia, *relativa al futuro de la Unión*, en manos de la Conferencia Intergubernamental prevista para el año 2004.

Hoy por hoy, pues, contamos con una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión solemnemente proclamada, sin más, por el Parlamento (que hizo abstracción de su velada amenaza de no adherirse a la Carta en el caso de que no resultara incorporada a los Tratados²), el Consejo y la Comisión.

Que la Carta en cuanto tal carece de fuerza jurídica vinculante, al haber sido tan sólo políticamente proclamada, parece obvio; lo que no lo parece tanto, en cambio, es identificar esa ausencia de fuerza jurídica vinculante con ausencia de efectos jurídicos.

Como sostuvo la Comisión en su *Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*³, “se puede apostar –sin mucho riesgo– que la Carta producirá sus efectos, también en el plano jurídico, sea cual fuere la naturaleza que se le atribuya”.

1. Publicada en el DO n° C 364 (2000).

2. En el punto 7 de su Resolución de 16 de marzo de 2000 (CHARTE 4199/00 CONTRIB 80), puede leerse: el Parlamento “estipula claramente que su adhesión definitiva a una Carta de derechos fundamentales dependerá en gran medida del hecho de que la Carta sea plenamente dotada de un carácter jurídico vinculante por la vía de su incorporación al Tratado de la Unión Europea”. Y en una posterior Resolución de 2 de octubre (CHARTE 4951/00 CONTRIB 351), adoptada el mismo día de la aprobación de la Carta por la Convención, insistió en su propuesta de que, “conforme a la posición sostenida desde el inicio de los trabajos de la Convención, el Consejo Europeo, en su reunión de Biarritz, solicite a la Conferencia Intergubernamental examinar el texto de la Carta adoptada por la Convención y la manera de integrarlo en el Tratado, con vistas a una decisión en el Consejo Europeo de Niza”.

3. COM (2000) 644 final, 11 octubre 2000.

Concretamente, puntualizó, “es evidente que el Consejo y la Comisión, que están llamados a proclamarla solemnemente, difícilmente podrán ignorar en el futuro, cuando actúen como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo Europeo⁴ por todas las fuentes de legitimidad nacionales y europeas reunidas en un mismo foro⁵”. Y “del mismo modo”, añadió, “parece lógico que, a su vez, el Tribunal de Justicia se inspire en la Carta, como ya lo hiciera con otros textos sobre derechos fundamentales”, de manera que “se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho Comunitario”.

* * *

Parece poco discutible que una inserción de la Carta en el Derecho originario de la Unión habría reforzado, de arranque, la en muchas ocasiones discutida legitimidad de la Unión misma⁶.

Pero tan cierto como lo anterior es que el hecho de no haber tenido lugar tal inserción no desmerece el paso dado, muy en la línea hasta ahora seguida en materia de protección de los derechos fundamentales en el

4. Recordemos que, según reza el primer párrafo del artículo 4 TUE, “el Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales”.

5. El órgano *ad hoc* diseñado por el Consejo Europeo de Colonia, concretado poco después en la cumbre de Tampere, quedó integrado por 62 miembros de diversa procedencia (15 representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, 1 representante de la Comisión, 16 eurodiputados y 30 diputados nacionales) y 4 observadores (2 representantes del TJCE y otros 2 del Consejo de Europa –uno de ellos representante del TEDH), corriendo las funciones de secretaría a cargo de la Secretaría General del Consejo. Además, el Consejo Europeo de Tampere invitó a dar su opinión a órganos de la Unión (Comité Económico y Social, Comité de las Regiones y Defensor del Pueblo) y previó el cambio de impresiones con los Estados candidatos a la ampliación, al tiempo que habilitó al órgano *ad hoc* (que se autobautizó, como señalé, “Convención”) para invitar también a dar su opinión a otros organismos, grupos sociales y expertos.

