

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

TÍTULO VII

DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA CARTA

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 51 Y 52
*Araceli Mangas Martín
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

COMENTARIO AL ARTÍCULO 53
*José Martín y Pérez de Nanclares
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja*

COMENTARIO AL ARTÍCULO 54
*Manuel López Escudero
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

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

© los autores, 2008
© Fundación BBVA, 2008

Fundación **BBVA**

TÍTULO VII

DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN
LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN
DE LA CARTA

ARTÍCULO 51
ÁMBITO DE APLICACIÓN

- 1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.**
- 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo quinto del Preámbulo; arts. 52 y 53.
- TUE (TLisboa): arts. 1, 4-6.
- TFUE: arts. 15 y 16.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-111.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 51.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a Polonia y Reino Unido.
- Declaración núm. 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales.
- Declaración núm. 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público**Universidad de Salamanca*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este precepto pretende resolver dos cuestiones trascendentales. En su primer apartado precisa quiénes son los obligados a respetar la Carta, es decir, a quiénes obliga la Carta y en qué circunstancias o ámbitos materiales. En el segundo apartado, trata de dar satisfacción a una inquietud importante que se produce al pretender presentar o revelar el conjunto de derechos de las personas protegidas, independientemente de si la Unión carece de competencias normativas y ejecutivas en ámbitos materiales a que se refieren los derechos. No se trata de dos apartados separables, sino que están estrechamente vinculados por un mismo hilo argumental y metodológico.

El precepto se enmarca dentro de las llamadas «disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta» (denominadas así por no referirse monográficamente a derechos concretos). Los redactores de la Carta estimaron nada más empezar los trabajos que era preciso abordar cuestiones generales sobre la aplicación de la Carta (CHARTE 4123/1/00 rev. 1, 15 de febrero de 2000; CHARTE 4149/00 COVENT 13). Estos preceptos dan una

respuesta anticipada y en abstracto a la aplicación y alcance de la Carta, así como a la articulación entre estándares normativos de protección de derechos fundamentales, dada la concurrencia de diversos catálogos normativos nacionales, europeos e internacionales.

Conviene recordar que el articulado de la Carta de los Derechos Fundamentales no fue objeto de debate en la Convención para el Futuro de Europa. Sin embargo, estas cláusulas horizontales que afectan a las condiciones de aplicación e interpretación fueron casi las únicas que concitaron ciertos debates en el Grupo de Trabajo II de la Convención que redactó el fracasado Tratado Constitucional, siendo objeto de algunas reformas o adiciones tanto en la fase de Convención como en la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2004 y que se han mantenido en la CIG de 2007 con el Tratado de Lisboa.

El Grupo de Trabajo II optó por estimar la Carta como un documento cerrado y de consenso y evitó alterar su redacción y estructura para conservar los equilibrios. El Grupo II confirmó plenamente el sentido y el consenso alcanzado por la Primera Convención, la que redactó la Carta de Niza. Si acaso estimó que debía recalcar todavía más para «que no quede la más mínima duda al respecto» que el sentido del precepto es que «el hecho de que la Carta contenga derechos en ámbitos en los que la Unión no tiene, o apenas tiene competencias, no es contradictorio... la Unión debe respetar en todos sus actos los derechos fundamentales, incluidos los que se refieren a ámbitos en los que carece de competencia legislativa». También les preocupaba el debido respeto al principio de subsidiariedad y decidió que debía enfatizarse su importancia (CONV 354/02, p. 15 y anexo). Con carácter general había propuesto que cada vez que la Carta se refiera a las instituciones, se debe añadir a *los organismos y agencias*, para mayor precisión sobre los obligados por la Carta, con el fin de incluir a todos los entes creados por el Tratado o por actos de Derecho derivado.

2. LOS OBLIGADOS POR LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (ART. 51.1)

La Carta obliga tanto a las instituciones, órganos y organismos de la Unión como a los Estados miembros, cuando unos y otros actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ya sea cuando

lo aplican o cuando se acogen a sus derogaciones o excepciones. En este sentido, este precepto recoge jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE): del art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) «... se deduce que las instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho, al igual que los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión» (entre otras muchas, las recientes sentencias de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, C-354/04 P, apartado 51, y *Segi y otros/Consejo*, C- 355/04 P, apartado 51; 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, C-303/05, apartado 45). Mediante esta solución se cubren de forma homogénea todas las actividades realizadas por las autoridades nacionales y comunitarias en el marco de todas las materias atribuidas en los tratados, incluidas la más sensible en esta materia cual es Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Además, esta solución es acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que viene declarando la obligación de los Estados de respetar los derechos fundamentales cuando aplican los tratados y las normas derivadas de ellos.

En el fondo, este precepto no es ninguna novedad en sus dos apartados al codificar jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2.1. *Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea*

En el caso de las instituciones, órganos y organismos es comprensible que se recalque que la obligación de respetar la Carta es una condición de legalidad de los actos, pero que, a su vez, tales actos deben haber sido adoptados, además, en los ámbitos de competencia de la Unión y en el respeto al principio de subsidiariedad. Como el Grupo II recordara en su Informe (CONV 354/02, p. 15), «la Carta fue elaborada con el debido respeto al principio de subsidiariedad, como se desprende de su preámbulo, del apartado 1 del art. 51 y de los artículos de la Carta que hacen referencia a leyes y prácticas nacionales». Para recalcar esa vinculación con el principio de subsidiariedad y con el respeto a las competencias atribuidas propuso añadir una frase al art. 51.1 con la que se cierra ese apartado, que fue aceptado por la Conferencia Intergubernamental de 2004

con ligera modificación de redacción («y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución»). Al fracasar ésta se ha readaptado de nuevo mencionando a los tratados.

Las instituciones no tienen que velar por el respeto a los derechos fundamentales en ámbitos en los que no tengan reconocida competencia, pero tampoco deben interferir en el respeto y la protección de los derechos fundamentales en tales ámbitos. A su vez, el Tribunal de Justicia de la Unión no puede controlar la actividad de las instituciones en aquellos ámbitos donde no tenga competencia jurisdiccional. De todos modos, la acción en sentido amplio de todas las instituciones se debe guiar por el respeto a los valores de la Unión y a unos objetivos (arts. 2 y 3 TUE de Lisboa); sus concretas acciones deben ajustarse al marco de competencias previsto en los tratados, y en caso de tener competencias ejercerlas conforme al principio de subsidiariedad, especialmente cuando adopten normas de desarrollo y aplicación de derechos fundamentales.

De todas maneras, las competencias normativas de las instituciones son más reducidas que las del Tribunal en materia de derechos fundamentales, aunque sólo sea porque aquéllas no pueden legislar en asuntos que correspondan a los Estados, pero el Tribunal de Justicia de la Unión puede controlar la competencia de aplicación del Derecho de la Unión y examinar el Derecho nacional a la luz del respeto a los derechos humanos garantizados por la Carta.

2.2. *Los Estados miembros. La importancia del art. 10.2 de la Constitución Española*

La Carta obliga también a los Estados miembros. El art. 51.1 tiene una connotación restrictiva por lo que se refiere a los Estados y es coherente con el sistema de delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, basado en el principio de atribución de competencias (art. 12). La Carta, como el conjunto de los tratados comunitarios, sólo rige en los ámbitos atribuidos a la Unión Europea, por lo que el respeto a los derechos y libertades garantizados por la Carta sólo les puede vincular a los Estados cuando aplican normas de la Unión. Cuando las Cortes o los Parlamentos autonó-

micos o los ejecutivos, estatales o regionales, aprueben normas aplicando Derecho de la Unión, deberán también tomar como límite a su competencia la Carta, así como los jueces y tribunales españoles fiscalizar las actuaciones internas contrarias a la Carta. Y obviamente, en los futuros recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, la Carta debería poder ser invocada como fundamento jurídico en tales recursos, en su calidad de Derecho convencional vinculante u obligatorio y el Tribunal Constitucional deberá aplicarla (confrontarla con legislación española de aplicación del Derecho de la Unión) e interpretarla, debiendo tener en cuenta en ambas funciones la jurisprudencia del Tribunal de la Unión.

