

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Comentario artículo por artículo

Dirigido por:

Araceli Mangas Martín

Coordinado por:

Luis N. González Alonso

*Manuel López Escudero
José Martín y Pérez de Nanclares
José Manuel Sobrino Heredia*

Separata de la introducción

El compromiso con los derechos fundamentales

Araceli Mangas

*Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

Primera edición: 2008
ISBN: 978-84-96515-80-2

© los autores, 2008
© Fundación BBVA, 2008

Fundación **BBVA**

INTRODUCCIÓN

EL COMPROMISO
CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS FUNDACIONALES

Cuando se fundaron las Comunidades Europeas en los años cincuenta del pasado siglo xx, sus Estados fundadores no incluyeron en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) ningún compromiso formal de respeto a los derechos humanos por parte de las instituciones europeas creadas en dichos tratados cuando ejercieran las competencias normativas que les atribuían; tampoco se preveía una obligación expresa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de garantizar su respeto. Esa laguna ha venido suscitando desde los años setenta del pasado siglo la reivindicación de unos límites a la acción de las instituciones y organismos públicos europeos con el fin de garantizar un espacio público y privado de libertad para la ciudadanía de los Estados miembros de la Unión Europea y para cualquier ser humano que se pueda encontrar en el territorio de los Estados miembros.

La explicación habitual sobre esa laguna recuerda que, tanto en 1951 (fundación de la extinta Comunidad Europea del Carbón y del Acero) como en 1957 (fundación de las otras dos Comunidades Europeas, antigua CEE y Euratom), casi nadie se podía imaginar que los objetivos de los Tratados de París y de Roma iban a conducir a un proceso de integración tan complejo y diverso en el que las instituciones han regulado de forma extensa y profunda diversas y sensibles materias. Esa competencia normativa de la Unión Europea puede afectar a los derechos fundamentales de todo ser humano y, más

aún, a los derechos de la ciudadanía de la Unión protegidos por las constituciones nacionales y los convenios internacionales.

Pero tampoco se puede decir que las versiones fundacionales fueran ajenas a toda protección de los derechos humanos. En parte por la filosofía subyacente a los tratados fundacionales que tenían como objetivo expreso, en palabras de su preámbulo, «la salvaguardia de la paz y de la libertad», objetivo que no puede alcanzarse sin el respeto a los derechos fundamentales. Y, en parte, porque el sistema contenía, diseminados a lo largo de los tratados y del Derecho derivado, derechos económicos y sociales o prohibiciones de no discriminación de quienes llevaban a cabo actividades económicas: derechos de los trabajadores, de los prestatarios de servicios, de los usuarios, de las personas físicas y jurídicas que se establecían en Estados miembros distintos al de origen, etc.

Los tratados fundacionales se referían de forma dispersa a algunos derechos fundamentales de todo ser humano que debían ser respetados por todas las autoridades, como la igualdad de retribución salarial entre mujeres y hombres (el *histórico* art. 119 CEE), cuyo fundamento el Tribunal de Justicia identificó ya casi en los años ochenta con el respeto a los derechos humanos, más allá de su finalidad inicial de respeto a la leal competencia entre empresas. Otros derechos de los ciudadanos que estaban ligados a la vida económica eran el de no discriminación por razón de la nacionalidad, o el de libre circulación y derecho de establecimiento, diversos derechos sociales, la protección del secreto profesional o el derecho de propiedad. Pero no había un sistema articulado y completo de derechos fundamentales del ser humano y de la ciudadanía.

Sin embargo, los objetivos últimos de los tratados fundacionales —la integración política, por ejemplo— permitieron ir tejiendo una protección judicial de los derechos humanos dispensada por el Tribunal de Justicia. Esta protección no se basaba, en modo alguno, en que fuera una competencia transferida la protección de los derechos humanos, sino en el hecho de que las diferentes competencias materiales atribuidas por los Estados deben ser ejercidas por las instituciones respetando las mismas obligaciones en cuanto a los derechos humanos que tenían los Estados antes de su atribución a las Comunidades Europeas. Los Estados no pueden desligarse de tales obligaciones por una transferencia o atribución de competencias materia-

les, ni los Estados miembros podrían desvincular a las instituciones comunitarias de su obligado respeto a los derechos fundamentales.

Esa *Dogmática* de la que carecían los tratados comunitarios ha ido apareciendo progresivamente. No ha sido sólo el Tratado de Amsterdam de 1997 ni tan siquiera desde el Tratado de Maastricht de 1992. Los cimientos de la Dogmática se han forjado por otros actores al margen de los Estados miembros.

2. EL LARGO CAMINO DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL

La labor judicial del TJCE introdujo la protección de los derechos fundamentales como elemento fundamental en el sistema jurídico-político comunitario. La aportación jurisprudencial al, mal denominado, proceso de *constitucionalización* ha sido determinante para proveer a la *constitución material comunitaria* de la Dogmática de la que carecía.

El Tribunal de Justicia ha sido, sin duda, la institución que más ha contribuido a garantizar de modo eficaz el respeto a los derechos fundamentales. Cuando se presentaron los primeros casos ante el Tribunal comunitario, sus primeras decisiones fueron titubeantes o tímidas sobre su competencia para conocer sobre la violación de derechos fundamentales, por cuanto se dudaba si era una esfera transferida al Derecho Comunitario y amparada por él. Pero no tardó mucho el Tribunal de Justicia en tejer una doctrina jurisprudencial en torno a la protección de los derechos fundamentales, convencido de la necesidad de fortalecer la unidad y primacía del Derecho Comunitario. Se reivindicaba así la comunitarización de los derechos fundamentales frente a eventuales pretensiones de las jurisdicciones nacionales de reclamar el conocimiento de presuntas violaciones por parte de las instituciones comunitarias a derechos reconocidos en las diferentes constituciones y amparados por diversos sistemas de garantía.

La primera ocasión en que el Tribunal tuvo que pronunciarse fue en el asunto *Stork* en 1959, en el que unas empresas alemanas acusaban a la Alta Autoridad de haber violado preceptos de la Ley Fundamental alemana. El Tribunal no entró a examinar la presunta violación alegando «que no tiene que pronunciarse sobre las reglas de

Derecho interno», pues implicaría la subordinación del Derecho Comunitario a un ordenamiento de un Estado miembro.¹ De nuevo, en los asuntos *Comptoirs de vente* de 1960,² el Tribunal y las partes plantearon mal la cuestión al entender que el Tribunal tendría que proteger un derecho tal como aparece en un sistema constitucional, por lo que el Tribunal, como juez de la legalidad de los actos de las instituciones, se declaró incompetente «para garantizar el respeto de las reglas de Derecho interno, incluso constitucional, en vigor en uno u otro Estado miembro», negando expresamente que existiera un principio general de Derecho Comunitario que protegiera el derecho fundamental invocado. El Tribunal perdió entonces una buena oportunidad de abrir su doctrina a la protección de los derechos fundamentales basada en los principios generales del Derecho, a pesar de que el abogado general Lagrange se lo proponía con acierto en sus conclusiones. No se trataba de aplicar directamente las reglas de Derecho interno, sino «solamente inspirarse en ellas para ver, eventualmente, la expresión de un principio general de Derecho susceptible de ser tomado en consideración para la aplicación del Tratado».³

El Tribunal de Justicia, según el entonces art. 164 del antiguo Tratado de la CEE (220 TCE/17 TUE modificado por el Tratado de Lisboa), garantiza «el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado». Parece evidente que en ese *respeto del Derecho* se incluye el respeto a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros. En la medida en que el respeto a los derechos fundamentales es contenido común de las constituciones de los Estados miembros, esos derechos se inscriben en los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros que son fuente del Derecho Comunitario.

El Tribunal se hizo eco, todavía tímidamente, de aquella interpretación de su Abogado General en el asunto *Stauder* de 1969 al decir que «la disposición litigiosa no revela ningún elemento suscepti-

¹ TJCE, sentencia de 4 de febrero de 1959, *Stork c. Haute Autorité*, 1-58, Rec. 1958-59, p. 63.

² TJCE, sentencia de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente du Charbon de la Ruhr c. Haute Autorité*, 36, 37, 38 y 40-59, p. 890. Una de las empresas demandantes, Nold, alegaba que la Alta Autoridad había violado el art. 14 de la Ley Fundamental alemana, que garantiza el derecho de propiedad privada, al organizar la venta en común del carbón.

³ *Ibíd.*, p. 910.

ble de poner en causa los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal». ⁴ La concepción de los derechos fundamentales como principio general del Derecho procede de la doctrina del Conseil d'Etat francés. El Tribunal de Justicia, al acoger esta idea de apertura y flexibilidad, abrió una vía de largo alcance para todo juez que tenga que confrontar cualquier norma con los derechos fundamentales y deducir de ellos limitaciones de las atribuciones. Esa vía se mantiene todavía hoy en los Tratados (art. 6 TUE y del TUE modificado tras el Tratado de Lisboa; en adelante TUE de Lisboa), a pesar de que la Carta concrete tales derechos o remita a otros textos convencionales a través de las Explicaciones que forman parte de la Carta. El respeto a los derechos y libertades fundamentales como principio general de Derecho no tiene concreción, es indeterminado, por lo que permite una amplia apertura y utilización en vía judicial para inspirar su acción de control o freno al poder normativo sin poder derivar de esa identificación entre Derecho y principios generales el apoderamiento de competencias.

El Abogado General del caso *Stauder* fue más allá que el Tribunal y se pronunció por la existencia de unos principios comunes en el Derecho Constitucional de los Estados miembros que son fuente del Derecho Comunitario. Esto no significa que el Tribunal tenga que aplicar normas constitucionales sobre derechos fundamentales, sino hacer suyas «las nociones cualitativas comunes de los derechos constitucionales nacionales». ⁵

Aunque el Tribunal no aludió expresamente en la sentencia *Stauder* a los principios generales comunes a los Estados miembros en tanto que extraídos de sus sistemas constitucionales, el Tribunal parece deliberadamente dispuesto a separarse de su doctrina anterior, como lo demostró un año más tarde en el asunto de la *Internationale Handelsgesellschaft*. ⁶ En aquella ocasión el Tribunal se pronun-

⁴ TJCE, sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29-69, p. 425. El demandante atacó una decisión de la Comisión sobre venta de mantequilla a precio reducido a beneficiarios del régimen de asistencia social con divulgación de su nombre, porque a su entender violaba derechos fundamentales protegidos por la Ley Fundamental. Para el Tribunal de Justicia la decisión no imponía la identificación nominal de los beneficiarios.

⁵ Así lo proponía el abogado general Roemer, *ibíd.*, p. 428.

⁶ TJCE, sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11-70,

ció sin miramientos sobre el respeto que merecen al Derecho Comunitario los derechos fundamentales distinguiendo los dos problemas básicos que en esta materia se plantean.

En primer lugar, reafirmó la primacía absoluta del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, incluso constitucional, por lo que la invocación de violaciones realizadas, ya a los derechos fundamentales tal como son formulados, por la Constitución de un Estado miembro, ya a los principios de una estructura constitucional nacional, no podrían afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de ese Estado. El examen de la validez de los actos de las instituciones sólo puede ser apreciado a la luz del Derecho Comunitario reiterando el respeto a los principios de unidad y autonomía de ese ordenamiento.⁷

El segundo de los problemas que distinguió entonces es si en el Derecho Comunitario existe una garantía análoga a la protección ofrecida de manera diversa por las Constituciones de los Estados miembros; a lo que responde que, «en efecto, el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales de Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal» y, en consecuencia, la salvaguardia concreta de esos derechos se inspirará en «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». El Tribunal precisó entonces que no todos los derechos fundamentales se verían afectados sino sólo aquellos que encajan en «la estructura y objetivos de la Comunidad».⁸

De esa doble distinción se extraía que el Tribunal, en su misión de garantizar el respeto a los derechos fundamentales, no iba a examinar la conformidad de la norma comunitaria con una determinada Constitución, ni iba a tomar como contenido de esos derechos que había que proteger una concreta prescripción constitucional. No va a aplicar normas constitucionales en cuanto tales, sino las nociones cualitativas comunes a esos ordenamientos. Esas tradiciones constitucionales comunes nos llevarán a la determinación de los de-

pp. 1125 y ss. (este caso había de dar lugar a la sentencia controvertida del Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974). En aquella misma fecha, el Tribunal, en el asunto *Köster* (25-70, p. 1176), reiteró que el respeto a los derechos fundamentales está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario.