6. Significativo resulta el comienzo de la *Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que figura como Anexo IV del Consejo Europeo de Colonia: “La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma”. Por lo demás, no sólo el Parlamento Europeo sino también el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones se mostraron abiertamente partidarios de la inserción de la Carta en los Tratados (cfr. respectivamente *Towards an EU Charter of Fundamental Rights* –CHARTE 4488/00 CONTRIB 338– y *El proceso de elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* –CHARTE 4153/00 CONTRIB 40). Debe advertirse al respecto que, más allá del debate de fondo sobre la conveniencia o no de tal inserción, era ésta una cuestión, y así lo consideró la Comisión en su *Comunicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* –COM (2000) 559 final, 13 septiembre 2000–, estrechamente vinculada, formalmente, a la reestructuración de los Tratados (cfr. su *Comunicación sobre un Tratado Fundamental para la Unión Europea* –COM (2000) 434 final, 12 julio 2000), que también se dejó finalmente en manos de la Conferencia Intergubernamental prevista para el año 2004.

ordenamiento jurídico comunitario, caracterizada por una pronunciada cautela en el terreno formal acompañada de un cada vez más intenso compromiso de fondo entre todas las instituciones europeas, incluido el Tribunal de Justicia.

En efecto, hace ya casi veinticinco años de la *Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977*, en la que las instituciones firmantes subrayaron “la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. El objetivo de la *Declaración*, ya apuntado un año antes por la Comisión en su *Informe sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario transmitido al Parlamento y al Consejo el 14 de febrero de 1976*, fue confirmado pocos días después por la propia Comisión al contestar a la pregunta formulada al respecto por un eurodiputado⁷: conferir “mayor legitimación al poder judicial, aportando el apoyo de las tres instituciones responsables en materia legislativa y administrativa”, permitiendo al mismo tiempo, “en caso de duda, una interpretación conforme a los derechos fundamentales de los actos jurídicos por ellas adoptados”.

Así pues, compromiso político de respetar los derechos fundamentales y respaldo al control ejercitado, llegado el caso, por un Tribunal de Justicia que ya se había pronunciado en términos muy similares a la *Declaración* con anterioridad a la misma⁸ y que apenas un par de años después hacía a su vez eco de ella⁹, confirmando y reforzando el papel de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del Convenio Europeo de Derechos Humanos como especial fuente de inspiración en la configuración pretoriana de los derechos fundamentales comunitarios.

La *Declaración* en cuanto tal, por tanto, no supuso ningún vuelco respecto de la situación preexistente; y, sin embargo, tuvo su importancia, y mucha, en el terreno no sólo político sino también jurídico: se hizo ostensible de cara al ciudadano el reconocimiento por parte de las instituciones políticas europeas de límites infranqueables vinculados a la esfera inviolable del individuo al tiempo que se bendijo la metodología a seguir para su efectiva protección.

Visibilidad y efectiva protección propias, respectivamente, del terreno político y jurídico, que se concretaron aún más, sin que tal concreción supusiera tampoco vuelco alguno pero sí intensificación de la una y la otra, con el

7. DO nº C 168 (1977).

8. Particularmente en el asunto *Nold v. Comisión*, 14 mayo 1974 (4/73).

9. En el asunto *Hauer*, 13 de diciembre de 1979 (44/79).

Acta Única primero (1986)¹⁰ y los Tratados de Maastricht (1992)¹¹ y Amsterdam (1997)¹² después.

A 6 de diciembre de 2000, por tanto, no podría sostenerse, con rigor, que la situación fuera radicalmente distinta a la existente en la década de los setenta. Sí que puede advertirse, en cambio, una evolución manifestada, como señalaba, en una progresiva intensificación de la toma de conciencia de la existencia de derechos fundamentales a respetar por los poderes públicos comunitarios (traducida en el aumento año a año de los asuntos ante el Tribunal de Justicia relacionados con demandas en aras a dicho respeto) y de la fuerza jurídica de los instrumentos a través de los cuales hacer efectiva su protección (traducida en la paulatina asunción por el Tribunal de Justicia como *imprescindible* fuente de inspiración las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y, sobre todo, el Convenio Europeo¹³, incluida –también poco a poco– la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴).

* * *

10. Que incorporó en su preámbulo la decisión de los Estados miembros de “promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social”.

11. Con un artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea según el cual “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”.

12. Que, amén de mantener intacta la redacción del artículo F.2, reconvertido en artículo 6.2 TUE, proclamó en el apartado 1 que “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. Por otro lado, reconoció (artículo 46 d) la jurisdicción del Tribunal de Justicia para enjuiciar el respeto de los derechos fundamentales en los términos que expondré más adelante, e introdujo la posibilidad de imponer sanciones a los Estados miembros en caso de violación grave y persistente de los mismos (artículo 7).