Esto no significa que haya dos estándares normativos diferentes en materia de derechos fundamentales para los Estados; el constitucional en ámbitos de soberanía nacional y el comunitario para los ámbitos cuyo ejercicio haya sido atribuido a la Unión y se adopten actos en su aplicación. Los convenios internacionales sobre derechos humanos afectan al conjunto de la actividad normativa; la Carta, por coherencia con la distribución de competencias, hace esta salvedad de que sólo es exigible a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. Pero parece inevitable que la Carta, en tanto que instrumento normativo internacional de derechos humanos, penetre en la totalidad de la actividad normativa y ejecutiva del Estado, debido al principio general de respeto a los derechos humanos y a la calidad de los destinatarios; los ciudadanos invocarán los derechos reconocidos en la Carta ante los jueces sin distinguos de si la actividad interna es competencia propia o competencia atribuida. La permeabilidad de la Carta en todo el actuar del Estado será inevitable.

Esa limitación y su posible permeabilidad a toda la actividad del Estado miembro muestra la ambigüedad de la Carta incorporada al Tratado, ya que como tal es un convenio de derechos humanos, pero restringido a los poderes atribuidos por los Estados miembros a esta concreta organización internacional que es la Unión Europea. Una salvedad así no la encontramos en otros convenios internacionales sobre derechos humanos. En efecto, los derechos protegidos en un instrumento internacional obligan al Estado Parte *en la totalidad* de sus actuaciones, al margen y fuera del marco de la organización misma que los auspició. La vocación de todo instrumento in-

ternacional de derechos humanos es ser aplicado en el marco de la competencia interna de los Estados, que irradie y penetre en su Derecho interno. Lo que ocurre es que la Carta es un instrumento elaborado en el marco de una organización internacional para el control de las instituciones y órganos de la propia organización y de sus Estados miembros, en el seno de la organización misma, cuando aplican el Derecho de la organización.

Por otro lado, en el marco constitucional español hay que señalar que el mandato del art. 51.1 de obligar al Estado en su conjunto (incluidas las comunidades autónomas y poderes locales, a todos los poderes públicos, incluidos los jurisdiccionales) es distinto del efecto que pueda tener el art. 10.2 de la Constitución Española; este precepto no diferencia entre ámbitos competenciales y requiere al juez ordinario y constitucional para que integre la Declaración Universal (texto no normativo) y los convenios en vigor sobre derechos humanos en los derechos y libertades resultantes de la Constitución. Por tanto, en nuestro ordenamiento será difícil diferenciar la sujeción de los poderes públicos a la Carta sólo en los ámbitos de competencia de la Unión, pero no es una situación originada por el Derecho de la Unión Europea, sino un efecto querido expresamente por el art. 10.2 de la Constitución Española. Desde luego, lo que no se podrá decir, por absurdo, es que la Carta prohíbe aplicarla en ámbitos ajenos a la Unión o que nadie puede invocarla en ámbitos de competencia soberana. La realidad de su invocación por los jueces y tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional español incluso antes de su adopción como texto no normativo o acuerdo entre caballeros desde noviembre de 2000, en los más variados asuntos de su competencia judicial, desmiente cualquier interpretación restrictiva [STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 (ponente J. D. González Campos), fundamento 8; también en la STC 290/2000].

Luego, el art. 51.1, más allá de su literalidad, debe ser interpretado en el contexto de la especificidad del Derecho Comunitario y de la propia ambigüedad de la Carta. Como decía un informe elaborado por la Secretaría de la Primera Convención antes de abordar las cuestiones horizontales, «la Carta no podrá, por sí misma, crear obligaciones a los Estados miembros ajenas al ámbito de aplicación del derecho de la Unión en el sentido amplio del término. Por eso una de sus disposiciones debería precisar este punto» (CHARTRE 4111/00, de

20 de enero de 2000, p. 3). Nada le ha impedido hasta ahora ni le impedirá al Tribunal Constitucional español, por ejemplo, utilizar la Carta para interpretar derechos fundamentales resultantes de la Constitución en ámbitos ajenos a la competencia comunitaria.

Al decir la Carta que los Estados sólo están obligados a respetarla cuando apliquen el Derecho de la Unión, no les prohíbe que extiendan su aplicación a otros ámbitos, pero si no lo hacen les exigen de la obligación y de su responsabilidad por coherencia con el reparto de competencias.

Precisamente en España, gracias al art. 10.2, del que se deriva la extensión a toda la actividad normativa, los jueces y el Tribunal Constitucional deben evitar la posibilidad del doble estándar de derechos fundamentales en ámbitos de competencia propia y de competencia comunitaria. El propio Tribunal Constitucional desbarató la pobre e inadecuada argumentación del Consejo de Estado sobre la posible inconstitucionalidad del entonces art. II-111 del Tratado Constitucional (actual art. 51), reconociendo que dicho precepto, de haber llegado a entrar en vigor, habría sido uno más de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales a los que alude el art. 10.2 de la Constitución Española. La Carta tendrá un doble valor en España, en cuanto Derecho de la Unión, por ser parte de un Tratado comunitario, y en cuanto pauta interpretativa de la propia Constitución Española, por obra de la propia Constitución (Declaración de 13 de diciembre de 2004; *BOE* de 4 de enero de 2005).

En definitiva, la Carta permeabiliza nuestro patrimonio de derechos y difícilmente la ciudadanía va a abstenerse de invocar la Carta si sirve a su mayor y mejor protección. También difícilmente un juez ante el que se invoque la Carta la va a desechar o va a inhibirse de su interpretación y aplicación en un ámbito de soberanía nacional. Al fin y al cabo, los derechos fundamentales se identifican en la sociedad contemporánea y en la aplicación judicial en todo Occidente con los principios generales de Derecho. En efecto, los derechos fundamentales no precisan estar formulados expresamente y en forma de regla, sino que son una fuente de inspiración que obliga a la labor judicial: desde esa categorización, los derechos fundamentales de que gozan los ciudadanos en los países democráticos son muy parecidos o iguales, produciéndose una permeabilización entre ordenamientos jurídicos prácticamente sin límite.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión es y será competente para controlar los actos nacionales en aplicación del Derecho de la Unión, a la luz de su compatibilidad con el sistema de principios y normas comunitario de protección de los derechos humanos. En el Informe explicativo sobre la Carta se remiten, para entender ese precepto, a la jurisprudencia del Tribunal.

En efecto, el Tribunal ya había declarado en varias sentencias desde 1989 que «las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan asimismo a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria» (sentencia *Karlsson* de 13 de abril de 2000, C-292/97, apartado 37; anteriormente, sentencias de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88, de 18 de junio de 1991, *ERT* C-260/89 y de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi*, C-309/96); pero también cuando los Estados se acogen a una excepción prevista en los tratados o en el Derecho derivado, pues los actos nacionales en los que se excluyen normas de la Unión pueden ser sometidos al control judicial del Tribunal de Justicia (recurso prejudicial y recurso por infracción) para declarar si respetan la legalidad (los criterios establecidos y que no hay discriminaciones arbitrarias) y el principio de proporcionalidad. No cabe otra opción: cuando los Estados exceptúan la aplicación del Derecho de la Unión se sitúan dentro del mismo, por lo que deben respetar también los derechos fundamentales reconocidos por la Unión. Si no fuera así, entonces el patrón de validez, serían sólo las constituciones nacionales y los tribunales constitucionales.