⁷ *Ibíd.*, p. 1135.

⁸ *Ibíd.*

rechos fundamentales protegidos por el Derecho Comunitario mediante un sistema en el que lo que importa no es la coincidencia de derechos enunciados y protegidos en cada ordenamiento constitucional, sino, más bien, la calidad de la solución y, como señalara en la época Ganshof van der Meersch, teniendo en cuenta que esos derechos aparecen en los principios generales despojados de sus contingencias nacionales.⁹

Justo es reconocer que esta jurisprudencia favorable a la protección de los derechos fundamentales se inició como reacción defensiva a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Alemania (Auto de 18 de octubre de 1967)¹⁰ y de Italia (sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973),¹¹ que amenazaban la primacía absoluta y la autonomía del Derecho Comunitario. La Corte Constitucional alemana expresó su reserva en el sentido de que, si apreciase en el futuro la posibilidad de que existieran violaciones a los derechos fundamentales de la Ley Constitucional alemana, aceptaría recursos de inconstitucionalidad contra normas europeas. Se preguntaba hasta qué punto el Estado podía desvincular a las instituciones comunitarias de su sometimiento a los derechos fundamentales en la atribución del ejercicio de derechos de soberanía, cuando al Estado en el ejercicio de sus poderes le era jurídicamente imposible desentenderse de su respeto. Por el contrario, la Corte Constitucional italiana no dudaba de la garantía segura y amplia de protección de los derechos en el sistema comunitario, pero se reservaría el control sólo en el caso, más que límite, casi impensable de que las instituciones hiciesen un uso o una interpretación aberrante de sus poderes.

En el asunto *Nold*¹² de 1974 el Tribunal de Justicia de la Comunidad sistematizó y consolidó su doctrina en esta materia, a sabiendas además de que el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* había

⁹ W. J. Ganshof van de Meersch, «L'ordre juridique des Communautés européennes et le Droit International», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1975, vol. III, p. 169.

¹⁰ El texto de la sentencia puede verse en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1968, pp. 202 y ss.

¹¹ El texto de la sentencia puede verse en *Revista di Diritto Europeo*, 1974, núm. 1, pp. 13 y ss.

¹² TJCE, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, 4-73, pp. 491 y ss.

sido admitido en la Corte Constitucional de Alemania y estaba a punto de emitirse sentencia. Para el Tribunal de Justicia el respeto a los derechos humanos forma parte del Derecho Comunitario en calidad de *principio general del Derecho* que vincula a las instituciones y a los Estados miembros cada vez que apliquen el Derecho de la Unión.

Se confirmaba, pues, que los estándares constitucionales nacionales forman parte del Derecho Comunitario que el Tribunal va a proteger. El Tribunal añadió, en esa ocasión, otro marco jurídico que desde entonces tiene en cuenta en su misión de protección de esos derechos «[...] los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos..., a los que los Estados miembros han cooperado o adherido, pueden suministrar igualmente indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario». ¹³

Se concretaban los parámetros normativos del principio general de Derecho, para tener una referencia o catálogo, en los convenios internacionales que vinculan a los Estados miembros, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) —adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como sus protocolos posteriores¹⁴— y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por tanto, las disposiciones constitucionales de España y de otros Estados miembros no son ajenas al Derecho de la Unión, por lo que los estándares constitucionales de protección de derechos fundamentales de la Constitución Española (como las de los otros Estados miembros) deben ser respetados por las normas comunitarias. Resulta obvio decirlo pero no podemos perder derechos ni protección por la integración europea.

El Tribunal recordaba su doctrina expuesta en los casos anteriormente citados, advirtiendo que «no admitirá medidas incompatibles con los Derechos Fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados». Ahora bien, los derechos

¹³ *Ibíd.*, p. 508.

¹⁴ Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953; España lo ratificó el 29 de septiembre de 1979 y entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979. Comprende 14 protocolos, aunque el decimocuarto aún no ha entrado en vigor. Tras las enmiendas del Protocolo número 11 al conjunto del Convenio, véase el texto refundido en el *BOE* de 6 de mayo de 1999 y corrección de errores en el *BOE* de 12 de junio de 1999.

fundamentales que aparecen en las constituciones son en algunos casos derechos intangibles, prerrogativas absolutas que no admiten, en sí mismos, límite alguno (derecho a la vida, prohibición de torturas...), pero hay otros que en «todas las Constituciones de los Estados miembros [...] lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados en vistas de la función social de los bienes y actividades protegidos». En el orden comunitario la aplicación de ciertos límites vendrían «justificados por los objetivos del interés general perseguidos por la Comunidad».

A pesar de la sentencia *Nold*, la Corte Constitucional de Alemania adoptó la sentencia *Solange I* de 29 de mayo de 1974,¹⁵ en la que, si bien no se constataba la violación de derechos fundamentales por una norma comunitaria, era en sí misma una violación del Derecho Comunitario al aceptar entrar en su control de compatibilidad. En esa sentencia el Tribunal Constitucional alemán reprochaba que en ese momento el Derecho Comunitario no poseía instrumentos normativos ni judiciales para garantizar una protección de los derechos similar a la de la norma constitucional alemana, exigiendo una serie de condiciones (*en tanto* no hubiera elecciones al Parlamento Europeo dotado de competencias legislativas, *en tanto* no hubiera compromiso con los derechos fundamentales mediante un catálogo) para no llevar a cabo el control de compatibilidad del Derecho Comunitario con las garantías constitucionales alemanas.

A pesar de la conmoción que causó la decisión de la Corte alemana, la doctrina *Nold* del Tribunal de Justicia europeo se vio respaldada por las otras instituciones europeas¹⁶ y por jurisprudencia posterior, como la sentencia *Hauer* de 1979. La demandante, señora Liselotte Hauer, había solicitado al Land de Renania-Palatinado una autorización para plantar viñedos en un terreno del que era propietaria. Aunque la autoridad regional había rechazado su petición por inadecuación de los terrenos aplicando una ley alemana, cuando se impugnaba ese acto nacional entró en vigor el Reglamento comunitario 1162/1976, de 17 de mayo de 1976, que prohibía tem-

¹⁵ El texto de la sentencia puede verse en *Cahiers de Droit Européen*, 1975, núm. 1-2, pp. 149 y ss.

¹⁶ Destaca la *Declaración Común* del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977, *DOC* 103, de 27 de abril de 1977, p. 1.

poralmente toda plantación nueva de viñedos. El *Verwaltungsgericht* de Neustadt planteó en reenvío prejudicial de interpretación ante el Tribunal de la Comunidad varias cuestiones, entre las que interesa la relativa a la garantía de los derechos fundamentales en el orden jurídico-comunitario, dado que existía una duda sobre su compatibilidad con derechos garantizados en la Ley Fundamental (derecho de propiedad y al libre ejercicio de actividades profesionales). El Tribunal de Justicia de la Comunidad, en su sentencia, reafirmó: «[...] la cuestión relativa a un atentado de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede ser apreciado más que en el marco del Derecho Comunitario mismo. La introducción de criterios de apreciación particulares, procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado, por el hecho de atentar a la unidad material y a la eficacia del Derecho Comunitario, tendría por efecto, irremisiblemente, quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad».¹⁷

Además, el Tribunal de la Comunidad repite literalmente los argumentos esgrimidos en sus sentencias más importantes en la materia como *Internationale* y *Nold*, anteriormente citadas, y no oculta su satisfacción al decir que esa jurisprudencia ha sido reconocida por el resto de las instituciones comunitarias en la Declaración Común de 5 de abril de 1977. De esta sentencia cabe destacar el tratamiento que se da a los límites a los derechos fundamentales en función de los objetivos de la Comunidad, teniendo en cuenta el CEDH y las disposiciones de varias constituciones de Estados miembros que cita y compara para deducir la legalidad de las restricciones al derecho de propiedad.¹⁸

Con esa buena disposición para la protección de los derechos y libertades fundamentales, el Tribunal recibió numerosos asuntos sobre derechos humanos en los años ochenta (y desde entonces hasta ahora). Así, además de las importantes sentencias ya citadas, hay que destacar, como asuntos relevantes en aquellos años setenta y ochenta en los que se forjaba su doctrina protectora, por ejemplo, el asunto *Prais*, en relación con el principio de no discriminación en

¹⁷ TJCE, sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, 44-79, p. 3744.

¹⁸ Loc. cit., pp. 3744-3751.

razón de la religión; constató en esa ocasión que la Comisión no había discriminado a la demandante en un concurso de acceso a la función pública por el hecho de profesar una determinada religión.¹⁹ El Tribunal se preocupó en los asuntos *Uberschar*, *Durberck* y *Edeka*²⁰ del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. En los asuntos *Testa*, *Maggio* y *Vitali*²¹ se ocupó de los derechos de carácter social. En la sentencia *Van Landerwick* desestimó alegaciones, que se referían al respeto a ciertas garantías procesales.²² La protección de la intimidad de las personas morales fue la imputación que sostuvo la parte demandante contra la Comisión en la sentencia *National Panasonic*²³ y en *A.M. & Europe c. Comisión*²⁴ estimó la existencia de violación del secreto profesional en una actuación de la Comisión. En el asunto *Razzouk*, el Tribunal anuló una decisión de la Comisión que negaba una pensión de viudedad a un consorte de funcionaria comunitaria porque violaba un derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo.²⁵

También en esos años los Estados miembros invocaron la protección de los derechos fundamentales frente a la Comisión. Así, la República Federal de Alemania alegó violaciones de la Comisión como medio de defensa contra la aplicación de un Reglamento de la Comisión sobre vinos de calidad producidos en regiones determinadas que imponía ciertas restricciones al derecho de propiedad que, a su juicio, no estaban justificadas por el interés general. Sin embargo, el Tribunal falló, en 1986, que, a la vista de los objetivos de

¹⁹ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1976, *Prais*, 130-75, pp. 1589 y ss.

²⁰ TJCE, sentencias de 8 de octubre de 1980, *Uberschär*, 810-79; 15 de julio de 1982, *Edeka*, 245-81; 1 de abril de 1982, *Durberck*, 11-8. Fundados en el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad se impugnaron en aquellos años, con suerte diversa, normas estatales en estos asuntos: TJCE, sentencias de 5 de marzo de 1980, *Pecastaing*, 98-79; 29 de octubre de 1980, *Boussac*, 22-80; 14 de julio de 1981, *Sergius Oebel*, 155-80; 14 de enero de 1982, *Reina*, 65-8.

²¹ TJCE, sentencia de 19 de junio de 1980, *Testa*, *Maggio* y *Vitali*, 41-71 y 121/79, pp. 1979 y ss.

²² TJCE, sentencia de 29 de octubre de 1980, *Van Landerwick*, 209 a 215 y 218-78, pp. 3125 y ss.

²³ TJCE, sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, 136-79, pp. 2033 y ss.

²⁴ TJCE, sentencia de 18 de mayo de 1982, *A.M. & Europe c. Comisión*, 155-79, pp. 1575 y ss.

²⁵ TJCE, sentencia de 20 de marzo de 1984, *Razzouk et Beydown c. Comisión*, 75 y 117-82, 8, pp. 1509 y ss.

interés general de las disposiciones en cuestión, tales restricciones no entrañaban ninguna limitación indebida al ejercicio de los derechos fundamentales.²⁶

Hay que precisar que también en ocasiones el Tribunal de Justicia ha construido su sentencia centrada en torno al respeto de los derechos fundamentales de carácter social o económico (conferidos por el orden jurídico comunitario o por las constituciones de los Estados miembros), cuando los demandantes imputaban presuntas violaciones a particulares (por ejemplo, empresas) o a los Estados cuando se situaban en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, en procedimientos en vía prejudicial,²⁷ que de constatarse, en base a los elementos que se desprendan de la sentencia en interpretación del Tribunal comunitario, significaría que habría existido violación al Derecho Comunitario (por ejemplo, discriminación por razón de sexo o de la nacionalidad). Su respeto se impone, además de a las instituciones comunitarias, a los Estados y a los particulares.