13. Pudiendo incluso advertirse casos, en la década de los noventa, en los que el Tribunal de Justicia ha utilizado de manera directa el Convenio, como si asumiera de antemano que los derechos y libertades en él previstos formarían parte, por principio, de los derechos fundamentales propios del ordenamiento comunitario: cfr. *asunto Baustahlgewebe v. Comisión*, 7 diciembre 1998, C-185/95, en el que entró directamente en el análisis de la vulneración invocada por la recurrente del artículo 6.1 del Convenio (si bien conviene puntualizar que el Tribunal, como regla general, sigue insistiendo en que lo que aplica son derechos fundamentales que forman parte de los principios generales de Derecho Comunitario, a su vez “inspirados” en el Convenio y en las tradiciones constitucionales comunes: cfr. *asunto Krombach*, 28 marzo 2000, C-7/98).

14. Pudiendo también observarse en la década de los noventa una tendencia del Tribunal a invocar en apoyo de sus interpretaciones del Convenio jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: cfr. por ejemplo *asuntos Hüls v. Comisión* (C-199/92 P) y *Montecatini v. Comisión* (C-235/92), resueltos por sendas sentencias de 8 julio 1999.

Así las cosas, la solemne proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede considerarse, creo, un paso más en la línea que comenzó a dibujarse en la década de los setenta.

Evolución pues, que no revolución, que se traduce, por lo pronto, en una mayor “visibilidad” de los derechos fundamentales, tal y como propuso primero el *Informe Simitis – “Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea”* (“los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser <visibles>”) y asumió después el *Consejo Europeo de Colonia* (“la evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”).

En efecto, no es lo mismo para el ciudadano, siquiera auxiliado por el experto de turno, moverse en el terreno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia e incluso en ausencia de ella en el difuso contexto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los instrumentos internacionales¹⁵ en materia de derechos humanos¹⁶, que contar con un texto de referencia que, de entrada, concrete lo uno y lo otro cuanto menos a modo de marco de referencia¹⁷. Y eso no puede desde luego discutírsele a la Carta (que además, “para dar respuesta al problema de la falta de confianza pública”, está redactada de manera “sencilla, directa y fácilmente comprensible, libre de la jerga burocrática y jurídica que con frecuencia desfigura los documentos constitucionales oficiales”¹⁸).

15. Recordemos que el Tribunal, aunque suele centrar su atención en el Convenio, maneja también, sobre todo sus Abogados Generales, otros tratados internacionales en materia de derechos humanos.

16. Con palabras de la Comisión, el sistema actual de protección de los derechos fundamentales “se caracteriza por una protección indirecta a través de los principios generales del Derecho Comunitario, protección esencialmente pretoriana fijada por la jurisprudencia al albur de los asuntos presentados ante las jurisdicciones, protección que no es inmediatamente perceptible por sus beneficiarios directos” (*Comunicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –COM (2000) 559 final, 13 septiembre 2000*).

17. Baste con advertir que entre los instrumentos manejados por la Convención como fuente de los derechos y libertades incorporados a la Carta ajenos al contexto comunitario en sentido estricto, figuran, amén del Convenio Europeo y de la Carta Social Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, el Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Menor, y el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Políticos.

18. El entrecomillado es del Comité de las Regiones en su *Dictamen*, ya citado, sobre *El proceso de elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*.

Como tampoco parece discutible que, aunque sólo sea como fuente de inspiración, la Carta está llamada a desempeñar un papel esencial en la labor del Tribunal de Justicia a la hora de seguir configurando vía pretoriana los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho de la Unión: si las tradiciones constitucionales comunes y los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituían antes de la proclamación de la Carta herramientas esenciales en la configuración de los derechos fundamentales en el plano comunitario, y lo siguen constituyendo a la luz del artículo 6 del Tratado de la Unión¹⁹, no veo razón alguna por la que el Tribunal de Justicia vaya a hacer abstracción de un instrumento como la Carta que, por mucho que carezca de fuerza vinculante, amén de facilitarle la labor de análisis y síntesis, lo hace rodeando el punto de partida en dicha labor de un clima de –en el sentido más amplio de la expresión– “legitimidad” mucho mayor que el que rodea la labor de análisis y síntesis por los letrados al servicio del Tribunal.