En el asunto *Tanja Kreil*, en el que se invocó la Directiva 76/207 que reconoce y protege un derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo frente a una disposición constitucional y legal alemana que impedía el acceso a las Fuerzas Armadas a las mujeres, el Tribunal estimó que la norma nacional era contraria a la protección de derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Comunitario, dado que no afectaba a la identidad nacional del Estado sino al acceso a las Fuerzas Armadas, que es una relación laboral sometida, como otras muchas, al Derecho Comunitario y, por ende, al respeto de los derechos fundamentales (TJCE, sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98).

En consecuencia, el juez comunitario y los jueces nacionales pueden controlar el respeto a la Carta en las leyes y actos internos tanto cuando desarrollan o aplican normas comunitarias como cuando el acto o la norma nacional exceptúa el Derecho Comunitario, pudiendo los jueces nacionales inaplicar leyes y actos internos contrarios a la Carta sin que deban, ni puedan, en modo alguno, plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sólo por el hecho de que la norma interna eventualmente viole derechos fundamentales reconocidos en la Carta.

Una perspectiva polémica es si el precepto que comentamos incluye el control de las acciones estatales a la luz de la Carta en ámbitos en los que la Unión no ha ejercido su competencia normativa a pesar de ser su titular formal. La perspectiva restrictiva del art. 51.1 parece llevar a la conclusión de que, en tales casos, el Tribunal de Justicia no podría enjuiciar tales actuaciones sin previa norma comunitaria en vigor y, por tanto, tampoco estarían obligados por la Carta antes de expirar el plazo concedido a un Estado miembro para la adaptación de su Derecho interno a una directiva (TJCE, 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hansgeräte*, C-427/06).

Cuando el art. 51.1 se refiere a la obligación de aplicar la Carta por los Estados, debe entenderse por *Estados miembros* no sólo a los gobiernos nacionales sino a todos los poderes públicos estatales —incluidas las Cortes, los jueces y tribunales o el Tribunal Constitucional—, poderes autonómicos, provinciales, locales o institucionales.

El Tribunal no puede controlar las actuaciones internas que pudieran ser contrarias a la Carta (del Estado, de las regiones, municipios, etc.) y que estén fuera de la competencia normativa comunitaria (TJCE, sentencias de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, C-299/95; de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi*, C-309/96). Esto no significa que los poderes públicos nacionales tengan vía libre para violar la Carta cuando actúan al margen del Derecho de la Unión, pero si violan derechos fundamentales el patrón normativo para medir la infracción será la Constitución nacional y el ordenamiento interno, y los jueces nacionales (en su caso, el Tribunal Constitucional) serán los competentes para sancionar esas conductas nacionales contrarias a los derechos humanos.

2.3. *La distinción entre derechos y principios*

Otro aspecto que llama la atención de ese apartado 1 es la *distinción entre derechos y principios* y la gradación entre respeto, protección y promoción de la aplicación. Los derechos deben ser respetados en el sentido, en primer lugar, de una obligación de no hacer, de no interferencia por parte de las autoridades nacionales (y europeas) en el disfrute de los mismos por sus titulares; los derechos subjetivos pueden ser alegados directamente por los individuos ante las autoridades y éstas deberán reconocerlos y proteger su disfrute.

Por el contrario, los principios son oponibles a las autoridades comunitarias o nacionales en el ejercicio de sus competencias. Parece deducirse, pues, que los principios no dan lugar a derechos subjetivos (aunque algunos convencionales disintieron) y que las autoridades se limitan a observarlos y a promover su aplicación mediante su desarrollo normativo (actos legislativos y ejecutivos). Éste es el caso de preceptos tales como el art. 34.1 (prestaciones de seguridad social), art. 36 (acceso a los servicios de interés general), art. 37 (protección del medio ambiente) o el art. 48 (protección de los consumidores).

El art. 52.5 también vuelve a referirse a los principios, al señalar que las disposiciones que contengan principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión); como se señalara en la Convención, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (CONV 116/02).

Pero lo que importa es que hay que deducir que la obligación de las instituciones de la Unión de promover los principios establecidos en la Carta debe ejercerse en el estricto marco de las competencias atribuidas a la Unión.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

La Carta no altera la delimitación de competencias que prevén el TUE (reformado en Lisboa) y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La Carta no puede ser fundamento jurídico para legislar en ámbitos que no se le hayan atribuido a la Unión por los tratados en vigor (más especialmente por el TFUE). La Carta no puede dar lugar a una ampliación de competencias, ni le crea competencias nuevas que no figuren en los tratados, ni modifica las atribuidas en los mismos.

Esta *tranquilidad* es lo que trata de transmitir el art. 51.2 de la Carta y el art. 6.1 del TUE modificado en Lisboa. El Grupo de Trabajo II confirmó que «la incorporación de la Carta no modificará en modo alguno el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros», recordando el consenso que hubo en esa materia en la primera Convención que redactó la Carta de Niza.

Ahora bien, si las competencias de la Unión se ampliaran, obviamente la Carta se aplicaría a las nuevas competencias.

El reconocimiento de derechos en la Carta no debe verse, en principio, como un instrumento o coartada para la extensión de las competencias normativas de la Unión. Justamente el efecto primero, al menos, es el contrario, dada la naturaleza de los derechos fundamentales; puesto que son un límite a los poderes públicos mediante la garantía de derechos individuales y colectivos. El reconocimiento de derechos fundamentales es un instrumento explícito que permite ejercer un mayor control del ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión, en la medida en que tal ejercicio viene delimitado por el respeto a los derechos fundamentales. Una norma o acto de la Unión que viole derechos fundamentales incurre en nulidad y es susceptible de ser impugnada en las condiciones establecidas en los arts. 263 y 267 (recursos de nulidad y prejudicialidad, en apreciación de validez).

Ahora bien, los redactores de la Carta tuvieron que redactar un texto de síntesis (de *revelación de derechos* existentes y protegidos ya, mediante diferentes textos normativos obligatorios) a partir de unas indicaciones aprobadas por el Consejo Europeo de Colonia el 3 y 4 de junio de 1999 que no tenían en cuenta las competencias atribuidas

a la Unión Europea. Cuando el Consejo Europeo tomó la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales, se apresuró a definir los tres grupos o categorías de derechos que debía contener:

- derechos de libertad e igualdad y derechos procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (los derechos civiles y políticos);
- derechos de ciudadanía europea, reservados a los ciudadanos europeos; y
- los derechos económicos y sociales.

Como he señalado en el estudio introductorio a esta obra, esos tres ejes de articulación del conjunto de derechos se encuentran en un amplio número de textos constitucionales modernos y en textos convencionales generales sobre derechos humanos. Pero es evidente que muchos de esos derechos desbordan el estricto marco competencial comunitario.

Los redactores de la Carta aplicaron de forma clara, a tenor de aquellas instrucciones, el *principio de indivisibilidad de los derechos*, incluyendo la totalidad de los derechos, ya sean civiles, políticos, sociales, económicos y los de solidaridad. La Carta opta por una sistematización y proclamación de la totalidad de derechos vinculables al ser humano en la Unión Europea, ya sea en función de su edad, discapacidad, relación laboral, o su calidad de ciudadano, de inmigrante, etc. Proclama todos los derechos susceptibles de ser disfrutados y protegidos en diversas situaciones y más allá del estricto marco de competencias de la Unión. No divide ni excluye derechos en función de perspectivas o situaciones o de si la Unión tiene competencias o puede incidir o no en todos los derechos reconocidos. Los engloba todos de conformidad con el principio de indivisibilidad de los derechos.

Además, la Carta de Niza se redacta bajo otra premisa importante: el *principio del universalismo* que debía inspirar a la Carta. Como advirtiera la Comisión Europea en su primer análisis, tras la aprobación de la Carta por la Convención, «la mayoría de los derechos enumerados en el proyecto se conceden a cualquier persona, con

independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia», bien con la excepción de los derechos más directamente vinculados a la ciudadanía (derechos electorales) o con determinados derechos que se vinculan a una cualidad particular [derechos de los niños, derechos de los trabajadores; *COM (2000) 644*, punto 2].