Así, en las sentencias *Defrenne*, *Macarthys*, *Worringhan and Humphrys*, *Jenkins*, *Garland*, *Burton* y *Marshall*, el Tribunal tuvo que juzgar actuaciones de empresas y en algún caso de Estados que, según las demandantes, no respetaban el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, que, aparte de su eventual exigencia constitucional, es un predicado básico del Derecho Comunitario.²⁸

Era bien evidente que desde los años setenta el Tribunal de Justicia mostraba una especial sensibilidad hacia las alegaciones fundadas en la protección de derechos fundamentales, tanto en el contexto de actuaciones nacionales (en las relaciones horizontales y verticales) como en el contexto de las actuaciones de las institucio-

²⁶ TJCE, sentencias de 18 de septiembre de 1986, *Comisión c. Alemania*, 116-82; 8 de octubre de 1986, *Ministerio público de Friburgo c. E. Keller*, 234-85.

²⁷ A veces el procedimiento era el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra el Estado infractor: así, ya en aquella época el Tribunal condenó a Alemania por haber dificultado la defensa de los derechos de las personas eventualmente lesionadas por medidas discriminatorias en razón del sexo al no transponer correctamente la Directiva 76/207 (sentencia de 21 de mayo de 1985, *Comisión c. Alemania*, 248-83).

²⁸ TJCE, sentencias de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43-75; 27 de marzo de 1980, *Macarthys*, 129-79; 11 de marzo de 1981, *Worringhan and Humphrys*, 69-80; 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, 96-81; 9 de febrero de 1982, *Garland*, 12-81; 16 de febrero de 1982, *Burton*, 19-81; 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152-84, etc.

nes comunitarias. Teniendo en cuenta el decidido propósito del Tribunal de proteger los derechos fundamentales en el amplio marco de los principios generales del derecho y habiendo precisado los parámetros normativos (las tradiciones constitucionales comunes y los instrumentos internacionales, en tanto que principios generales del derecho comunes a los Estados miembros) que servirán de marco jurídico de referencia para todas las instituciones, Estados miembros y ciudadanía, era comprensible que el mismo Tribunal Constitucional alemán reconociera en su sentencia *Solange II* de 1986 que, a pesar de la ausencia de un catálogo codificado de derechos propio de la Comunidad, la protección por parte del Tribunal de Justicia en esos años permitía dar un giro a sus reproches (*en tanto que*) y constatar que *mientras* hubiera esa protección comunitaria declinaría asumir el control de compatibilidad.²⁹

Luego, en ausencia de un texto propio, el Tribunal de Justicia europeo viene exigiendo a las instituciones comunitarias, so pena de nulidad del acto comunitario, que respeten los derechos fundamentales tal como se reconocen en las constituciones nacionales y en los Convenios de los que son parte los Estados miembros en calidad de principios generales del Derecho.³⁰ Desde mediados de los años setenta y en la actualidad, disponemos —gracias a la labor judicial del Tribunal de Justicia— de unos estándares normativos —independientemente de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales—, en materia de derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por el Derecho derivado y que pueden ser objeto de sanción judicial.

²⁹ En efecto, un giro a su jurisprudencia se consumó en la sentencia de *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, en la que se declaraba que se abstendría de verificar la conformidad del Derecho Comunitario con los derechos fundamentales de la Constitución alemana *en tanto que* las comunidades europeas y su Tribunal aseguren una protección eficaz de los derechos fundamentales como ya lo venían haciendo. El texto de la sentencia puede verse en *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, núm. 3, pp. 881 y ss.; y comentario de G. C. Rodríguez Iglesias, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *ibíd.*, pp. 667 y ss.

³⁰ Por poner un ejemplo más reciente en el que el Tribunal recuerda que sigue aplicando los convenios internacionales sobre derechos humanos en tanto que principios generales del Derecho Comunitario: sentencias de 27 de junio de 2006, *Parlamento/Consejo*, C-540/03; 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06.

No ha habido desprotección en los ámbitos de competencia atribuidos en los tratados ya que ni las instituciones comunitarias ni los Estados miembros pueden adoptar normas contrarias a los derechos humanos y libertades fundamentales, anulando aquellas normas comunitarias que violaban derechos humanos o declarando la infracción del Estado miembro que los violase en ámbitos de competencia comunitaria. El Tribunal de Justicia ha ejercido, ejerce y seguirá ejerciendo el control judicial sobre los actos de las instituciones y de los Estados cuando aplican actos comunitarios³¹ de conformidad con su jurisprudencia *Nold* y, en su caso, con la Carta de los Derechos Fundamentales.

Pero aun así el proceso de constitucionalización de una dogmática apenas si comenzaba y de una forma poco transparente para la ciudadanía, especialmente en el continente, acostumbrada a que las constituciones contengan una parte bien sistematizada de los derechos y deberes de los ciudadanos y los derechos fundamentales de toda persona.

A falta de un catálogo propio, esa apertura del Tribunal de Justicia hacia las tradiciones constitucionales nacionales y los convenios internacionales de los que sean parte los Estados miembros fue saludada muy favorablemente por el resto de instituciones comunitarias e indirectamente por los propios Estados miembros y la doctrina.

3. EL APOYO DE LAS INSTITUCIONES A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La formalización de ese apoyo fue la citada Declaración Común, adoptada solemnemente el 5 de abril de 1977 por las tres instituciones que participan en el proceso de decisión: Comisión, Parlamento y Consejo.³² Los representantes de la ciudadanía, los de los Estados miembros y la institución supranacional hicieron suya la jurisprudencia del Tribunal en el caso *Nold*, la reprodujeron literalmente y se comprometieron cada uno por sí mismo a respetar y continuar res-

³¹ Sería interminable la lista de sentencias de los últimos años en las que el Tribunal mantiene su compromiso con el respeto a los derechos fundamentales conforme a los parámetros de la sentencia *Nold*. Véase una selección, a título de ejemplo, en las notas 33 a 51.

³² Citada en nota 16.

petando los derechos humanos cada vez que propongan o decidan una norma comunitaria: reconocen que siempre han estado y seguirán estando sometidos al principio del respeto del Derecho y que éste comprende el respeto no sólo a las reglas de los tratados y del Derecho derivado, sino también a «los principios generales del Derecho y en particular a los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se funda el derecho constitucional de los Estados miembros», por lo que tendrán en cuenta los derechos fundamentales «que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

Esta Declaración política, de valor cuasiconstitucional en el contexto de los tratados de la época, daba un espaldarazo por parte de los Estados y la ciudadanía al control ejercido por el Tribunal comunitario sobre los actos de las instituciones y de los Estados, confiriendo *mayor legitimación al poder judicial* en el campo de la protección de los derechos humanos, como reconoció la Comisión. Ese apoyo reconfortó al Tribunal comunitario, a la ciudadanía y a los operadores jurídicos al confirmarse que los poderes públicos europeos y nacionales se someten a unos límites y que deben respetar la esfera privada y pública de la ciudadanía.

Desde los años setenta quedaba configurado el respeto a los derechos fundamentales como un criterio de *legalidad* que limita la actividad comunitaria. Lo que faltaba era configurar la protección de los derechos humanos como un criterio de *legitimación* democrática del proceso mismo.

La labor del Tribunal de Justicia de la Unión ha seguido siendo encomiable en todos estos años al controlar y hacer respetar derechos (además de los citados de libertad religiosa, no discriminación por razón de la nacionalidad³³ o de sexo³⁴), como el de la dig-

³³ Por ejemplo, entre otras muchas, sentencias de 1 de febrero de 2001, *Dennis Mac Quen y otros c. Grandvision Belgium*, C-108/96; 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczik*, C-184/99; 25 de julio de 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie; ASBL (MRAX) c. Etat belge*, C-459/99; 2 de octubre de 2003, *C. García Avello c. Estado Belga*, C-148/02; 15 de marzo de 2005, *Davy Bidar c. London Borough of Ealing*, C-209/03.

³⁴ Por ejemplo, entre decenas y decenas, en las sentencias de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88; 14 de julio de 1994, *Carol WEBB c. EMO Air Cargo* C-31/93; 30 de abril de 1998, *Evelyne Thibault*, C-136/95; 3 de febrero de 2000, *Silke-Karin Mahlburg c. Land*

nidad humana,³⁵ la libertad de expresión,³⁶ libertad de asociación,³⁷ libertad de manifestación,³⁸ tutela judicial efectiva y proceso justo,³⁹ derecho a la defensa y a un juicio contradictorio,⁴⁰ respeto a la vida privada y familiar y, por ello, a la reagrupación familiar;⁴¹ protección de la infancia,⁴² secreto médico,⁴³ inviolabilidad del domicilio,⁴⁴ el derecho de propiedad,⁴⁵ derechos de propiedad intelectual,⁴⁶ no discriminación en las prestaciones sociales a favor de los trabajadores inmigrantes,⁴⁷ protección frente al despido de un

Mecklenburg-Vorpommern, C-207/98; 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post c. Elisabeth Sievers y otras*, C-270/97 y C-271/97; 26 de junio de 2001, *Brunnhöfer*, C-381/99; 4 de octubre de 2001, *María Luisa Jiménez Melgar c. el Ayuntamiento de Los Barrios*, C-438/99; 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C-366/99; 17 de septiembre de 2002, *Lawrence y otros*, C-320/00; 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01; 1 de febrero de 2005, *Comisión c. Austria*, C-203/03; 3 de octubre de 2006, *B. F. Cadman y Health & Safety Executive*, C-17/05; 6 de diciembre de 2007, *Ursula Voss c. Land Berlin*, C-300/06; 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner, OHG*, C-506/06, etc. Más jurisprudencia sobre no discriminación por razón de sexo puede verse en esta misma obra en el comentario al art. 23 de la Carta.

³⁵ TJCE, sentencia de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos c. PE y Consejo de la UE*, C-377/98.

³⁶ TJCE, sentencias de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89; 26 de junio de 1997, *Verenigde Familapress*, C-368/95 y 6 de marzo de 2001, *Connolly*, C-274/99; 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken*, C-479/04.

³⁷ TPI, sentencia de 2 de octubre de 2001, *Martínez y otros c. PE*, asuntos acumulados T-222, 327 y 329/99.

³⁸ TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, *E. Schmidberger, Internationales Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00.

³⁹ TJCE, sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84; 1 de abril de 1987, *Dufay c. Parlamento*, 257/85; 15 de octubre de 1997, *Unectef c. Heylens*, 222/86; 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health y otros*, C-154/04 y C-155/04; 13 de marzo de 2007, *Unibel*, C-432/05;

⁴⁰ TJCE, sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche c. Comisión*, 85/76; 28 de marzo de 2000, *Krombach c. Bamberski*, C-7/98; 2 de mayo de 2006, *Eurofood*, C-341/04.

⁴¹ TJCE, sentencias de 17 de abril de 1997, *Kadiman*, C-351/95; 31 de mayo de 2001, *D. c. Consejo*, C-122 y 125/99; 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, C-60/00; 19 de octubre de 2004, *Secretary of State for the Home Department c. Catherine Zhu y Lavette Chen*; 11 de diciembre de 2007, C-291/05, *Eind*; 20 de mayo de 2008, *Bosmann*, C-352-06.

⁴² Por ejemplo, sentencias de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, C-105/03; 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06.

⁴³ TJCE, sentencia de 8 de abril de 1992, *Comisión c. Alemania*, C-62/90.

⁴⁴ TJCE, sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, 136/79; 18 de mayo de 1989, *Comisión c. Alemania*, 249/86.

⁴⁵ TJCE, sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, 44/79.

⁴⁶ Entre muchas, sentencias de 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken*, C-479/04; 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) y Telefónica de España, SAU*, C-275/06.