En definitiva, seguirán siendo los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho de la Unión, y no la Carta en cuanto tal, los que presidan el radio de acción de la Unión, actualizado ya por sus instituciones ya por los Estados miembros. Pero en la configuración pretoriana de esos derechos fundamentales, difícilmente podrá el Tribunal de Justicia hacer abstracción de la Carta, en la medida en que no hace sino concretar las fuentes de inspiración tradicionalmente por él manejadas y constitucionalmente impuestas con el Tratado de Maastricht.

Esta es precisamente la línea argumental que ya ha aflorado en el seno del propio Tribunal²⁰, concretamente en las Conclusiones del Abogado General Tizzano en el *asunto BECTU (C-173/99)*, pendiente de resolución, en las que, con relación a la consideración como derecho fundamental del derecho a vacaciones anuales retribuidas²¹, puede leerse: “Cierto es que no se ha reconocido a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como portadora de alcance genuinamente normativo en sentido estricto.

19. Conforme al cual, recordemos, “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”.

20. Y que ya auguraba, como vimos al inicio de estas reflexiones, la Comisión, que en su *Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* –COM (2000) 644 final, 11 octubre 2000–, sostuvo que “se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho Comunitario”. No obstante lo cual, la propia Comisión consideró “preferible, por razones de visibilidad y seguridad jurídica, que la Carta resulte vinculante por sí misma, y no a través de su interpretación jurisprudencial”.

21. Según el artículo 31.2 de la Carta, “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. Cfr. las Conclusiones, también de Tizzano y con el derecho a vacaciones retribuidas como telón de fondo, en el *asunto Tuffnells Parcels Express (C-133/00)*.

Con otras palabras, no es, formalmente, en sí misma vinculante. Sin embargo, sin pretender participar aquí en el amplio debate que está teniendo lugar en torno a los efectos que, bajo otras formas y medios, puede no obstante producir la Carta, el hecho es que incluye declaraciones que parecen en gran medida reafirmar derechos consagrados en otros instrumentos. En su preámbulo, además, se señala que <la presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos>”. Consecuencia de ello, concluye Tizzano, “pienso que, en procedimientos relativos a la naturaleza y alcance de un derecho fundamental, las declaraciones relevantes de la Carta no pueden ser ignoradas; particularmente, no podemos ignorar su claro propósito de servir, cuando sus disposiciones así lo permiten, como punto sustancial de referencia para todos los involucrados –Estados miembros, instituciones, personas físicas y jurídicas– en el contexto comunitario”²².

* * *

22. Cabe asimismo mencionar las Conclusiones del Abogado General Alber en el asunto *TNT Traco Spa (C-340/99)*, en las que trajo a colación (no así el Tribunal al resolver el asunto mediante sentencia de 17 de mayo 2001) el artículo 36 de la Carta (que establece que “la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”) a los efectos de reforzar, por cuanto “expresión de un valor básico del Derecho Comunitario”, la excepción recogida en el artículo 90.2 TCE (actual 86.2), conforme a la cual el sometimiento de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas del Tratado, en especial a las de competencia, se supedita a que la aplicación de las mismas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a tales empresas.

El Abogado General Mischo, por su parte, se refirió en los asuntos *acumulados D y Suecia v. Comisión (C-122/99 P y 125/99 P)* al artículo 9 de la Carta (según el cual “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen se ejercicio”), leído a la luz de la explicación elaborada al respecto por el *Presidium* del Convenio (conforme a la cual el artículo 9 “ni prohíbe ni impone que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”), para confirmar la, en su opinión, diferencia existente entre el matrimonio y la unión entre personas del mismo sexo.

Pueden también mencionarse, en fin, las Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto *Z v. Parlamento Europeo (C-270/99 P)*, en las que recuerda cómo la Carta “si bien no obligatoria jurídicamente en sí misma, proclama un principio generalmente reconocido, al declarar el artículo 41, apartado 1, que: <Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable>”.

Mención aparte merece nuestro Tribunal Constitucional, pionero en la utilización de la Carta como fuente de inspiración (antes incluso de su proclamación en Niza) a los efectos de

...