Es innegable que fue un acierto la inclusión del conjunto de derechos de que pueden gozar los seres humanos en el territorio de los Estados miembros. La Carta aprobada por la Primera Convención el 2 de octubre de 2000 y solemnemente firmada por los presidentes del Consejo, de la Comisión y del Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 y, tras nuevos retoques, de nuevo proclamada el 12 de diciembre de 2007 permite una visibilidad completa de la dignidad humana ante una diversidad de situaciones.

Ahora bien, aunque la Carta se inspira en un régimen abierto y general para todos los seres humanos que se encuentren en el territorio de la Unión Europea, la inclusión de todos los derechos para todos los seres humanos no puede tener consecuencias en el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. Pero aumenta el riesgo de causar alguna incidencia.

¿Por qué la Unión garantiza derechos que difícilmente puede vulnerar en su actividad? Los derechos garantizados en la Carta ¿darían pie a la Unión para reclamar competencia para legislar sobre las condiciones de detención policial o sobre el derecho penitenciario, o sobre las relaciones familiares (paterno-filiales, patria potestad, etc.)?

El hecho de que la Carta reconozca derechos y libertades en la esfera privada (por ejemplo, ámbito familiar, educación, infancia, etc.), o en relación con poderes públicos nacionales (derechos en el proceso penal, libertades de expresión, integridad física y moral frente a torturas o malos tratos, prohibición de la pena de muerte, etc.) no puede ser base para que la Unión pueda legislar en tales ámbitos (art. 51.2).

Los preceptos sobre derechos humanos de la Carta no son títulos competenciales para las instituciones de la Unión; al contrario, cuando ejercen las competencias atribuidas mediante concretas bases jurídicas en el TUE o en el Tratado de Funcionamiento deben añadir, a las condiciones de la base jurídica material, los criterios y límites establecidos en la Carta.

Este límite, coherente con el principio de atribución de competencias y el principio de subsidiariedad, ya había sido identificado por el Tribunal de Justicia en relación con los derechos fundamentales reconocidos como parte del Derecho de la Unión en el sentido de que el respeto y la protección de los derechos fundamentales por la normativa comunitaria no puede tener por efecto ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias atribuidas (sentencia *Grant* de 17 de febrero de 1998, C-249/96, punto 45).

Por otra parte, importa subrayar que a la luz de las competencias atribuidas en los tratados no se puede afirmar que se otorgue competencia normativa *de alcance general* a la Unión para legislar en materia de protección de derechos humanos.

Esa importante limitación es la consecuencia inmediata del principio general de atribución de competencias, coherente con la configuración de la Unión como sujeto de Derecho Internacional de carácter no estatal. Hay una clara determinación para mantener el modelo subjetivo y político de la Unión como ente internacional de naturaleza no estatal. Se confirma la posición del Tribunal en el Dictamen 2/94 cuando se aferraba a una argumentación incontestable formalmente: la Unión ni tenía entonces ni tendrá en el nuevo Tratado competencia para legislar en materia de derechos fundamentales por el hecho de incorporar la Carta. Su competencia normativa en materia de derechos humanos se limitará a los actos en el ejercicio de concretas competencias materiales atribuidas a la Unión en los tratados.

Significa, como se señaló durante los debates de la Convención (en el seno del Grupo II), que los derechos fundamentales reconocidos por la Unión sólo pueden ser efectivos en el marco de las competencias atribuidas a la Unión en los tratados (TUE y TFUE), y que la obligación de las instituciones de la Unión de respetar los derechos y observar los principios, así como promover su aplicación —que se prevé en la segunda frase del art. 51.1—, sólo se puede producir dentro de los límites de las competencias atribuidas en los tratados citados.

Pero tampoco carece de nula competencia. Claro que si hay una base jurídica en los tratados (de la Unión Europea o de Funcionamiento, o en el Tratado Euratom) que atribuya competencia expresa en casos particulares, entonces la Unión estará habilitada para le-

gislar en relación con un derecho fundamental. Esto es lo que sucede con los derechos de ciudadanía de la Unión, con los derechos socioeconómicos o con determinados derechos como el de protección de datos (arts. 286 TCE y 30 TFUE), en los que hay una base jurídica habilitadora de competencia legislativa de la Unión.

En todo caso, cuando adopte actos concretos, vinculados con una competencia material explícitamente atribuida a la Unión, por los tratados, siempre deberá legislar garantizando el respeto a los derechos fundamentales y promoviendo su aplicación, y si se trata de principios contenidos en la Carta deberán observarse y se podrán aplicar mediante actos legislativos y ejecutivos de la Unión, siempre que haya base jurídica concreta para ellos al margen de la Carta. Además, no se debe olvidar que una función esencial a la proclamación de los derechos humanos es la de ejercer de límite legal a la acción de la Unión. El respeto a los derechos humanos constituye en todo caso la condición que ha de ser cumplida para asegurar el correcto desarrollo de la medida sustantiva principal.

En definitiva, el art. 51, en sus dos apartados, que están muy unidos en la interpretación por la segunda frase del apartado primero, trata de buscar un equilibrio entre la obligación de respetar los derechos fundamentales y promover su respeto y la contención que debe guiar la labor legislativa al no disponer la Unión de competencia en materia de derechos fundamentales. El art. 51 trata de atajar una vieja polémica y un temor a que las declaraciones de derechos sirvan a la larga para una ampliación de las competencias. La cuestión es que los derechos, libertades y principios reconocidos son un límite a los poderes públicos que les obliga a no vulnerarlos. Ahora bien, en ocasiones, ya lo he señalado, a las instituciones europeas se les exige expresamente que adopten normas para poderlos ejercer y se les habilita para regular en ese ámbito. Por ello, la segunda frase del art. 51.1 establece que los derechos humanos reconocidos no sólo deben ser respetados por los poderes públicos de la Unión, sino que también deben promover su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union». *European Law Journal* 4. Vol. 8 (2002): pp. 492-514.
- BIGLINO, P. «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 14 (2003): pp. 45 y ss.
- BAQUERO CRUZ, J. «What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1. Vol. 15 (2008): pp. 65 y ss.
- BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.
- BÚRCA, G. de. «Fundamental Rights and Citizenship». En B de Witte. *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. Florencia: European University Institute, 2003. Como Documento de la Convención, CONV 703/03.
- COMISIÓN EUROPEA. «Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea». *COM (2000) 644 final*, de 11 de octubre de 2000.
- CHUECA SANCHO, A. «Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización». *Revista de Derecho de la Unión Europea* 8 (2005): pp. 85 y ss.
- CRUZ VILLALÓN, P. «La Carta, o el convidado de piedra. Aproximación a la parte II del Proyecto de Tratado/constitución para Europa». En C. Closa Montero y N. Fernández Sola, coords. *La Constitución Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 185 y ss.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia, 2002.
- LENAERTS, K. y E. SMIJTER. «A "Bill of Rights" for the European Union», *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.
- MANGAS MARTÍN, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005.
- «Incidencia del proyecto de Tratado Constitucional europeo sobre la constitución española». *Pacis Artes*, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos. Madrid: Civitas, 2005, pp. 947-976.
- «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, 2002, pp. 985-995.
- PI LLORÉNS, M. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 2001.
- SANZ ARNAIZ, A. «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». *Constitución Española y Constitución Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 51-75.
- TERAYA, T. «Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: from the Perspective of Non-derogable Rights». *European Journal of International Law* (2001): pp. 917-941.
- TRIAFYLLIDIS, D. «The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law": Restricting Fundamental Rights by Reference». *Common Market Law Review* (2002): pp. 53-64.