⁴⁷ TJCE, sentencias de 3 de julio de 1974, *Casagrande*; 15 de enero de 1986, *Pinna*, 41/84; 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96.

transexual⁴⁸ y su derecho al matrimonio tomando en consideración su nuevo sexo,⁴⁹ no discriminación por razón de la edad,⁵⁰ etc.

La valoración de conjunto del esfuerzo de todas las instituciones comunitarias para someterse al respeto a los derechos fundamentales es altamente positiva y, en especial, por parte del Tribunal de Justicia que ha ido elaborando y asumiendo con firmeza una función eficaz de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El Tribunal había cerrado así una grieta por la que algunos Estados y, en especial, las jurisdicciones constitucionales podían intentar escapar, en un terreno particularmente sensible a la opinión pública, a la exacta observancia de los principios de la primacía y de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario.

Esta jurisprudencia tan progresiva del Tribunal de Justicia siguió siendo acogida y apoyada por las instituciones y por los juristas en los años ochenta y siguientes hasta el punto de que el Acta Única Europea (1987) incluye aquella afirmación jurisprudencial del caso *Nold* en su preámbulo y, poco después, el Tratado de Maastricht (1992) la proclamaba explícitamente en su articulado (antiguo art. F, más tarde art. 6). Los tratados reconocían el fundamento ideológico de la integración en el principio del respeto a los derechos fundamentales, tal como lo había formulado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La simbiosis entre el acervo jurisprudencial y el reconocimiento en el Tratado era perfecta. Y se mantiene hoy.

Aquel precepto del Tratado de Maastricht se completaba poco después por la reforma del Tratado de Amsterdam (1997) al art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), proclamando la existencia de unos principios comunes de la Unión Europea con sus Estados miembros, entre el que se encuentra el principio del respeto a los derechos humanos. Se añadió una importante precisión: que su respeto es una condición para el ingreso en la Unión (art. 49 TUE) y,

⁴⁸ TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, *P. c. S y Cornwall County Council*, C-13/94.

⁴⁹ TJCE, sentencia de 7 de enero de 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, C-117/01. Es recomendable, particularmente, la lectura de las Conclusiones del abogado general Dámaso Ruiz Jarabo.

⁵⁰ TJCE, sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04; 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios c. Cortefiel Servicios SA*, C-411/05 y de 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06.

no menos trascendente, que en caso de infracción grave y persistente se podrá sancionar al Estado infractor (art. 7 TUE).⁵¹

Pero los Tratados de Maastricht y Amsterdam no añadieron más precisión que ese reconocimiento expreso por el Derecho originario de la jurisprudencia *Nold*, en relación con el compromiso de respetar los derechos fundamentales. La constitucionalización jurisprudencial y convencional debía completarse con una doble vinculación complementaria, objetiva y transparente:

- mediante la adhesión de las Comunidades Europeas al convenio elaborado en el marco del Consejo de Europa (el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH— de 1950), y
- elaboración por las propias Comunidades Europeas de un texto normativo propio.

4. TENTATIVAS DE ELABORACIÓN DE UN TEXTO PROPIO DE DERECHOS HUMANOS Y DE ADHESIÓN AL CEDH

Un catálogo de derechos propio añadiría transparencia y clarificaría el marco jurídico de la protección judicial. Pero la protección judicial era adecuada, flexible y al menos suficiente. Aunque había satisfacción por la protección judicial, a finales de los años setenta se reveló otra línea paralela a la judicial que propugnaba la adhesión formal de la Comunidad Europea al Convenio de Roma de 1950 para solucionar ese vacío de un catálogo concreto donde se enuncien cada uno de los derechos fundamentales que las instituciones deben respetar en el ejercicio de sus poderes. La eventual adhesión de la Comunidad al Convenio de Roma despertó un enriquecedor debate institucional y doctrinal con decididas posiciones a favor de la misma, entre las que destacaron la de W.J. Ganshof van der Meersch y el Memorándum de la Comisión.⁵²

⁵¹ Estos preceptos se mantienen en el TUE tras la reforma del Tratado de Lisboa (arts. 2, 6.3, 7 y 49).

⁵² Entre los documentos y doctrina más relevantes que suscitaron el debate: «Memorandum concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», presentado por la Co-

Sin embargo, no tuvo apoyos entre los Estados en aquellos años. Además, el Tribunal de Justicia no tuvo reparos en invocar y comparar las normas comunitarias con el Convenio Europeo en tanto que concreción del *principio general de derecho* de protección de derechos humanos.

Situación distinta hubiera sido si en los tratados se hubiera reconocido competencia normativa a las instituciones en materia de derechos humanos. Cuando en virtud de los tratados hay una atribución específica de competencias en favor de las instituciones comunitarias, el Tribunal se ha mostrado a favor de la obligatoriedad para la Comunidad de convenios internacionales que regulaban anteriores competencias estatales en base al antiguo art. 234 del Tratado CEE (principio del mantenimiento de las obligaciones existentes, art. 307 TCE/351 TFUE). Así, en la sentencia *International Fruit*, sobre la vinculación de la Comunidad al GATT (General Agreement on Tariffs and Trade; Acuerdo general sobre comercio y aranceles), declaraba que habiendo asumido la Comunidad competencias transferidas por los Estados, éstos «mostraron su voluntad de vincularla por las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo General [...] por lo que [...] las disposiciones de este Acuerdo tienen por efecto vincular a la Comunidad». En la sentencia *Kramer* era aún más diáfano: «en la medida en que asume competencias de los Estados está limitada por las mismas reglas que se imponen a éstos».⁵³ La pertenencia a la Comunidad no libera a los Estados miembros de sus obligaciones internacionales anteriores.

misión, suplemento del *Bulletin CE* 2/79; W. Ganshof van der Meersch, ob. cit., pp. 174-180; M. Sorensen, «Punti di contatto tra la Convenzione europea dei diritto dell'uomo ed il diritto delle Comunità europee», *Rivista di Diritto Europeo*, 1978, pp. 163-172; L. Ferrari Bravo, «Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista di Diritto Europeo*, 1979, núm. 4, pp. 347-359; G. Sperduti, «Le rattachement des Communautés européennes á la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue du Marché Commun*, 1980, pp. 170-173; M. A. Dausés, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1984, núm. 3, pp. 401-424.

⁵³ TJCE, 12 de diciembre de 1972, *International Fruit*, 21 a 42-72; 16 de marzo de 1983, *SPL y Michelin*, 267, 268 y 269-81 y *Singer et Geigy*, 290 y 291-81; 14 de julio de 1976, *Kramer*, 3, 4 y 6-76; 19 de noviembre de 1975, *Nederlandsche Spoorwegen*, 38-75; 14 de octubre de 1980, *Burgoa*, 812-79.

Ahora bien, los Estados no han atribuido, específicamente, a las instituciones de la Comunidad competencias sobre regulación y protección de los derechos fundamentales (ni tan siquiera lo prevé el Tratado de Lisboa de 2007 ni la fracasada Constitución Europea de 2004), por lo que no podría hablarse de sustitución propiamente dicha; pero, como observaba entonces J. V. Louis, aunque no hayan sido objeto de una atribución de competencias a la Comunidad, esa atribución es «susceptible de influir en su ejercicio», por lo que en opinión del citado autor «vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte integrante del orden jurídico comunitario los acuerdos que se refieran a los Derechos Fundamentales».⁵⁴

El Tribunal de Justicia nunca consideró formalmente al Convenio de Roma como un acuerdo vinculante para la Comunidad, pero tuvo y tiene en cuenta ese Convenio así como otros instrumentos internacionales como parámetro para la protección de los derechos fundamentales, al examinar la compatibilidad de un acto comunitario con las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; también en ocasiones tuvo en cuenta las concepciones comunes a las constituciones de los Estados miembros.

En los años ochenta se abandonó o se dejó de lado la idea de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y se intentó también elaborar un texto propio.

Precisamente, en relación con un texto propio, no se debe dejar de mencionar el constante compromiso del Parlamento Europeo; su primera tentativa de dotar de una tabla propia de derechos la constituye la Declaración de los derechos y libertades fundamentales aprobada el 12 de abril de 1989.⁵⁵ Destaca de esa resolución, en particular, el compromiso de la Unión Europea con la libertad y *seguridad* de *todo* individuo (art. 2); la prohibición de toda discriminación por razón de raza, pertenencia a una minoría nacional o social, lengua, religión... (art. 3.2); el derecho al respeto y a la protección de la identidad, el respeto a la esfera privada y vida familiar, derecho a un trabajo en condiciones justas (arts. 6, 13),

⁵⁴ J. V. Louis, «Mise en oeuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses Etats membres», *Revue Belge de Droit International*, 1977, núm. 1-2, p. 131.

⁵⁵ DOC 120, de 16 de mayo de 1989, pp. 51 y ss.

etc. Esta Resolución no tuvo demasiado impacto pero al menos el Parlamento Europeo cumplió con su obligación política de elaborar un texto propio.

Tales progresos, a pesar de ser muy relevantes, no satisfacían la idea de configurar los derechos humanos como criterio de legitimación del proceso mismo de integración. A ese objetivo respondía la doble aspiración de la adopción de un texto normativo propio y de adhesión de la Unión Europea al CEDH para someter a las instituciones europeas a un *control judicial externo*, al igual que se someten al control del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo los tribunales supremos y constitucionales de nuestros Estados.

Pero tras el paso de los años y numerosos trabajos de la doctrina europea, volvió con fuerza en los años noventa el debate sobre la adhesión al CEDH. Ante las dudas jurídicas que suscitaba, por fin, el Consejo aceptó solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia en vistas a la adhesión de la Comunidad al citado Convenio.

El TJCE estimó en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, que no había base jurídica que permitiese la adhesión, dado que ninguna disposición de los tratados confieren a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito, y que la adhesión al CEDH, que *tendría una envergadura constitucional*, sobrepasaría los límites del art. 308 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE; art. 352 TFUE). El Tribunal no se pronunció sobre la compatibilidad de la adhesión al CEDH con el Tratado, y en particular con el principio de autonomía del Derecho Comunitario, y con las competencias del Tribunal, pero exigió que dicha adhesión únicamente pudiera realizarse a través de una modificación del Tratado que incluyera tal competencia.

Dejando a un lado las justificadas críticas que mereció el Dictamen, lo cierto es que negó competencia a las Comunidades Europeas para adherirse al CEDH, salvo que se hiciera una reforma del Derecho originario atribuyendo de forma concreta dicha competencia para permitir tal adhesión.⁵⁶

⁵⁶ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Véase, por todos, el comentario de C. Escobar Hernández, «Comunidad europea y

Ya pasó el momento de analizar críticamente aquel Dictamen, pero es más que evidente que no era tanto un problema de competencia normativa expresa de las Comunidades Europeas en materia de derechos fundamentales como de obligación de respeto a un sistema de libertades y garantías. Ni las Comunidades Europeas ni los Estados miembros son *competentes* para respetar los derechos fundamentales: la cuestión central es que ambos están obligados a respetarlos. Es cierto que el respeto a los derechos humanos es una obligación para todo Estado miembro de la Unión Europea, en tanto que tal, exigible por el resto de Estados miembros y por las instituciones de la Unión Europea. Al fin y al cabo, el respeto al pluralismo político, el imperio del Derecho y el respeto a los derechos fundamentales eran y son condiciones para la adhesión de cualquier Estado europeo a las Comunidades Europeas desde los años cincuenta en su fundación. Es más, entonces, se era mucho más exigente que lo ha sido la Unión en relación con los Estados adheridos en la gran ampliación de 2004 y 2007.

Tras este Dictamen arreció la presión a favor de un catálogo propio de derechos humanos. También es cierto que los Estados miembros al adoptar los Tratados de Amsterdam (1997) y de Niza (2000), posteriores al Dictamen negativo del Tribunal de Justicia, no aceptaron atribuir la competencia expresa para la adhesión y mucho menos aún dar competencia a las instituciones para regular sobre derechos fundamentales. Luego, la *constitución comunitaria* carecía de un compromiso político con un sistema *propio* de derechos y libertades fundamentales que obligase a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros en la construcción del sistema comunitario. Faltaba una declaración *propia* de derechos y libertades que fijase unos límites a los poderes públicos y garantizase un espacio público y privado de libertad a los nacionales de los Estados miembros y a cualquier ser humano que se encuentre en el territorio de éstos.

La Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996 no aceptó modificar los tratados en el sentido insinuado por el Tribunal co-

munitario y tampoco acordó establecer un catálogo propio de derechos fundamentales al que se sujetaría su obligación ineludible. Pero tampoco se fue de la *pequeña historia* de la integración sin dejar huella en el proceso lento, progresivo y constante de contribuir al andamiaje del compromiso con los derechos fundamentales.

5. LA PROCLAMACIÓN DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS DE LA SOCIEDAD EUROPEA EN EL TRATADO DE AMSTERDAM

En efecto, el art. 6.1 del TUE, precepto incluido por el Tratado de Amsterdam de 1997, establece que el respeto a los derechos humanos y a los principios de la libertad, la democracia y el Estado de Derecho son principios comunes a la Unión Europea y a sus Estados miembros. Este precepto revela que el TUE, en su calidad de norma fundamental, articula un pacto político-social entre pueblos y Estados (que siguen siendo soberanos e independientes, dotados del derecho de libre determinación) y expresa los valores que nos unen al exigir expresamente que la Unión se base en los comunes vínculos jurídicos de sus Estados miembros con los principios mencionados.

La construcción europea no se limita, pues, a los objetivos económicos, sino que su objetivo es crear un espacio de paz, como ha reiterado en numerosas ocasiones el Parlamento Europeo, por lo que el compromiso con los derechos humanos no se circunscribe a la relación jurídica convencional entre el Estado parte del CEDH y las instituciones propias del CEDH o de otros tratados internacionales (por ejemplo, el Convenio sobre Protección de Minorías o el Estatuto de los Refugiados).

Como espacio de paz, la obligación del respeto a los derechos humanos y a su activa promoción es una obligación jurídica comunitaria (art. 6.1) y una condición esencial del éxito del proyecto europeo, por lo que es un requisito expreso de ingreso e, implícito, de permanencia de pleno derecho en la entidad política comunitaria: todo ser humano que habite en la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, ha de ser considerado beneficiario de ese valor universal y común, cual es el respeto a los derechos humanos en todo el territorio de los Estados de la Unión Europea.

El TCE, tal como se reformó por el Tratado de Amsterdam de 1998, dio un paso concreto en orden a la protección de algunos derechos fundamentales al reconocer que el Consejo de la Unión Europea puede adoptar normas para impedir las discriminaciones que no respetan la común dignidad de todo ser humano: las que son debidas a su raza, etnia, sexo, lengua, religión, discapacidad, orientación sexual, etc. (art. 13 TCE).⁵⁷ Se trata, pues, del reconocimiento de una obligación general asumida como propia y garantizada en el seno comunitario.

El malestar producido en medios sensibles a los derechos humanos, incluidos algunos Estados nórdicos, por el Dictamen 2/94 que cerraba la vía a la adhesión al Convenio Europeo, junto al hecho de que con ocasión del Tratado de Amsterdam no se lograra consenso para atribuir competencia para tal adhesión ni apenas se discutiese la posibilidad de una carta propia, fue haciendo mella en varios gobiernos.

6. UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INSTRUMENTO DEL TÓPICO INEVITABLE: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

A raíz de la adopción del Tratado de Amsterdam en 1998 han venido arreciando las voces de quienes estimaban que la Unión Europea se encaminaba desde entonces hacia un *proceso de constitucionalización* política. Se partía sesgadamente de la falsa creencia de que la Unión Europea ha estado muy poco estructurada políticamente y que carecía de objetivos políticos y de la dinámica de todo proceso político. Entienden que sólo en los últimos años, especialmente desde que una nueva ola de estudiosos se ha sumado al estudio de este viejo fenómeno, han ido forjándose nuevos instrumentos políticos que vertebran la Unión Europea y que se están iniciando los pasos y el debate que la puede llevar a definir el modelo político.

Desde hace decenas de años la doctrina europeísta viene afirmando que la integración europea estaba dotada de una constitu-

⁵⁷ En este sentido, la Comunidad Europea aprobó una Directiva que desarrollaba la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE, *DOL* 180, de 19 de julio de 2000, p. 22).

ción material. Por tanto, el sistema de la integración no era un sistema asilvestrado, al margen de toda sistematización de objetivos políticos y de una completa articulación mediante instrumentos jurídicos. Decenas de años antes de que algunos descubrieran la Unión Europea, ésta ya había pasado por la roturación que da el Derecho a cualquier grupo social organizado políticamente.

La integración europea siempre se ha articulado mediante un conjunto de normas bien precisas y completas que articulan el ejercicio de las competencias por unas instituciones con atribuciones sustantivas importantes y de trascendencia jurídica, económica y social para los ciudadanos y las empresas. Además, siempre ha dispuesto de un sistema de protección jurisdiccional frente a los actos de las instituciones comunitarias. Antes nadie negaba que en ese conjunto normativo fundamental anidaba un proyecto político de convivencia entre Estados y pueblos soberanos e independientes.

Hablar de constitución material con un valor convenido ha sido una práctica científica y jurisprudencial consciente desde hace decenas de años y no una mera concesión retórica.

Ahora bien, los tratados constitutivos ni en el pasado, ni ahora, ni en un futuro cercano serán una constitución. El tiempo ha demostrado, como ya señalamos en 2002, que el Consejo Europeo de Laeken (diciembre de 2001) *había jugado de farol* al incluir expresamente entre sus interrogantes la opción de una constitución y que esta opción se incluía para dar solución a la falta de comprensión y transparencia de la quincena de tratados. El Consejo Europeo ha mantenido, tanto en 2001 en la Declaración de Laeken como en sus Conclusiones de junio de 2007, al cerrar la crisis constitucional con su Mandato, que «... el concepto constitucional... consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado “Constitución”».

Pero la doctrina comunitarista y la jurisprudencia no se habían enredado con ese término y se había estimado que se podía decir que el conjunto de tratados era una *constitución material* con un valor convenido. En efecto, materialmente una constitución es la norma fundamental en una sociedad unida por determinados valores morales, políticos y culturales en la que se organizan los poderes, se establecen las garantías jurisdiccionales y se acuerdan unos objetivos de paz, libertad, bienestar, seguridad, que deben guiar la acción de los poderes establecidos.

Mientras que los tratados fundacionales desde los años cincuenta ya reflejaban varios de los elementos de una *constitución material* (una parte orgánica y un sistema de protección jurisdiccional), en el sistema de los tratados fundacionales y hasta los años noventa apenas los valores aparecían tácitamente reflejados en el Preámbulo de los tres tratados; entonces, la Dogmática era imperceptible, no la había realmente. Pero, en cambio, las otras dos partes clásicas de una constitución se satisfacían y se satisfacen con holgura en el sistema político comunitario, máxime ahora con la nueva sistematización del conjunto introducida por las reformas aportadas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

En efecto, ya desde su fundación en los años cincuenta la parte orgánica de los tratados era y es un ejemplo de precisión y de ingenio político: la paridad institucional, el sistema de contrapesos, la iniciativa exclusiva en manos de una institución independiente, la moción de censura sobre la Comisión, la confluencia de varias instituciones en un mismo poder ejecutivo y legislativo, el diálogo y más tarde el *triálogo* entre las instituciones, un órgano judicial, etc. Todo estaba y está precisado con detalle en los tratados. Y se ha ido mejorando en sucesivas reformas con un reequilibrio del sistema para dar acogida a la imparable demanda de mayor democracia mediante la participación del Parlamento Europeo en el proceso legislativo.

Además de una parte orgánica, ha habido y hay una parte en la constitución material dedicada a la protección jurisdiccional de los derechos y al control del ejercicio de las competencias atribuidas y de compatibilidad de las normas. Precisamente, para exigir a las instituciones dotadas de poder normativo que, al utilizar sus poderes, respeten las competencias que les han sido atribuidas, así como los procedimientos y los límites competenciales establecidos en el Derecho originario, en definitiva, para asegurar que respetarían la *constitución comunitaria* en su actividad interna y externa, para ello se previeron procedimientos como los de nulidad y omisión. Al reconocer a favor del TJCE el monopolio del control de legalidad interna y externa, se estableció un sistema de control concentrado de constitucionalidad que confirma el valor o rango *constitucional material* del Derecho originario comunitario.

7. LA PRIMERA CONVENCION: LA ELABORACION DE LA CARTA DE NIZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El origen inmediato de la Carta de Niza hay que situarlo en ese malestar al que hacíamos referencia anteriormente. El Consejo Europeo, reunido en la ciudad alemana de Colonia el 3 y 4 de junio de 1999, tomó la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales y definió los tres grupos o categorías de derechos que debería contener:

- derechos de libertad e igualdad y derechos procesales fundamentales, tal como se recogen en el CEDH y resultan de las tradiciones constitucionales comunes (los derechos civiles y políticos);
- derechos de la ciudadanía europea, reservados a los ciudadanos europeos; y
- también se deberían tener en cuenta los derechos económicos y sociales.

Los redactores de la Carta disponían, pues, de unas directrices en buena parte genéricas, pero limitativas del contenido y estructura. Esos tres ejes de articulación del conjunto de derechos eran y son ampliamente aceptados por la gran mayoría de la doctrina y se encuentran en un extenso número de textos constitucionales modernos y en textos convencionales generales sobre derechos humanos.

El Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 en cuanto tal, en esta materia, no supuso un avance reseñable en el camino de construcción de una Dogmática europea. Pero simultáneamente a la negociación de dicho Tratado se gestó la Carta de los Derechos Fundamentales, mediante un método de debate y de redacción más abierto a los medios políticos y sociales que en las clásicas conferencias intergubernamentales.

La Carta no fue discutida, pues, por una conferencia diplomática como ha sido habitual en la práctica comunitaria europea. El debate y la redacción fueron abiertos a la sociedad y transparentes: se discutió en el seno de una asamblea o *Convención* formada por poco más de medio centenar de parlamentarios nacionales, eurodiputados y represen-

tantes de los gobiernos nacionales y de las instituciones y órganos comunitarios. También tuvieron acceso a los debates, a presentar informes y propuestas, las organizaciones más diversas de la sociedad civil.

Para entender mejor el alcance de la Carta de Niza, es importante señalar que en aquellos años, 1999 a 2002, la Carta se presentaba como un instrumento de reforma del sistema político a medio plazo (*constitucionalización del Derecho originario*) y como elemento impulsor del sentimiento común de pertenencia, con el fin de fortalecer la identidad de la Unión Europea: definir nuestro patrimonio colectivo de valores y derechos, que sirvan a su vez de fundamento a las políticas comunitarias. Era un elemento de *legitimidad* democrática del sistema. La elaboración de esta Carta fue un factor determinante del impulso del debate en torno a elaboración de la Constitución Europea que finalmente embarrancó en 2005.

En general, la labor de la Convención consistió en codificar el conjunto de derechos ya admitidos reafirmando el derecho existente: fue un trabajo de revelación de derechos. Fue un trabajo de síntesis que aglutinó derechos civiles, políticos, algunos de carácter económico y social procedentes de las constituciones nacionales, del propio Derecho de la Unión Europea y de tratados internacionales; en especial, es un resumen del CEDH.⁵⁸

La Carta tiene 54 artículos y su formulación es sencilla y concisa. Pretende fijar los fundamentos más elementales en materia de derechos humanos y que sean fácilmente comprensibles y asimilables por todos los que vivan en la Unión.

El 7 de diciembre de 2000 se ponía fin en Niza, de forma solemne, al proceso de redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales,⁵⁹ al estampar su firma los presidentes del Parlamento Eu-

⁵⁸ Como señalara P. Pescatore, el antiguo juez del TJCE, es un *remake* abreviado del Convenio Europeo, enriquecido con algunos derechos económicos, sociales y administrativos, que no tienen intrínsecamente nada de fundamentales. Echa en falta que, a la cosecha de derechos plagiados de otros documentos internacionales, no añadieran otros para asegurar de verdad un alto nivel de protección, como pretendían los redactores de la Carta, y reprocha que se evitara incluir la protección de los particulares contra los excesos de los actores sociales como los partidos políticos, los sindicatos, la prensa y los *mass media*, pero estima que hacer eso les hubiera requerido algo de imaginación y coraje («Guest editorial: Nice-Aftermath», *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, p. 267).