En segundo lugar, la Carta puede servir para reforzar la doctrina del Tribunal de Justicia acerca del alcance de los derechos fundamentales comunitarios, aclarando la incertidumbre que pudo introducir el Tratado de Ámsterdam, el cual, afirmando formalmente la competencia del Tribunal para controlar el respeto de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea (poniendo fin a la incongruencia del Tratado de Maastricht, que no reconoció la jurisdicción del Tribunal para controlar el debido respeto por la Unión de los derechos fundamentales tal y como se derivaban del Convenio y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en cuanto principios generales del Derecho Comunitario²³), pareció excluir de dicho control a los Estados miembros al referirlo exclusivamente “a la actividad de las instituciones”²⁴.

Tal puntualización, sin embargo, más que destinada a excluir la competencia del Tribunal sobre la actuación de los Estados miembros cuando exista afectación del ámbito comunitario (exclusión que carecería de sentido, pues los derechos fundamentales son ya parte esencial del acervo comunitario), parece dirigida, en mi opinión, a recalcar que el Tribunal sólo podrá velar por el respeto de los derechos fundamentales por las Instituciones comunitarias en aquellos ámbitos del Derecho de la Unión donde tenga reconocida competencia para controlar la actividad de las Instituciones (que no son todos, excluido el segundo pilar) y en el marco del sistema de recursos establecido en cada caso (que varía del tradicional contexto comunitario a los especiales del tercer pilar, tanto en la parte comunitarizada –nuevo Título IV TCE²⁵– como en la que allí ha permanecido –nuevo Título VII TUE²⁶).

En tal línea se mueve en todo caso la Carta al establecer²⁷ que vincula tanto a “las instituciones y órganos de la Unión”²⁸ como a “los Estados

...

concretar el haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto del derecho fundamental a la protección de datos personales (*STC 292/2000, de 30 de noviembre*).

El Tribunal comunitario de Primera Instancia, por su parte, rechazó en el *asunto Mannesmannröhren Werke v. Comisión, 20 febrero 2001 (T-112/98)*, la solicitud de reapertura de la fase oral para debatir la eventual incidencia de la Carta en el asunto sobre la base de que la misma “no puede tener consecuencia alguna sobre la apreciación del acto impugnado, que había sido adoptado con anterioridad –a su proclamación el 7 de diciembre de 2000”.

23. Antiguo artículo L en conexión con el también antiguo artículo F.2.

24. Recordemos que conforme al artículo 46 d) TUE, el Tribunal de Justicia sólo aplicará el “apartado 2 del artículo 6 *con respecto a la actuación de las instituciones*, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado”.

25. Cfr. artículo 68 TCE.

26. Cfr. artículo 35 TUE.

27. Artículo 51.1.

28. Incluidos los órganos creados por Derecho comunitario derivado (cfr. a título de ejemplo, con relación a la protección de datos de carácter personal, el organismo de vigilancia independiente previsto en el artículo 286 TCE).

miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”, asumiendo así, como señalaba, la tradicional doctrina del Tribunal de Justicia²⁹.

Llegados a este punto, conviene precisar que esta doctrina del Tribunal asumida por la Carta cubre no sólo las ejecuciones del Derecho Comunitario *stricto sensu*, sino también las posibles derogaciones o excepciones al mismo en principio justificadas por el propio Derecho Comunitario³⁰. Con palabras del *Presidium* de la Convención³¹, los derechos reconocidos por la Carta se impondrían sobre los Estados miembros cuando actúan “en el marco del Derecho Comunitario”.

Dudas subsisten, en cambio, con relación a las actividades de los Estados miembros en ámbitos competenciales comunitarios sobre los que la Comunidad no haya ejercitado aún sus competencias, aunque podría pronosticarse una apertura también de este contexto al control del Tribunal, sobre todo si se tiene en cuenta la *vis expansiva* que subyace en la Carta, por mucho que ésta especifique respecto de sí misma que “no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”³² (*vis expansiva* que, por lo demás, podría tender a erosionar progresivamente el por el momento desmarque del Tribunal respecto del control de las actividades de los Estados miembros –de su compatibilidad con los derechos fundamentales propios del ordenamiento jurídico comunitario– extrañas al radio de la Unión³³).