ARTÍCULO 52
ALCANCE E INTERPRETACIÓN
DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS

1. **Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.**
2. **Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por éstos.**
3. **En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.**
4. **En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.**
5. **Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la**

Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

- 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.**
- 7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo quinto del Preámbulo; arts. 51 y 53.
- TUE (TLisboa): arts. 1, 3-6.
- TFUE: arts. 18-25, 35, 72, 218 y 347.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 6 del TUE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-112.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 52.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Protocolo núm. 8 sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y salvaguarda de las Libertades Fundamentales.
- Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos fundamentales a Polonia y Reino Unido.
- Protocolo núm. 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.
- Declaración núm. 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales.
- Declaración núm. 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público**Universidad de Salamanca*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Es una de las cuatro importantísimas disposiciones generales, llamadas también disposiciones *horizontales* o *transversales* (arts. 51-54).

Este relevante precepto tiene varios cometidos; en primer lugar, pretende asegurar la aplicación del contenido esencial de los derechos reconocidos ante la eventualidad de límites razonables a su ejercicio. En efecto, los derechos reconocidos en la Carta no son prerrogativas absolutas y aunque carecen de límites y condiciones en su redacción, este precepto sirve de cláusula general que reconoce la posibilidad de que la norma europea o la nacional introduzcan condiciones y límites dentro del principio de proporcionalidad. En el desarrollo legislativo de los derechos, éstos pueden ser objeto de algunas limitaciones; ahora bien, el eventual desarrollo normativo no los puede alterar en su contenido esencial.

En segundo lugar, se vuelca en garantizar una aplicación coherente y equilibrada de la Carta de los Derechos Fundamentales con los tratados comunitarios, así como con los convenios sobre derechos humanos y las constituciones y legislación de los Estados miembros en materia de derechos humanos. A tal fin, también sirven los apartados 2-7. Especialmente porque la Carta de los Derechos Fundamentales es un texto breve y de redacción clara; es un texto intencionadamente sencillo y casi lacónico. La Convención que redactó la Carta hizo un trabajo de *revelación* de derechos existentes en otros instrumentos jurídicos y, por ello, remitió a algunos de esos instrumentos para concretar su aplicación. Siendo la Carta una síntesis de los derechos humanos reconocidos y regulados en otros instrumentos normativos del Derecho Comunitario, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de las constituciones y práctica nacionales, esa parte compleja de definiciones, condicio-

nes, límites y excepciones permanece en los instrumentos normativos de los que se toman los derechos y libertades.

Bastaba con establecer en una de las disposiciones generales de la Carta 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 será el de los instrumentos de los que proceden. Se garantiza 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).

La inserción de la Carta como derecho vinculante no debe ser temida como una fuente de tensión o contradicción entre diferentes estándares normativos a los que ya están obligados los Estados miembros de la Unión sobre derechos humanos. También la Carta incluye, en el precepto siguiente, una cláusula de estilo, propia de todos los tratados sobre derechos humanos, cuyo objetivo es dejar a salvo que en ningún caso el nuevo instrumento internacional de protección en caso de contradicción con anteriores en vigor supondrá una desventaja o disminución en la protección (art. 53). No rige la regla *lex posterior* en materia de derechos humanos. Mediante esta regla, que regula cualquier incompatibilidad entre tratados sobre la misma materia, se trata de evitar la *reformatio in peius*. Se garantiza que, en todo caso, de la Carta no se podrá deducir un nivel inferior de protección a los ya existentes en virtud de otras normas.

El art. 52 ha sido el precepto de la Carta que más alteraciones ha tenido respecto del texto original acordado en Niza el 3 de diciembre de 2000. En la Segunda Convención, la relativa al Futuro de Europa, que elaboró el fracasado Tratado Constitucional, la Carta de Niza de 1999 fue endosada al Grupo II. 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. A partir de esa opción respetuosa con el contenido global de la Carta, proponía resolver algunas cuestiones más o menos técnicas y algunas precisiones que afectaron principalmente a este art. 52.

En efecto, el art. 52 fue uno de los que más cambios experimentó a su paso por la Convención sobre el Futuro de Europa; no sólo se le insertaron algunas adaptaciones técnicas y de redacción, sino

también la adición de cuatro nuevos apartados (del 4-7). La mayor parte de los cambios los propuso el Grupo II (tres nuevos apartados, aunque sólo le aceptaron los apartados 4 y 5), otro el Praesidium de la Convención (apartado 6) y el último apartado lo añadió la propia Conferencia Intergubernamental (CIG) recogiendo la propuesta del Grupo II. Desde luego, ningún precepto de la Carta, salvo este art. 52, ha tenido tantos apartados añadidos.

2. LA FASE DE CONVENCIÓN Y LA FASE DE LA CIG

El Grupo de Trabajo II, encargado de decidir el destino de la Carta de Niza durante la Convención para el Futuro de Europa, hizo saber en su Informe que el art. 52.2 debía ser objeto de adaptaciones (por ejemplo, eliminar las referencias a las Comunidades Europeas y al TUE al pensarse entonces en un texto constitucional unificado) e importantes precisiones para garantizar la compatibilidad entre los derechos proclamados en la Carta de Niza de forma muy general y los derechos protegidos y detallados en el Tratado. Más exactamente, por lo que se refiere a las adaptaciones técnicas, proponía que si la Carta se incorporaba como parte de la Constitución se debería aludir en el apartado 2 a que el conjunto de derechos que tienen su fundamento en *otras partes* del Tratado Constitucional se ejercerán con los límites y condiciones allí establecidos, donde se regulan con detalle, frente al mero enunciado o resumen de la Carta (trabajadores, ciudadanía, etc.).

También el Grupo II propuso en su Informe añadir varios apartados nuevos (CONV 354/03, p. 17); uno, que reconociese la influencia de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros a través de la jurisprudencia que tanto había influido en la propia Carta y, otro, que clarificase, de cara a la mejor aceptación de la Carta como parte del Tratado, el alcance de las normas que contuviesen principios. Estas propuestas fueron aceptadas por el Praesidium de la Segunda Convención.

Y, en relación también con este precepto, el Grupo II propuso darles más publicidad a las Explicaciones que sobre la Carta adoptó el Praesidium de la Primera Convención que elaboró la Carta. Entendía que tenían gran importancia como elemento de interpretación y que

debían ser incorporadas junto a la misma Carta (actual apartado 7, aunque su inclusión se debe a la CIG de 2004 en sus debates finales).

Poco después de presentar este informe ampliamente consensuado, el Grupo II recibió el apoyo mayoritario del Pleno a los ajustes presentados a las cláusulas horizontales. Una mayoría entendía que no alteraba el contenido de la Carta y, en cambio, le daba mayor seguridad jurídica. Sólo algunos miembros alertaron sobre su falta de necesidad y el riesgo de reducir el nivel de protección, pero todos los convencionales apoyaron la inclusión del apartado que remite a las Explicaciones —consolidadas con las precisiones que añadiera la Convención para el Futuro de Europa— para la correcta interpretación y aplicación de la Carta (CONV 378/02, 31 de octubre de 2002, pp. 9-11). Sin embargo, el Praesidium no incorporó esta propuesta de aludir a las Explicaciones a pesar del claro consenso que tenía y añadió por su cuenta un nuevo apartado en el que se dice que se tendrán en cuenta la legislación y práctica nacionales para la interpretación de los derechos reconocidos por la Carta (CONV 725/03, p. 21; para ver la diferencia entre el texto de Niza y tal como sale de la Convención, v. CONV 726/03, p. 18).

A pesar de que varios convencionales, en el Pleno de mayo de 2003 (CONV 783/03, p. 9), advirtieron de que los ajustes en las cláusulas horizontales y la incorporación de las Explicaciones —readaptadas por encargo al presidente del Grupo II, el comisario Vitorino— eran esenciales para dar su apoyo a la incorporación de la Carta al Tratado Constitucional, el Praesidium desoyó parcialmente esa posición y en el texto final presentado al Consejo Europeo de Tesalónica en junio de 2003 no se incluyó la referencia a las Explicaciones como elemento básico para la interpretación de la Carta.