⁵⁹ El primer texto de la Carta de los Derechos Fundamentales se publicó en el *DO* C 364, de 18 de diciembre de 2000. Pero el texto definitivo, que ha sido proclama-

ropeo (Nicole Fontaine), del Consejo (Jaques Chirac) y de la Comisión (Romano Prodi).

De la Carta se pueden resaltar los compromisos de la Unión Europea y de sus Estados miembros con todo ser humano: respeto y protección de su dignidad, derecho a la seguridad, a la vida privada y familiar, derecho a la educación obligatoria, a la educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas, a condiciones de trabajo equivalentes a los ciudadanos de la Unión Europea, derecho al asilo, confinamiento, expulsión y extradición con límites (regla de *non refoulement*), no discriminación en tanto que seres humanos, igualdad hombre-mujer, protección especial de los niños, concretos derechos laborales, etc.

Pero la CIG que elaboró el Tratado de Niza no aceptó incluir la Carta de los Derechos Fundamentales entre los contenidos del Tratado. Sólo aparecía una referencia en la Declaración número 23 remitiendo a un nuevo debate y futura CIG el interrogante de su valor jurídico.

La Declaración número 23 anexa al Tratado de Niza, preveía promover un gran debate sobre el futuro de Europa en su promesa de un nuevo Tratado en el horizonte de 2004. En el año 2001 hubo una primera *fase de reflexión abierta*. A esa fase le sucedió una segunda *fase de debate estructurado* que el Consejo Europeo de Laeken concretó mediante una nueva Convención sobre el Futuro de Europa; ahora bien, la Convención actuaba con un mandato del Consejo

do de nuevo, debe consultarse en *DO C 303*, de 14 de diciembre de 2007. Sobre este texto se hace el comentario artículo por artículo en esta obra.

En general, sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, tal como se elaboró en Niza en 2002, véase J. A. Carrillo Salcedo, «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de derecho comunitario europea*, núm. 9, 2001, pp. 7 y ss.; A. Fernández Tomás, «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: un nuevo hito en el camino de la protección», *Gaceta jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 214, julio-agosto de 2001, pp. 15 ss.; R. Alonso García, «La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 209, septiembre-octubre de 2000, pp. 3 y ss.; A. Mangas Martín, «Carta de los Derechos Fundamentales y ciudadanía de la Unión Europea», *Estudios de derecho internacional en homenaje al prof. Ernesto J. Rey Caro*, t. II, Córdoba-Argentina, Editora Córdoba 2002, pp. 985-995; A. Rodríguez Bereijo, «La Carta de los Derechos Fundamentales», *Noticias de la UE*, núm. 192, enero 2001, pp. 9 y ss.; A. Vitorino, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, núm. 3, p. 502; M. Pi Llorens, *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona, 2001.

Europeo (Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001), por voluntad de los Estados y no de la ciudadanía.

8. LA (SEGUNDA) CONVENCION PARA EL FUTURO DE EUROPA Y LA CARTA DE NIZA. EL FRACASADO TRATADO CONSTITUCIONAL DE 2004

La Declaración número 23 identificaba entre los cuatro problemas pendientes de solucionar para el año 2004 (los otros tres, simplificación de los tratados, participación de los parlamentos nacionales, delimitación de competencias) el de la inserción o no de la Carta de los Derechos Fundamentales en los tratados, adquiriendo así un valor vinculante incontestable y para que pudiera ser entonces invocada por los ciudadanos frente a las autoridades públicas comunitarias y nacionales.

Por ello, la Convención para el Futuro de Europa (la *Segunda*, pues la primera fue la que elaboró la Carta) decidió crear un Grupo de Trabajo (Grupo II) para que examinase varias cuestiones: la inserción de la Carta, la adhesión al CEDH y el acceso al Tribunal de Justicia para la defensa de los derechos humanos.

La Convención sobre el Futuro de Europa desarrolló sus trabajos entre febrero de 2002 y julio de 2003, fecha en la que adoptó el texto de proyecto del «Tratado por el que se crea una Constitución para Europa» que, a partir de octubre de ese mismo año, debatió y modificó la CIG hasta su adopción formal el 29 de octubre de 2004.⁶⁰ La composición de la Convención Europea para el Futuro de Europa estaba formada por:

⁶⁰ La bibliografía sobre el Tratado Constitucional es inmensa: F. Aldecoa Luzárraga, «Comentarios al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ¿Qué es? ¿Un Tratado o una Constitución?», *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2004, pp. 19-85; E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la constitución europea*, 3 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; J.-V. Louis, «Le projet de Constitution: continuité ou rupture», *Cahiers de Droit Européen*, 2003, núm. 3-4, pp. 215 y ss.; A. Mangas Martín, *La constitución europea*, Madrid, Intel, 2005; «La Conferencia intergubernamental de 2004: balance de un trabajo bien hecho», *Revista general de derecho europeo*, 2004, núm. 5 (www.iustel.com); «El modelo institucional de la UE en el proyecto de tratado constitucional», *Soberanía del estado y derecho internacional- homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de las Universidades de Córdoba y Málaga, 2005, t. II, pp. 805-824; O. de Schutter

- una notable representación de los parlamentos nacionales (dos por cada Estado miembro o candidato a la ampliación —56 en total—), más 16 miembros del Parlamento Europeo;
- representantes de los presidentes de los gobiernos de los Estados miembros y candidatos —28 en total—, y dos representantes de la Comisión.

El Consejo Europeo nombró, a su vez, al presidente (Valéry Giscard d'Estaing) y dos vicepresidentes de la Convención, quienes junto a nueve miembros de la Convención formaban el *Praesidium*. Otras instituciones y órganos auxiliares enviaron observadores a la Convención.

Como en la primera Convención que elaboró la Carta de los Derechos Fundamentales, esta segunda aunaba la doble legitimidad que orienta siempre el proceso europeo, la intergubernamental y la democrática, nacional y europea, con la presencia de parlamentarios nacionales y europeos junto a representantes personales de los gobiernos (muchos de ellos ministros de Asuntos Exteriores). Y, en paralelo, se alentó la formación de un foro de la sociedad civil para que expresara también sus opiniones.

La Convención organizó sus trabajos a través de grupos. La Carta de Niza de 1999 fue endosada al Grupo II, presidido por el comisario de Justicia e Interior, bien reconocido por su gran prestigio, Antonio Vitorino. Sobre el contenido sustantivo, el Grupo II acordó no alterar ni la estructura ni la redacción de la Carta; era para ellos un documento cerrado que recogía el consenso de la primera Convención. Entendía el Grupo de Trabajo que era un texto emblemático y recomendaba su inclusión como texto jurídico obligatorio. A partir de esa opción respetuosa con el contenido global de la Carta, proponía resolver algunas cuestiones más o menos técnicas: como el Tratado Constitucional tendría su propio Preámbulo, dudaban sobre la suerte del Preámbulo de la propia Carta. Este problema se resolvió, avanzada la Convención, cuando

y P. Nihoul (coord.), *Une Constitution pour l'Europe: réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruselas, Lacier, 2004; J. Vidal Beneyto, *El reto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2005; J. Ziller, *La nouvelle constitution européenne*, París, La Découverte, 2004; *La constitución de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

se decidió estructurar el Tratado constitucional en cuatro partes, y la Carta ocuparía la Parte II conservando su propio Preámbulo (arts. 61-114 de la fracasada Constitución de 2004). También se querían añadir algunas precisiones que afectaron principalmente a las disposiciones horizontales relativas a la interpretación y aplicación de la Carta.⁶¹

Sobre la primera cuestión (su ubicación en el Tratado Constitucional y su fuerza vinculante), barajó media docena de opciones (*adjuntar* la Carta como declaración solemne; hacer una referencia indirecta a la Carta en el Tratado; hacer una referencia directa en el texto del Tratado o en el Preámbulo; que fuera un protocolo anejo; o incluir la totalidad de su articulado en el nuevo Tratado). Sólo las dos últimas daban valor vinculante a la Carta; el grupo se inclinó por las dos últimas y las recomendó al Pleno, pues garantizaban el carácter vinculante y la naturaleza constitucional de los derechos fundamentales.

Otra cuestión fue adaptar las referencias a las Comunidades Europeas y al TUE, o la estructura adoptada en Niza por capítulos. Cuestiones menores que se resolvieron con esas adaptaciones técnicas sin tocar el contenido de la Carta ni el conjunto de su redacción, con alguna mínima excepción que veremos luego. Posteriormente, al decidir la CIG que la numeración fuera correlativa en todas las partes, cambió la numeración de la Carta: inicialmente en el texto original de Niza eran 54 artículos⁶² (del 1 al 54); en el fracasado Tratado Constitucional seguían siendo 54 artículos, pero su numeración era del II-61 al II-114.

También se planteó entonces el problema de las repeticiones o reiteraciones; la Segunda Convención, al incluir en la Parte I del Tratado Constitucional fracasado las normas básicas o la arquitectura fundamental, no pudo eludir un par de preceptos dedicados a enmarcar el respeto a los derechos fundamentales y especialmente presentar una síntesis de los derechos de la ciudadanía de la Unión

⁶¹ Véanse, entre otros, los documentos siguientes: el Informe del Grupo II CONV 354/02; CONV 116/02; CONV 528/03, pp. 12-13; CONV 674/03.

⁶² Tras el Tratado de Lisboa, al conferirle valor obligatorio pero sin incluirla en la estructura formal de los Tratados de la Unión Europea o de Funcionamiento, vuelve a tener la numeración original de 2001 (Preámbulo más arts. 1-54).

(eran en aquella versión los arts. I-9 y 10), derechos que se reiteran con más detalle en la Carta⁶³ (que era la Parte II de la fallida Constitución Europea). Lo mismo sucedía con el Título VI (arts. I-45 a 52; hoy Título II, disposiciones sobre los principios democráticos del TUE revisado por el Tratado de Lisboa, arts. 9-12 TUE) que proclama las bases *de la vida democrática de la Unión* y produce ciertas reiteraciones con la Carta de Niza. Pero se aceptó como inevitable la reiteración para hacer hincapié en los «componentes claves del particular modo de vida democrática de la Unión» y que «también pertenecen a los derechos *genuinamente* fundamentales». ⁶⁴ Y es más importante señalar que la Convención y luego la CIG de 2004 añadieron a la Carta de Niza algunos párrafos de gran alcance en las llamadas cláusulas transversales u horizontales.

En definitiva, al margen de esas precisiones, el articulado de la Carta de Niza fue confirmado por la Convención que redactó el fallido Tratado Constitucional incorporándola a dicho Tratado como su Parte II.

En la Parte I de la Constitución se establecía, en el precepto marco o de cabecera, que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales son los reconocidos por la Unión (art. I-9.1). Pero, además de los enunciados en la Carta, mantenía el acervo jurisprudencial de la sentencia *Nold* de 1974, antes aludida, en el sentido de que el respeto a los derechos humanos es un principio general del ordenamiento de la Unión Europea por lo que los patrones jurídicos constitucionales e internacionales seguirán también formando parte el Derecho de la Unión (art. I-9.3). La Convención rechazó, con acierto, algunas propuestas de supresión de ese párrafo, que cumple un cometido objetivo, y no sólo de homenajear justamente la labor judicial como método de protección durante casi medio siglo en la Unión Europea. Algunos con-

⁶³ Como dijo el *Praesidium* de la Convención, «tales derechos (o al menos algunos de ellos, como la libertad de circulación o los derechos de voto de los ciudadanos de la UE en el país de residencia) son específicos de la Unión y, por definición, no pueden garantizarse a nivel nacional, lo que los distingue de los demás derechos de la Carta, como por ejemplo la libertad de expresión, de religión, etc., que son análogos a los derechos fundamentales protegidos en las constituciones nacionales» (CONV 726/03, p. 3).