Y es que, en efecto, semejante rotundidad a la hora de excluir el control por el Tribunal de las intervenciones estatales que no tengan un claro vínculo con el radio de acción de la Unión parece chocar con la proclamación de derechos y libertades –y correlativas prohibiciones que de ellos derivan– que en principio parecen ajenos, al menos desde una lectura restrictiva, a dicho radio de acción, caso, por ejemplo y sin ir más lejos, de la interdicción de la pena de muerte³⁴.

Habrà, pues, que esperar a ver si en el futuro la mencionada *vis expansiva* de la Carta no se acaba traduciendo en la consideración de los derechos fundamentales en ella reconocidos como piezas esenciales del ejercicio de las libertades de circulación sobre las que pivota el mercado

29. Asentada en el terreno específico de los derechos fundamentales a partir de 1989: asunto *Wachauf*, 13 julio 1989 (5/88).

30. Cfr. asunto *ERT*, 18 junio 1991 (C-260/89).

31. Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta (CHARTE 4473/1/00 REV 1 CONVENT 49).

32. Artículo 51.2.

33. Cfr. asunto *Kremzow*, 29 mayo 1997 (C-299/95).

34. Artículo 2 de la Carta.

interior³⁵, o incluso como piezas esenciales de la progresivamente fortalecida “ciudadanía europea”³⁶.

* * *

La Carta, en fin, pone sobre la mesa una cuestión muy debatida por la doctrina, marcando una pauta³⁷ que el Tribunal de Justicia es libre, teóricamente, de ir asumiendo y que, en todo en caso, deberá hacerlo de llegar a producirse su conversión en un texto jurídicamente vinculante, a saber, su naturaleza de estándar mínimo de protección, lo que exige del Tribunal una política judicial presidida por la búsqueda de elevados niveles de protección so riesgo, de lo contrario, de abrir las puertas a posibles quiebras en el tradicional principio de primacía: “ninguna de las disposiciones de la presente Carta”, dispone³⁸, “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

Al día de hoy³⁹ puede, pues, sostenerse que tanto el Convenio como las constituciones de los Estados miembros siguen constituyendo fuentes de inspiración del Tribunal de Justicia a la hora de ir configurando los principios generales del Derecho de la Unión. Afirmación ésta que vale desde luego para aquellos derechos y libertades que pudiendo extraerse del Convenio y de las constituciones nacionales no han quedado plasmados en la Carta⁴⁰;

35. Que podrían considerarse indirectamente coartadas en ausencia de un marco general y común de protección del individuo en cuanto tal, más allá, pues, de la protección de la que se beneficiaría en cuanto factor de producción: cfr. al respecto la interesante contribución de la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme* a los trabajos de la Convención (CHARTÉ 4101/00 CONTRIB 1).

36. Cfr. las Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto *Konstantinidis*, 30 marzo 1993 (C-168/91).

37. Como hiciera en su momento el *Proyecto de Constitución Europea* aprobado por el Parlamento Europeo en 1994 (DO nº C 61, 1994).

38. Artículo 53.

39. Y probablemente al de mañana, porque la Carta, cualquiera que sea su naturaleza, no creo que deba entenderse, materialmente, como una catálogo cerrado de derechos fundamentales.

40. Que aunque pocos, existen: tal es el caso, por ejemplo, de los derechos, en materia penal, a un doble grado de jurisdicción y a indemnización en caso de error judicial: cfr. artículos 2 y 3 del Protocolo 7 al Convenio Europeo (y no hay que olvidar que la previsión e imposición de sanciones penales por los Estados miembros puede estar vinculada en ocasiones a infracciones del Derecho Comunitario, aunque lo más probable en este terreno, al día de hoy, sería la utilización por el Tribunal de Justicia de la técnica de la remisión a los Derechos nacionales, como ya hiciera con la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: cfr. *asuntos Hoechst v. Comisión*, 21 septiembre 1989 (46/87 y 228/88), y *Dow Benelux v. Comisión* (85/87) y *Dow Chemical Ibérica e.a. v. Comisión* (97-99/87), ambos de 17 octubre 1989).

pero vale también respecto de los que sí se han incorporado a ella, pues una interpretación por el Tribunal de Justicia alejada de interpretaciones de su contenido esencial más favorables para la persona de las que derivan de las interpretaciones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros podría generar, en última instancia, un sometimiento de las autoridades públicas nacionales a estas últimas⁴¹, con la correspondiente, como señalaba, quiebra en la uniforme aplicación del Derecho de la Unión (quiebra que no sólo se evitaría sino que abriría las puertas, al mismo tiempo, a una elevación generalizada de los estándares nacionales de protección de la persona⁴², si el Tribunal se decidiera a seguir una política judicial de asunción como propios de la Unión de los estándares nacionales más protectores).