Este precepto fue objeto de algún cambio a su paso por la CIG. Por un lado, el Grupo de Expertos juristas de la CIG propuso algún cambio que no prosperó, como la sugerencia para sustituir el término de *ley* por el de un *acto legislativo* «al objeto de evitar cualquier confusión» y acomodarlo al término genérico que utilizaba el entonces art. I-34 —hoy desaparecido— (CIG 4/03, p. 161). Poco después, las delegaciones de Países Bajos y Reino Unido solicitaron que se reabriese el debate en la CIG sobre la suerte y estatuto jurídico de las Explicaciones readaptadas (CIG 43/03, noviembre de 2003). El Grupo, siguiendo la posición mayoritaria, estimó que se debía precisar que

las Explicaciones, aunque adoptadas por la Convención que redactó la Carta, habían sido actualizadas por el Praesidium de la nueva Convención (CIG 51/03, p. 7). La CIG barajaba entonces, a través de un documento de la presidencia italiana, que la referencia a las Explicaciones fuese en el Preámbulo de la Carta (ya que el texto original alude a las mismas) y en una Declaración aneja al Acta final, y siempre con la referencia a su actualización (CIG 60/03 add. 1, Presid 14). Sin embargo, no tuvo plena aceptación esta solución a la que se oponían varias delegaciones (Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Francia), por lo que respecta a la inclusión en el Preámbulo de la alusión a la actualización por razones de idoneidad política (CIG 50/03, p. 68), por tanto todavía fue objeto de debate ese punto durante la presidencia irlandesa del primer semestre de 2004.

En la reunión ministerial de junio de 2004 se volvió a debatir y la presidencia irlandesa propuso con varias alternativas que la referencia a las Explicaciones se incluyera con breves cambios en el quinto párrafo del Preámbulo (en vez de *a instancias* como figuraba en la propuesta del Grupo II, *bajo la autoridad* del Praesidium) y en el art. 52 con un nuevo apartado 7 que remitiera a las Explicaciones y su valor interpretativo, amén de insertar el texto de las Explicaciones actualizadas en una Declaración aneja al Acta final (CIG 80/04, pp. 20-21). Poco después, el Consejo Europeo en su reunión de junio de 2004 tuvo sobre la mesa la triple referencia tal como la había propuesto la Presidencia irlandesa (CIG 85/04, 18 de junio de 2004, p. 17) y la aceptó yendo el texto con leves retoques a completar el art. 52 (entonces, art. II-112), en lo relativo a las Explicaciones con la referencia en el Preámbulo y la Declaración que contiene el texto de las Explicaciones actualizadas.

3. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS Y LIBERTADES:

ALCANCE DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CARTA

En la teoría general sobre los derechos fundamentales, los límites a los derechos tienen que derivar de la propia norma que los declara y regula; por ello, las disposiciones que se adopten sobre limitaciones y condiciones de los derechos se ajustarán de manera razonable a la Carta y a los tratados. En materia de derechos funda-

mentales, en todo sistema de Estado de Derecho, las constituciones reconocen y garantizan los derechos y la misma norma constitucional establece los límites y condiciones; en todo caso, no se le puede permitir a la autoridad legislativa disponer del alcance mismo del Derecho o de una capacidad normativa que desnaturalice los derechos fundamentales.

Dado que la Carta pretende fijar los fundamentos más elementales en materia de derechos humanos y lograr que su texto sea fácilmente comprensible y asimilable por todos los seres humanos que vivan en la Unión, no entra en detalles sobre las condiciones de ejercicio, y lo más importante es que no establece límites o excepciones. La advertencia de la existencia de límites a los derechos reconocidos a la Carta se hace en este precepto *comodín* y se evita así una redacción repetitiva y farragosa.

El apartado 1 del art. 52 de la Carta reconoce que los derechos garantizados por la Carta pueden tener limitaciones y que éstas sólo son admisibles si se han acordado en una ley, responden a objetivos de interés general o de respeto de otros derechos, no desnaturalizan o hacen imposible el propio derecho o libertad y si son proporcionadas.

Es cierto que algunos derechos estrechamente ligados a la dignidad de los seres humanos no conocen limitaciones, como es el caso de la prohibición de torturas, pero son escasos los derechos que son prerrogativas absolutas. Hay ciertos derechos cívico-políticos que son intangibles. Pero otros no, y sobre todo en las libertades y los derechos económicos y sociales lo normal es que los disfrutemos en el marco legal de unas condiciones de ejercicio y unas limitaciones. Al cohabitar el orden jurídico nacional con el orden jurídico comunitario en un *marco dual* como el de la Unión Europea y sus Estados miembros, las limitaciones y las condiciones para el disfrute de los derechos fundamentales pueden venir también del orden jurídico supranacional.

Lo que puede concitar algunas dudas es la utilización del término *ley*; de hecho esa ambigüedad ya fue detectada por los servicios jurídicos durante el debate de este precepto. Sin duda, la redacción enlaza con la clásica referencia en los sistemas nacionales al ejercicio de los derechos *con arreglo* o *en la forma prevista por la ley*. Por tanto, los actos legislativos europeos —los reglamentos, directivas y de-

cisiones adoptados conjuntamente por el Consejo y el Parlamento Europeo—. Pero también la ley nacional.

Ahora bien, los límites que introduzca la legislación europea o la nacional deben ajustarse a las condiciones para su admisibilidad como tales límites: respetar su contenido esencial, servir al interés general y respetar los derechos y libertades de los demás. Los objetivos de interés general tienen que ser reconocidos por la Unión; tales objetivos vienen predeterminados en los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), adoptado en Lisboa, que enuncian los valores y objetivos generales y en otros preceptos específicos donde se detallan los objetivos o se reconocen límites más concretos (arts. 5, 26 y 41 TUE adoptado en Lisboa y arts. 45. 3, 36 y 346 TFUE).

Y todo ello en el respeto al principio de proporcionalidad, lo que significa, a la luz de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no pueden rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el disfrute del derecho reconocido, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

El reconocimiento de límites a los derechos fundamentales no es una novedad en el Derecho Comunitario, como tampoco lo es en el orden nacional. El art. 52.1 recoge y reproduce la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia desde hace muchos años: numerosos derechos fundamentales, lejos de aparecer, incluso en las mismas constituciones nacionales, como prerrogativas absolutas, «deben ser considerados en vistas de la función social de los bienes y actividades protegidos», y que en el orden comunitario la aplicación de ciertos límites vendría justificada «por los objetivos del interés general perseguidos por la Comunidad» (TJCE, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73).

De forma más precisa, en otra sentencia posterior afirmó que pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos, siempre que tales restricciones «respondan efectivamente a objetivos de interés general» perseguidos por la Unión y «no constituyan, a la vista del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos» (TJCE, sentencia de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, C-292/97; entre otras

sentencias sobre límites, de 30 de octubre de 1978, *Van Landewyck 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).

En el sencillo y breve texto de la Carta no aparecen las limitaciones a los derechos y libertades. Dado que la Carta es una redacción de síntesis de muchos textos constitucionales, internacionales y comunitarios sobre derechos humanos y libertades, evitó, por economía de redacción, reiterar las condiciones de ejercicio y las limitaciones. Luego, hay que atenerse a las limitaciones y condiciones en los textos de origen de los derechos y libertades (referenciados en el Informe explicativo) y al propio Derecho de la Unión.

En ese orden de cosas, cabe recordar que la Carta no contiene una disposición en la que se establezcan excepciones o suspensiones de los derechos y libertades en caso de estado de guerra (interna o internacional), o de alarma por gravísimos atentados al orden público o de extremas calamidades públicas que amenacen a un Estado. En el CEDH es el art. 15; en general, todos los convenios internacionales sobre derechos humanos la prevén.