⁶⁴ CONV 726/03, p. 3.

vencionales proponían su supresión porque, a su vez, deseaban que no figurase ya, al tener un instrumento propio, la adhesión al CEDH. En algún caso pretendían redactarlo de otra forma suprimiendo sólo la frase relativa a que las tradiciones constitucionales y convenios internacionales forman parte como principios generales del Derecho (Borrell). Posiblemente, en este caso, les animaba la idea de la simplificación de la redacción, pero ese párrafo del Tribunal tiene ingenio y sabiduría jurídica⁶⁵ (v. epígrafes 9 y 11).

Además de su carácter obligatorio, la segunda gran novedad que introducía el fracasado Tratado Constitucional era que se facultaba a la Unión para adherirse al CEDH de 1950, en el bien entendido de que dicha adhesión no alteraba las competencias de la Unión Europea. No le confería competencias normativas en materia de derechos. Las dos novedades positivas las ha heredado el Tratado de Lisboa.

9. EL TRATADO DE LISBOA Y LA SEGUNDA PROCLAMACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE 2007

Tras los referendos negativos de Francia y Holanda, otros muchos Estados expresaron ya sin ambages su rechazo al proyecto de Tratado y al conmemorarse los cincuenta años de los Tratados de Roma, en la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007, se firmó su acta de defunción definitiva.

Una nueva conferencia intergubernamental se abrió en la reunión del Consejo Europeo de junio de 2007, bajo presidencia alemana, para redactar, conforme a un mandato preciso, numerosas modificaciones al TUE y al TCE (que al extinguirse la Comunidad en beneficio de la Unión, pasa a denominarse *Tratado de Funcionamiento de la Unión*).

Un día antes de la firma solemne en Lisboa, el 12 de diciembre de 2007, de nuevo se proclamó de forma enfática por las tres instituciones que participan del poder normativo en el seno del Parla-

⁶⁵ CONV 574/1/03 REV I, anexo, p. 58.

mento Europeo.⁶⁶ Era un texto que eliminaba algunas de las adaptaciones que hizo la Segunda Convención (por ejemplo, todas las alusiones a la Constitución Europea).

El Tratado de la Unión Europea, tras su reforma en Lisboa de 13 de diciembre de 2007, reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales de Derecho el mismo valor jurídico que a los tratados (art. 6.1 TUE), por tanto valor obligatorio, habiendo sido de nuevo readaptada al Tratado de la Unión Europea. Este texto definitivo de 12 de diciembre de 2007 es el que toma como referencia esta obra para su comentario artículo por artículo.

La CIG de 2007 no sólo se limitó a readaptar las referencias al TUE, sino que aprovechó para defenderse de ciertos contenidos o posibles interpretaciones en un largo art. 6 del TUE.

De forma defensiva, se remachan contenidos que están en la Carta, pero que se reiteran dos veces más por si acaso: el hecho de que la Carta sea un texto vinculante y garantice determinados derechos frente a los Estados e instituciones y organismos comunitarios no le confiere competencias normativas en tales ámbitos a la Unión. La Carta no puede ser base jurídica para regular sobre tales derechos ni altera las competencias ni los cometidos de la Unión Europea que sólo pueden verse fundadas en los Tratados de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión y sus protocolos anexos (párrafo segundo del art. 6.1 TUE y Declaración anexa núm. 1). Algo que no es nuevo y ya contiene el art. 51.2 de la Carta.

También se ubica en tan importante precepto del Tratado de la Unión la información sobre la existencia de unas *Explicaciones*⁶⁷ que se realizaron en la Primera Convención que redactó la Carta en 2000, readaptadas en 2004 y de nuevo readaptadas por la CIG de 2007. Informa de la existencia de esas *Explicaciones* al tiempo que ordena que los derechos, libertades y principios enunciados

⁶⁶ La redacción final fue aprobada por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007 [P6_TA-prov (2007)0573] A6-0445(2007). Había que eliminar todas las referencias a la Constitución y que la proclamaran de nuevo las tres instituciones (publicada en el *DO C* 303, de 14 de diciembre de 2007).

⁶⁷ Las *Explicaciones*, tal como han sido adoptadas por la Conferencia Intergubernamental de 2007, se incluyen como anexo a esta obra.

en la Carta tendrán que ser interpretados con arreglo a las disposiciones horizontales de la Carta (Título VII) y teniendo debidamente en cuenta las *Explicaciones* en las que se detalla el origen de cada precepto de síntesis de la Carta, y con ello se delimita su alcance, sus límites y excepciones (v. epígrafe 11).

El nuevo art. 6 del TUE no se limita a introducir la Carta como un sustitutivo de los parámetros aceptados por todos desde 1974 y codificados por el Tratado de Maastricht; la protección de los derechos y libertades en la Unión Europea tiene otros parámetros evolutivos. Con acierto, como hiciera el Tratado Constitucional, mantiene el acervo jurisprudencial de la importantísima sentencia *Nold* de 1974, varias veces citada: el respeto a los derechos humanos sigue siendo un principio general del ordenamiento de la Unión Europea por lo que los patrones jurídicos constitucionales e internacionales seguirán también formando parte del Derecho de la Unión (art. 6.3) y, de nuevo, se reitera esta concepción abierta y evolutiva en la Declaración número 1 (primer párrafo).

En efecto, con esa apertura, primero, el Tribunal de Justicia y, más tarde, los tratados desde el de Maastricht, al darle forma explícita en el Derecho positivo, abren la protección de los derechos humanos a su evolución. Así, los poderes públicos europeos y nacionales no sólo deben atenerse a la Carta de Niza, no quedan encerrados los derechos humanos en ese sólo (y parco) instrumento normativo. Al contrario, con ese sabio párrafo del art. 6.3 (antigua sentencia *Nold*) se garantiza la imbricación y apertura a las constituciones nacionales y a los convenios internacionales de derechos humanos, y así el Tribunal de Justicia recurrirá a más fuentes de protección.

Por otra parte, la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales como texto vinculante en el marco amplio del Derecho originario representó la mayor diferencia con el Reino Unido durante el Consejo Europeo de junio de 2007.

La presidencia alemana presentó como solución de compromiso su exclusión *in extenso* del articulado mismo en el seno del Tratado de la Unión o del de Funcionamiento, a cambio de que tuviera fuerza vinculante; el precio a pagar es doble. Primero, entra por la puerta trasera mediante una referencia cruzada en el art. 6.1 del TUE, pero al menos le confiere *el mismo valor que los*

Tratados. Plena fuerza vinculante. Todos satisfechos. La fórmula ingeniosa ya había sido propuesta por el Parlamento Europeo en 2000 con ocasión del Tratado de Niza.⁶⁸ Todo y siempre, paso a paso en la Unión.

Pero también su inclusión como derecho obligatorio tuvo que pagar otro precio. Se le reconoce obligatoriedad a la Carta de los Derechos Fundamentales para las instituciones y los Estados, incluido el poder judicial, pero para que se aceptara esa obligatoriedad hubo que aceptar el segundo peaje: la excepción británica y repentina, tras el verano, excepción polaca que se recoge en el Protocolo número 4 al TUE.⁶⁹ Lo insultante de este segundo peaje no es la doble excepción, sino que el Reino Unido, tras conseguir edulcorar el contenido del Tratado de Lisboa para todos, exigió a mayores la excepción sobre la Carta para su aplicación.

Los jueces de ambos Estados acogidos a la excepción no podrán examinar si las leyes y actos de esos Estados respetan o no la Carta, «salvo en la medida en que Polonia y el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional» (art. 1.2 del Protocolo núm. 4). Igualmente, si una disposición de la Carta se refiere a prácticas y legislaciones nacionales, sólo se aplicará en Polonia y el Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia y del Reino Unido (art. 2). Fueron concesiones criticables pero al menos en 25 Estados se podrá invocar y aplicar plenamente.

Es evidente que rompe la identidad de valores y arroja la duda de la Carta como instrumento de legitimidad.⁷⁰ No se respeta la intan-

⁶⁸ El Parlamento Europeo propuso entonces que si la Carta de Niza no se incorporaba al Tratado de Niza al menos fuera mencionada en el entonces art. 6.2 del TUE («La Unión respetará la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo...»). Dio lugar a un debate en aquella CIG, pero la división fue tal que no pudo ser aceptada la propuesta (CONFER 4804/00, 16 de noviembre de 2000). Finalmente, en 2007 esto ha sido aceptado.

⁶⁹ Véase A. Fernández Tomás, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid: Instel, 2008, pp. 119 y ss.; A. Pastor Palomar, «La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros», ob. cit., pp. 159 y ss.

⁷⁰ Véase J. Baquero Cruz, «What's left of The Charter? Reflections on law and Politi-

gibilidad de la Carta como instrumento pleno e igual en los 27 Estados miembros y esa fractura puede hacer daño más simbólico entre la ciudadanía que real. La excepción (*opt out*) es más espectacular o mediática que real y jurídica. Claro que nadie debe deducir que en el Reino Unido o en Polonia pueda haber *barra libre* para las violaciones a los derechos humanos.

10. ESTRUCTURA DE VENTANAS O DE DOBLE NIVEL: LAS EXPLICACIONES DE LA CARTA

Ya se ha señalado que, en general, la labor de la Convención que redactó la Carta en el año 2000 consistió en codificar el conjunto de derechos ya admitidos, reafirmando el derecho existente y que no fue un trabajo innovador de reconocimiento de nuevos derechos. Se ha dicho hasta la saciedad que fue un trabajo de *revelación* de derechos existentes.

Por ello, la Carta es un texto breve y de redacción clara; es un texto intencionadamente sencillo y casi lacónico. Indica los contenidos más elementales de cada derecho y libertad para que sean fácilmente comprensibles y asimilables por todos los seres humanos que vivan en la Unión Europea. No entra en detalles, no hace definiciones de conceptos, ni apenas establece límites o excepciones para no hacer farragosa su lectura. Nunca hace referencias al interés público o a los límites resultantes de los derechos y libertades de otras personas ni a las responsabilidades derivadas del ejercicio de determinados derechos para otras personas. Al fin y al cabo, siendo una síntesis, esa parte compleja de definiciones, límites y excepciones permanece en los instrumentos normativos de los que se toman los derechos y libertades. Pero es más que obvio que el disfrute de los derechos fundamentales tiene límites.⁷¹

cal Mythology», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, vol. 15, núm. 1, pp. 65 y ss.

⁷¹ TJCE, sentencia de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, C-292/97; entre otras sentencias sobre límites, de 30 de octubre de 1978, *Van Landuyck c. Comisión*, 209 a 215/78; 26 de junio de 1980, *National Panasonic c. Comisión*, 136/79; 21 de septiembre de 1989, *Hoechst c. Comisión* 46/87; 22 de octubre de 2002, *Roquette et frères*, C-94/00.

Por ello, se hizo necesario establecer en una de las disposiciones generales de la Carta (art. 52) que los derechos reconocidos en la misma y que correspondan a derechos garantizados en los tratados, en el CEDH o en las constituciones nacionales, su sentido y alcance serán el de los instrumentos de los que proceden. Se garantizaba así la armonía, la coherencia, en definitiva, la compatibilidad entre textos diversos y se simplificaba y aligeraba la redacción de la Carta (art. 52.2. 3 y 4), al tiempo que exigía comprobar los límites y las excepciones en tales instrumentos de donde fueron extraídos.

Por tanto, no debe engañarnos un texto así por su aparente sencillez. Tiene dos niveles de lectura.

A la ciudadanía y al conjunto de seres humanos que se encuentren en disposición de disfrutarlos se les envía un mensaje de visibilidad y accesibilidad en los 54 preceptos. En principio, les basta el texto mismo de la Carta. Ésa es una primera lectura que permite tener un panorama de conjunto.