Así lo ha reflejado expresamente la propia Carta por lo que se refiere al Convenio⁴³, al disponer que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”. “Esta disposición”, añade, “no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

Y aunque el articulado de la Carta⁴⁴ guarde silencio al respecto, creo que su espíritu es el de tomar en consideración el Convenio no aisladamente sino jurisprudencialmente interpretado por su exégeta principal, que no es otro que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así parece desprenderse de su Preámbulo (que sí menciona expresamente la jurisprudencia de Estrasburgo) y así pareció entenderlo el *Presidium* de la Convención (que en su explicaciones⁴⁵ advierte, tras recordar que las referencias de la Carta al Convenio incluirían también, implícitamente, los Protocolos, que “el sentido y alcance de los derechos garantizados son determinados no sólo por el texto

41. Por más que los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros parezcan dispuestos a otorgar un margen de confianza al Tribunal de Justicia en cuanto garante de los derechos fundamentales en el radio de acción de la Unión: cfr. en esta línea la decisión de 7 de junio de 2000 del Tribunal Constitucional Federal alemán reafirmando su doctrina *Solange II* (22 octubre 1986) frente a las dudas que había suscitado su pronunciamiento a propósito del *Tratado de Maastricht* (12 octubre 1992). Dudas que, por lo demás, han aparecido en Estrasburgo, con un Tribunal Europeo de Derechos Humanos que parece dispuesto a intervenir cuando el control por el Tribunal de Justicia sobre las instituciones europeas y nacionales resulta insuficiente y sobre todo impracticable por imperativo legal en el sentido amplio de la expresión: cfr. *asunto Matthews*, 18 febrero 1998.

42. No ya en los sectores incluidos en el radio de acción de la Unión (cfr. el debate de rango constitucional en Alemania a propósito del *asunto Kriegl*, 11 enero 2000, C-285/98, y la igualdad de tratamiento y de acceso a empleos en las fuerzas armadas alemanas), sino incluso en aquellos otros ajenos a dicho radio de acción (en el caso español, cfr. artículo 10.2 de la Constitución y la doctrina *Apesco -STC 28/1991, de 14 de febrero*).

43. Artículo 52.3.

44. Tanto el artículo 52 como el 53.

45. Cfr. CHARTE 4473/1/00 REV 1 CONVENT 49.

de estos instrumentos –Convenio y Protocolos–, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”⁴⁶).

Cualquier otra aproximación, por lo demás, alejada de la búsqueda de coherencia entre ambos Tribunales, de Justicia y Europeo de Derechos Humanos, correría el riesgo de colocar a los Estados miembros ante situaciones jurídicamente insoportables, cuales serían tener que optar entre las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión o de su adhesión al Convenio, apareciendo en escena como telón de fondo, llegados a este punto, el debate en torno a la posible adhesión al Convenio de la propia Comunidad (o Unión) Europea.

* * *

Sabido es que nada se hizo en Amsterdam por abrir las puertas a una tal adhesión, sometida por el Tribunal de Justicia a la necesidad de una expresa revisión al respecto del Derecho originario⁴⁷.

Cualquiera que fuera la pretensión de los Gobiernos nacionales cuando decidieron dotar a la Unión de una Carta propia de derechos fundamentales⁴⁸, lo cierto es que el debate en torno a una posible adhesión al Convenio no se ha cerrado con la proclamación solemne de ésta, como lo demuestra el hecho de que pocos días antes de la aprobación de la Carta por la Convención el 2 de octubre de 2000, la Comisión misma⁴⁹ sostenía que “la existencia de la Carta no aminorará el interés de esta adhesión –al CEDH–, que tendría por efecto establecer una tutela externa de los derechos fundamentales en la Unión”⁵⁰; y pocos días

46. Ello entendiendo por “alcance”, puntualizaba aún más el último borrador elaborado por el *Presidium*, “no solamente la extensión de los derechos tal y como resulta del Convenio, sino también el régimen de sus limitaciones” (cfr. CHARTRE 4423/00 CONVENT 46).