También algunas constituciones nacionales suelen incluir un precepto semejante en el que se prevé qué derechos humanos podrían quedar en suspenso y cuáles no, identificando un núcleo duro e inderogable. Pues bien, un precepto semejante no se ha incluido deliberadamente en la Carta, pero es evidente que el art. 15 del CEDH es una norma umbral para todos los Estados miembros, que una suspensión de derechos humanos decretada por un Estado miembro que respete ese art. 15 del CEDH no vulnera la Carta, y que los tratados comunitarios permiten y justifican a tenor del art. 4.2 del TUE de Lisboa (funciones esenciales del Estado).

En efecto, la Unión se compromete de forma detallada en el art. 4 a respetar «las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional». Es una consecuencia del respeto a la identidad nacional y, por tanto, del derecho indiscutible de los Estados que forman la Unión a la permanencia del Estado como tal sujeto del Derecho Internacional con todos sus atributos, en el pleno disfrute de su estatuto internacional de Estados soberanos e independientes.

La Unión no puede interferir ni perjudicar o impedir que el Estado adopte y ejecute las decisiones que mejor convengan a sus responsabilidades ante sus ciudadanos, especialmente en situaciones de crisis. El compromiso jurídico y político con la Unión debe ser respetado en los ámbitos concretos atribuidos a la Unión, pero también la Unión debe permitir al Estado desenvolverse como tal en el orden interno y externo, y de forma especial tiene preferencia el cumplimiento de las obligaciones del Estado cuando se trata de preservar su integridad territorial, el orden público y la seguridad nacional o hacer frente a una calamidad de la naturaleza. En definitiva, la seguridad interna y externa del Estado es un *a priori* del sistema jurídico-político de la Unión.

Dado que la permanencia del Estado es una condición *sine qua non* de la existencia misma de la Unión, su salvaguardia es una cuestión *prejurídica* que no admite condicionantes ni subordinación al Derecho de la Unión. El Estado miembro tiene derecho a ejercer sus funciones esenciales en orden a su conservación sin más límites que los del Derecho Internacional (respeto a los núcleos duros de los convenios sobre derechos humanos —art. 15 CEDH— y al Derecho Internacional humanitario).

Por tanto, el Estado puede utilizar todos los medios del Estado de Derecho para defenderse en caso de calamidades ocasionadas por la naturaleza o disturbios, actos de sedición o rebelión, amenazas o violaciones de su integridad territorial, amenazas o actos terroristas, etc.

Son varias las disposiciones de los tratados que nos recuerdan ese derecho del Estado miembro a su autoconservación cuando las funciones esenciales del Estado son atacadas, entre otros, el art. 64 del TCE (art. 74 TFUE) vuelve a reiterar el respeto a las responsabilidades de los Estados en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Por ello, aunque la Carta de los Derechos Fundamentales no prevé la suspensión de derechos y libertades, 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 de

fensa—, prohibición de torturas y malos tratos, prohibición de esclavitud y principio de *legalidad penal*).

4. COHERENCIA Y CONTINUIDAD JURÍDICA ENTRE LA CARTA Y EL RESTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Este apartado 2 del art. 52 nos recuerda que nos seguimos moviendo en la idea de que los derechos y libertades contenidos en la Carta no son *originales*, que no son una novedad, sino una mezcla lo más pedagógica y sencilla del Derecho en vigor, y en la idea de que los derechos y libertades enunciados en la Carta tienen límites aunque no figuren en el enunciado de los derechos sustantivos.

La Carta advierte que los derechos que figuran en la misma y que también figuran en los tratados comunitarios se ejercerán en las condiciones y límites que se definen en *esas* otras partes, entre otras cosas porque prácticamente todos los derechos de los ciudadanos de la Unión y otros que se reconocen a los trabajadores, comunitarios o de terceros Estados, o a todos los seres humanos (no discriminación por razón de sexo), y que figuran en la Carta, son anteriores a la misma, y están regulados con todo detalle por los tratados vigentes (TCE antes de 2009 y desde entonces el Tratado de Funcionamiento de la Unión) y normas de Derecho derivado. No debe olvidarse que las normas de Derecho derivado actuales seguirán en vigor tras suceder la Unión a la Comunidad Europea una vez se extinga ésta cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, así como debe respetarse toda la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia de la Unión.

Por tanto, derechos como el de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, el de participación en las elecciones europeas y municipales, derechos laborales y de seguridad social, el de protección de datos o el de acceso a los documentos se deben entender precisados y desarrollados por las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y las normas derivadas en vigor, tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con el alcance que en ellas se detalla, y no se pueden disfrutar sin reunir y respetar las condiciones exigidas en los tratados y en las normas de Derecho derivado.

El art. 52.2 confirma que los derechos que figuran en la Carta y se regulan en los tratados en vigor seguirán sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen. Es una cláusula de remisión que garantiza la seguridad jurídica y la continuidad de los derechos. En definitiva, la Carta no modifica los derechos que ya se nos han reconocido en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (a partir de 2009/2010, TFUE) ni el régimen de ejercicio de los mismos.

5. LA APERTURA AL CEDH: LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA CARTA Y EL CONVENIO

El art. 52.3 aborda el mismo problema ahora desde la perspectiva de la coherencia entre la Carta y el CEDH y sus protocolos adicionales. Si los derechos que figuran en la Carta se corresponden con derechos garantizados del CEDH, entonces su sentido, alcance y sus limitaciones serán las mismas que prevé el Convenio de 1950 (y sus protocolos), tal y como han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (el Tribunal *de Estrasburgo*). A su vez, cuando el legislador comunitario legisle y afecte a tales derechos podrá tener en cuenta el alcance y limitaciones del CEDH y su jurisprudencia.

Cabe recordar que para muchos convencionales tenía gran importancia el apartado 3, relativo a la compatibilidad de la Carta con el CEDH, hasta el punto de reconocer que ese apartado formó parte del consenso global para la adopción de la Carta durante su elaboración en Niza.

Esta cláusula de apertura al CEDH y a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo no afecta formalmente a la autonomía del Derecho de la Unión. Esta autonomía se respeta al representar esta cláusula sólo un umbral: por lo menos se nos garantiza que los derechos de la Carta cuyo origen estén en el CEDH tendrán la misma protección que allí se garantice. En efecto, el nivel de protección garantizado en la Carta nunca podrá ser inferior al del Convenio Europeo. Y al contrario, si la Unión estima que se debe alcanzar una protección mayor en algunos de esos derechos que figuran en el CEDH, esta cláusula de apertura no podrá poner techo a una mejor protección

(última frase del art. 52.3). Ya hace tiempo que en algunas materias el Tribunal de Justicia de la Unión superó los niveles de protección del Tribunal de Estrasburgo (por ejemplo, en materia de tutela judicial efectiva).

Sin embargo, no puede ocultarse que el TEDH viene afirmando su competencia sobre la totalidad del espacio jurídico europeo y en relación con todos los actos de los Estados parte independientemente de si aplican obligaciones jurídico-internacionales. Se reconoce así que los Estados parte del Convenio no pueden desentenderse de sus obligaciones internacionales derivadas del mismo por el hecho de la atribución de su ejercicio a las instituciones comunitarias, pero su jurisprudencia suscita fricciones con frecuencia por su deliberada actitud de ignorar el Derecho Internacional general al que la Unión Europea como comunidad de derecho sí está sujeta [v., entre otras, las sentencias del TEDH: *Matthews c. Reino Unido* (GC) núm. 24833, ECHR 1999-I; *Bosphorus Haya Yollari Turzim ve Ticaret Aonim Sirketti c. Irlanda –Bosphorus Airways*, GC núm. 45036/98, ECHR 2005].

6. LA CONVIVENCIA DE LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES Y EUROPEOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La misma lógica de coherencia exige la Carta con las constituciones nacionales y las legislaciones y prácticas nacionales (art. 52.4 y 6). Conviene recordar, como se hace en los primeros epígrafes relativos a este precepto, que esta exigencia no figuraba en el texto recibido de la Convención que elaboró la Carta de Niza en el año 2000. Estos apartados 4 y 6 del art. 52 los añadió la Convención sobre el Futuro de Europa al redactar el proyecto de Tratado Constitucional y han sido mantenidos por las Conferencias Intergubernamentales (CIG) de 2004 y 2007.