Y cabe otra lectura más profunda y compleja si *levantamos el velo*, si abrimos *ventanas* y vemos lo que hay detrás de cada párrafo de cada precepto. Los redactores de la Carta establecieron en un documento oficial las *Explicaciones* en el que se desarrolla de forma consensuada el origen de cada derecho, libertad o principio, si es idéntico al de otro instrumento jurídico o se han tenido en cuenta varios, etc. En las *Explicaciones* nos señala ya las excepciones, los límites y el alcance de los conceptos.

La CIG de 2004, primero, y la de 2007, después, proclamaron la relevancia jurídica de esas *Explicaciones*⁷² de modo que tienen que ser «tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» (art. 6.1 TUE y 52.7 de la Carta). Luego, no son un mero documento de trabajo, sino algo más que una guía práctica en la aplicación judicial para desentrañar cada sencillo precepto de la Carta. La Carta es sólo en apariencia un texto sencillo; tiene tras de sí todo un gran edificio jurídico y juris-

⁷² El texto completo de las *Explicaciones* se puede consultar en el anexo de esta obra (también en DO C 303, de 14 de diciembre de 2007).

prudencial que satisface la exigencia de rigor y precisión de la práctica jurídica.

Cabe añadir que, aunque la Carta de los Derechos Fundamentales no prevé la suspensión de derechos y libertades en casos de guerra, graves disturbios o calamidades públicas, precisamente, debido a que debe ser interpretada y aplicada en relación con otros instrumentos internacionales, como el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes, los Estados pueden hacer uso del derecho de suspensión temporal de determinados derechos y libertades respetando en todo caso el art. 15 del Convenio Europeo como estándar mínimo común (el núcleo duro inderogable es el respeto a la vida —salvo en actos legítimos de guerra y defensa—, prohibición de torturas y malos tratos, prohibición de esclavitud y principio de *no hay pena sin ley previa*).

11. LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH.

EL VALOR DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE SU PRIMERA PROCLAMACIÓN HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

El TUE, al igual que el Tratado Constitucional, prevé la ansiada adhesión de la Unión al CEDH en el art. 6.2.

Una primera precisión debe hacerse sobre el alcance de esta previsión: en consonancia con la falta de competencia general de la Unión en materia de derechos humanos, ese precepto no otorga competencia a la Unión para adherirse a cualquier tratado internacional sobre derechos humanos. Sólo le da competencia para adherirse a ese concreto Convenio, citado e identificado por su nombre y confirmado en el Protocolo número 35 anexo al Tratado.

La Convención de 2002 ya había rechazado una redacción que entendiera abierta tal facultad a otros convenios y todas las enmiendas encaminadas a ese fin. El Grupo II, encargado de debatir esta parte, justificó esa exclusiva mención debido al Dictamen 2/94 que negaba competencia general de la Unión sobre derechos humanos, si bien no excluía la adhesión a tales convenios siempre que se reconociese la competencia general sobre dere-

chos humanos o competencia para suscribir cualesquiera convenios sobre derechos humanos en la Constitución Europea.⁷³ Ningún precepto la reconoció. Tampoco lo ha hecho el Tratado de Lisboa de 2007.⁷⁴

Algunos diputados (Badinter, Carnero y varios socialistas) creían que era una redundancia incluir este precepto que previese la adhesión futura, argumentando que bastaba reconocer la personalidad jurídica de la Unión Europea para que ésta pueda concluir los Tratados internacionales que estimase pertinentes.⁷⁵ Esto es completamente infundado, en primer lugar, a tenor del Dictamen 2/94, y en segundo lugar porque la personalidad jurídica internacional de las organizaciones no les permite sin más suscribir tratados en cualquier materia sino sólo en los ámbitos de competencias atribuidos por los Estados en el Tratado constitutivo (principio de atribución de competencias expresas). Siempre hay que retornar al Derecho de las organizaciones internacionales.

Una segunda precisión es que no es una facultad; no se dice *procurará adherirse*, como había proyectado la Convención, sino que se establece una obligación en el art. 6.2 del TUE: *se adherirá* al Convenio.

Y una tercera se recoge expresamente en el texto del art. 6.2 y es coherente con el principio de atribución de competencias, base de todo el sistema de integración. Se limitan los efectos de la adhesión, pues no podrá afectar a las competencias de la Unión, ni modificarlas ni ampliarlas.

¿Por qué tanto interés en la adhesión formal si el mencionado Convenio ya forma parte del Derecho de la Unión en tanto que principio general del Derecho? Pues, sin duda, para garantizar un *control judicial externo* del respeto a los derechos humanos. Al fin y al cabo en los Estados miembros hay también tribunales internos, entre otros el Tribunal Constitucional, que garantizan el respeto a los derechos fundamentales y, sin embargo, a mayores, estimamos muy conveniente y necesario que el Tribunal Europeo de los Derechos

⁷³ CONV 354/02; CONV 574/1/03 REV 1, anexo, pp. 55 y 58.

⁷⁴ Claro que se reconoció que para otros «convenios en materia de derechos humanos que no tienen esa “envergadura” y presentan vínculos con las competencias de la Unión, deberían bastar las bases jurídicas existentes en el Tratado» (CONV 674/03, p. 10).

⁷⁵ CONV 574/1/03 REV 1, anexo, pp. 55 y 58.

Humanos, externo a la organización estatal, lleve a cabo ese plus de fiscalización, como una garantía más y la última. Si los Estados miembros se someten a esa fiscalización y a ser parte del CEDH, es condición de facto para ser parte de la Unión, resultaría incongruente que la Unión, que comparte nuestros valores, no aceptase reconocer a la ciudadanía europea esa garantía frente a las actuaciones de sus instituciones y organismos, añadiendo un Tribunal *externo* a la Unión, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para comprobar que sus actos respetan los derechos humanos.⁷⁶

La adhesión al Convenio se inscribe en la lógica de la definición de mecanismos de protección de los derechos humanos aplicables en relación con actos comunitarios, especialmente a falta de un recurso específico de protección de los derechos fundamentales (el recurso es el general de anulación, art. 230 TUE, art. 263, párrafo cuarto TUE tras la reforma de Lisboa). Como señalara el Grupo II, se sitúa el debate en un plano más garantista y se han arrinconado las preocupaciones por la autonomía del Tribunal de Justicia. El art. 6.2 del TUE (reformado en Lisboa) sitúa a las instituciones de la Unión (y a la propia Unión) en el mismo plano en el que ya se han situado previamente los Estados miembros, cuyas actuaciones en materia de derechos humanos son susceptibles de control por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tanto el Protocolo número 35 como la Declaración número 2 del Tratado de Lisboa establecen ciertas instrucciones sobre cómo deberá llevarse a cabo la adhesión con el fin de que se tengan en cuenta las especificidades del ordenamiento comunitario, tales como la participación de la Unión en sus órganos o que no perturbe los derechos de los Estados de conformidad con el art. 15 del CEDH —caso de guerra o de peligro público— así como a las reservas interpuestas por los Estados a dicho Convenio y se preserve el nivel de diálogo entre los dos altos tribunales, el de la Unión y el de Estrasburgo. A su vez, el protocolo número 14 al CEDH,

⁷⁶ Sobre el conjunto de problemas de las relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, véase el informe encargado por la cumbre de Jefes de Estado del Consejo de Europa en Varsovia de 2005: «Conseil de l'Europe-Union européenne, Une même ambition pour le continent européen», *Rapport* de Jean-Claude Juncker.

que modifica el sistema de control del Convenio y, entre otras reformas, que permite a la Unión Europea su futura adhesión es otro paso adelante cuya culminación no será fácil debido a que dicho Protocolo, adoptado el 13 de mayo de 2004, no ha entrado en vigor, pues se encuentra bloqueado por el Parlamento de Rusia, si bien los restantes Estados del Consejo de Europa ya han prestado su consentimiento.

De todos modos, el colapso que sufre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con decenas y decenas de miles de asuntos pendientes no es una esperanza para mejorar el control externo del respeto a los derechos fundamentales en la Unión.⁷⁷

En fin, la Carta, en tanto no entre en vigor el Tratado de Lisboa, es un texto que muestra un *acuerdo político* desde su primera proclamación el 7 de diciembre de 2000 en Niza y lo sigue siendo, en la nueva redacción tras su segunda proclamación el 12 de diciembre de 2007; formalmente no es una norma jurídica inmediatamente exigible, como tal Declaración, ante los tribunales hasta que no entre en vigor el Tratado de Lisboa que le dará fuerza vinculante, pero nada impide su alegación ante los jueces y tribunales sobre la base del principio general del Derecho Comunitario de respeto a los derechos humanos y en calidad de uno de los textos que los concretan.

En efecto, como ya se ha señalado, el art. 6 del vigente TUE exige a las instituciones y a los Estados miembros el respeto a los derechos humanos en calidad de principio general del Derecho Comunitario, para cuya concreción se puede invocar la Carta de los Derechos Fundamentales. Por tanto, el contenido de la Carta forma parte del Derecho Comunitario en vigor en tanto que principio general de este Derecho Comunitario.

⁷⁷ Véase, entre otros, A. Pastor Ridruejo, «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales», en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, 2008, pp. 151 y ss.; N. Stoffel Valloton, «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias», en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), ob. cit., pp. 179 y ss.

Por tanto, dado el Derecho Comunitario en vigor en materia de derechos y libertades así como los convenios internacionales que vinculan y obligan a los Estados miembros y las propias normas constitucionales, que comprenden y concretan los derechos reconocidos en la Carta, no hay que dramatizar sobre la falta de valor jurídico vinculante de la Carta durante todo este tiempo. Lo que importa es que su contenido ya está en vigor, ya sea a título del TUE y del de la Comunidad Europea, ya sea de los instrumentos internacionales y constitucionales, y es reclamable su tutela judicial de forma inmediata ante nuestros jueces y tribunales. Es la ventaja de haber sistematizado en la Carta el régimen en vigor en los tratados internacionales y comunitarios, además de derechos que ya se protegen por nuestras constituciones.

Esta Carta por su método de discusión y redacción, por su contenido, por su adopción solemne por parte de los presidentes de las tres instituciones que adoptan los actos normativos comunitarios, por el debate que está originando y su toma en consideración por los Tribunales Constitucionales y los Tribunales de la Unión Europea⁷⁸ tiene ya un gran valor, tanto jurídico como político. A partir de la entrada en vigor de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa, que confiamos sea a lo largo de 2009, formará parte del Derecho convencional originario y será vinculante para todos, Estados miembros e instituciones comunitarias, con las salvedades hechas de Reino Unido y Polonia.

Por el pluralismo y transparencia de su debate y por ser fruto de un amplio consenso institucional e intergubernamental, la Carta ha

⁷⁸ Entre los primeros tribunales nacionales que tuvieron en cuenta la Carta, antes incluso de su primera proclamación, estuvo el Tribunal Constitucional español: así, STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 (ponente J. D. González Campos), fundamento 8. También en la STC 290/2000 y con posterioridad decenas y decenas de sentencias.

Igualmente, los Abogados Generales del Tribunal de Justicia y, más tarde, éste, además del Tribunal de Primera Instancia, han invocado en decenas y decenas de ocasiones la Carta en apoyo de sus argumentaciones sobre la protección de derechos fundamentales. Ya se han señalado algunas sentencias en las que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales en tanto que principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Véanse, entre otros, C. di Turi, «La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, núm. 4, pp. 671-686; J. P. Jacqué, «Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif. Dialogue entre le juge et le "constituent"», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, núm. 1, pp. 1-15.

sido y es, en tanto que no entre en vigor el Tratado de Lisboa de 2007, un *acuerdo no normativo* de innegables efectos jurídicos que en materia de derechos fundamentales revela los valores compartidos por todos los Estados miembros y la ciudadanía de la Unión.⁷⁹

⁷⁹ El nuevo traspié de la reforma de los tratados tras el referendo negativo en Irlanda en junio de 2008 deja a la Carta con el mismo valor de acuerdo no normativo que ha venido teniendo desde su primera adopción en diciembre de 2000. Lleva esperando ocho años para entrar en vigor y habrá de esperar aún. Sólo cabe desear que el Tratado de Lisboa pueda estar definitivamente en condiciones de entrar en vigor a lo largo de 2009 o en los primeros meses de 2010.