47. En su controvertido *Dictamen 2/94*, 28 marzo 1996.

48. Y no resulta ocioso recordar que el Consejo Europeo de Colonia abordó la idea de la Carta apenas un mes después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, que nada había hecho según he señalado por abrir las puertas de la adhesión al Convenio.

49. *Comunicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* –COM (2000) 559 final, 13 septiembre 2000.

50. La delegación finlandesa, por su parte, remitía a los demás representantes gubernamentales un borrador de propuesta (22 septiembre 2000, *CONFER 4775/00*), abogando por una paralela –a la adopción de la Carta– reforma del Tratado que previera la competencia de la Comunidad para adherirse al CEDH, manejando al respecto tres consideraciones: 1) la existencia de Constituciones nacionales con sus correspondientes listados de derechos fundamentales no convierte en superflua (antes al contrario, la convierte en complementaria) la pertenencia de los Estados al sistema del CEDH; 2) existen disfunciones provocadas por la transferencia de poderes de los Estados miembros a la Comunidad sin aclarar la responsabilidad de esos Estados a los efectos de asegurar los derechos que derivan del CEDH (recordando al respecto el reciente procedimiento –*DSR Senator GmbH*, n° 56672/00– iniciado ante Estrasburgo contra los quince Estados de la Unión con relación a asuntos enmarcados en la competencia de la propia Unión); y 3) la adhesión al CEDH permitiría despejar dudas acerca de una nueva frontera en Europa, esta vez en materia de derechos humanos.

después⁵¹, insistía en que “aun cuando el proyecto de Carta es neutro en la cuestión de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, hay que reconocer que esta cuestión sigue estando abierta”, puesto que “la existencia de la Carta no mermará el interés de la adhesión que originaría el establecimiento de una tutela externa de los derechos fundamentales al nivel de la Unión”⁵², opinión ésta compartida por la *Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa* (y reiterada, una vez aprobada la Carta por la Convención, por los observadores del Consejo de Europa durante su elaboración⁵³), en cuyo *Informe sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁵⁴, con el que concluyo, puede leerse: “El objetivo del proyecto de Carta, que es reforzar y hacer más ostensible la protección de los derechos fundamentales en Europa, no podrá ser alcanzado mas que si las instituciones y los órganos de la Unión Europea están sometidos no sólo a la Carta, sino también al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En una sociedad democrática, un sistema de frenos y contrapesos resulta indispensable. Todos los Estados miembros de la Unión Europea, respetando el principio democrático, se han sometido al control externo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos instituido por el Convenio sin poner en peligro su soberanía nacional ni el principio de subsidiariedad. No existe ningún motivo legítimo por el que los actos realizados en nombre de la Unión Europea deban estar exentos de dicho mecanismo fundamental de control externo, exención que implicaría sustancialmente privar de la protección del Convenio a las personas cuyos derechos y libertades fundamentales sean vulnerados por el Derecho Comunitario”⁵⁵.

51. *Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* –COM (2000) 644 final, 11 octubre 2000.

52. “Del mismo modo”, añadía la Comisión, “la adhesión al Convenio en modo alguno privaría de interés a la elaboración de una Carta de la Unión Europea”.

53. Sres. Krüger y Fischbach (este último, juez luxemburgués del Tribunal Europeo de Derechos Humanos): cfr. CHARTE 4961/00 CONTRIB 356, 13 noviembre 2000.

54. De 11 de septiembre de 2000. Cfr. la Exposición de Motivos a cargo del Ponente, Sr. Magnusson (CHARTE 4465/00 CONTRIB 319). El propio Informe recuerda la *Recomendación de la Asamblea 1439 (2000) sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, adoptada el 25 de enero de 2000, por la que se invitó al Consejo de Ministros del Consejo de Europa a pronunciarse a favor de una adhesión de la Unión al Convenio y a preparar las reformas de éste pertinentes al respecto.

55. Lo que debe matizarse, habida cuenta de que Estrasburgo, a partir del *asunto Cantoni*, 15 noviembre 1996, se ha mostrado dispuesto a ejercitar su control sobre el Derecho de la Unión por la vía indirecta del control ejercitado sobre la ejecución de éste por los Estados miembros.