Mediante estas cláusulas de apertura a las constituciones y desarrollos legislativos y jurisprudenciales, se trata de evitar divergencias entre el enunciado simple de los derechos en la Carta y los conceptos arraigados en el interior de los Estados miembros. Al fin y al cabo, la Carta no pretende sustituir a las constituciones nacionales en materia de protección de derechos humanos.

Su incorporación estaba plenamente justificada para tratar de forma igual los estándares constitucionales, los parámetros del Derecho Comunitario o del Convenio Europeo. Todos ellos forman parte del pluralismo jurídico europeo en materia de derechos fundamentales.

Tanto para la Convención como luego para la CIG, la razón de insertar la obligación de coherencia entre los diferentes estándares normativos de derechos humanos se debe a la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales como texto vinculante que forma parte de los tratados desde el momento en que entre en vigor el Tratado de Lisboa. A partir de 2009 o 2010 será plenamente obligatoria para todos los poderes públicos nacionales cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51 de la Carta).

La propia Carta predica en el art. 52.4 y 6 una interpretación armoniosa de los derechos proclamados en las constituciones, así como la obligación de tener en cuenta la legislación y las prácticas nacionales a la hora de aplicar e interpretar la Carta. Se trata de garantizar que la protección de los derechos enunciados en la Carta y que tengan su origen en las tradiciones constitucionales se desarrollen y se apliquen en armonía con éstas, y por tanto nunca pueda ser inferior a la dispensada por nuestras constituciones.

Pero, claro, también significa que los derechos de *procedencia* constitucional nacional introducen también sus propios límites, y que no ofrece la misma seguridad jurídica la transposición de las definiciones, condiciones de ejercicio y límites del CEDH que los de una multiplicidad de ordenamientos nacionales. En parte, es un reforzamiento de las competencias estatales, aunque hay que ponderar que también permitirá salvar problemas graves de incompatibilidad entre opciones de la Carta y tradiciones arraigadas en algunos Estados miembros.

La aplicación e interpretación armoniosa de los textos constitucionales nacionales y europeos es imperativa para todas las jurisdicciones en todos sus niveles. Esto es así porque la protección de los derechos fundamentales ya formaba parte del contenido obligatorio de nuestra pertenencia a la Unión Europea. El respeto a los derechos fundamentales que garantiza el sistema comunitario y que es propio de ese sistema (tutela judicial, reparación patrimonial, derecho de audiencia, derechos sociales y económicos, etc.) ya obligaba

a las autoridades a reconocerlos, y, en su caso, a nuestros jueces a protegerlos en caso de litigio judicial. Así pues, el estándar constitucional queda plenamente garantizado e insertado en el Tratado.

La alusión a las tradiciones constitucionales como fuente de protección de derechos fundamentales en el orden comunitario no fue una invención del Grupo II de la Convención. Al contrario, conecta con el acervo jurisprudencial de la sentencia *Nold* de 1974, antes aludida, en la que el Tribunal comunitario reconoció que los patrones jurídicos constitucionales forman parte del principio general del ordenamiento de la Unión Europea (lo que se consagra en el mismo Tratado de la Unión, tanto el adoptado en Maastricht como el de Lisboa, art. 6.3). Con esa apertura a los patrones jurídicos constitucionales e internacionales, primero el Tribunal de Justicia en su sentencia *Nold*, más tarde los tratados (art. 6.3 TUE adoptado en Maastricht), 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, parte integrante del Derecho originario desde 2009, no quedan encerrados los derechos humanos en un sólo instrumento normativo.

Al contrario, 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. No puede haber techos o límites a una mejor y más amplia protección de nuestros derechos. Como se dijo en un informe de la Convención, «la integración de la Carta no es óbice para que el Tribunal de Justicia recurra a ambas fuentes para reconocer otros derechos fundamentales que podrían derivar, por ejemplo, de la posible evolución futura del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes. Ello es conforme a la doctrina constitucional clásica, que nunca interpreta como exhaustivos los repertorios de derechos fundamentales de las constituciones, con lo que admite el reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en función de la evolución de la sociedad» (CONV 528/03, p. 13). El respeto a los derechos humanos es un principio general del Derecho y no se funda en un texto normativo cerrado.

Previsiblemente, los particulares van a invocar en los procesos ordinarios los derechos fundamentales protegidos por la Carta para pedir que se inapliquen, ya sean normas nacionales con fuerza de

ley, ya sean normas comunitarias derivadas. En ambos casos, el juez ordinario optará, según los casos, por resolver directamente el problema como hasta ahora lo ha hecho, inaplicando la ley interna cuando era incompatible con la norma comunitaria protectora de derechos y confirmando la validez de la norma comunitaria; o, en caso de duda sobre si la norma derivada viola o no derechos fundamentales —protegidos por los tratados comunitarios o por la Constitución nacional—, planteando la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), siguiendo tanto la doctrina comunitaria (sentencia *Simmenthal* de 1978) como la doctrina constitucional (STC, sentencia sobre la *LOREG-Elecciones al PE*) sin que deba plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), cuyo presupuesto o condición es que la norma aplicable al caso sea una disposición con fuerza legal y previsiblemente contraria a la Constitución.

La Carta tendrá, por tanto, efectos beneficiosos en una convergencia constitucional y europea en materia de derechos fundamentales. No debe ser tomada como un texto aislado. Nuestras constituciones nacionales en materia de derechos fundamentales no tienen un rango inferior a aquélla: ya desde la citada sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974 los niveles constitucionales de protección de derechos fundamentales forman parte del Derecho Comunitario, por lo que «no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos» en los estándares constitucionales o del CEDH y otros textos internacionales (TJCE, sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89). El Tratado de la Unión, desde su adopción en Maastricht, recoge esta posición en el art. 6.3 (también art. 6 TUE de Lisboa). Los arts. 52.4 y 53 de la Carta integran los diferentes niveles de protección de derechos.

El juez nacional debe ponderar unas y otras normas en caso de eventual contradicción, de la misma manera que lo debe hacer el Tribunal comunitario. Éste ya se ha enfrentado a varias situaciones de conflicto entre los estándares constitucionales y europeos con soluciones diametralmente opuestas fruto de esa ponderación.

Así, en una ocasión muy relevante, el Tribunal comunitario entendió que, frente al Derecho Comunitario fundamental de libre circulación de mercancías, debía tener prioridad el derecho de manifestación previsto y protegido por una constitución nacional

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

También aceptó una excepción no prevista a un derecho fundamental comunitario para salvaguardar un derecho fundamental constitucional como la libertad de prensa y evitar la desaparición de los pequeños editores (TJCE, sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress*; o la sentencia de 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, Rec., p. I-7411, apartado 65). En sentido inverso, no menos relevante e impactante, pero con solución muy distinta, fue el asunto *Kreil*, relativo al derecho de una mujer a acceder a un empleo en las Fuerzas Armadas en igualdad con los varones. Para el Tribunal la exclusión general prevista entonces en la Constitución alemana vulneraba el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, la Directiva 76/207 se oponía, según fallo del TJCE, a la aplicación de disposiciones nacionales como las del Derecho alemán que excluían de manera general a las mujeres de los empleos militares. Para el Tribunal, el acceso a las Fuerzas Armadas es una relación laboral sometida, como otros empleos, al Derecho Comunitario. Se decantó a favor de la primacía de una norma de Derecho derivado que protege un derecho fundamental de todo ser humano a la igualdad de trato frente a la norma nacional que organizaba la composición de las Fuerzas Armadas (sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98).

Más recientemente, ha vuelto a recordar en relación con la aplicación de unas directivas y las normas nacionales de transposición que podían colisionar con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (respecto a la intimidad) y el art. 8 de la Carta (derecho a la protección de los datos personales) que, «... el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpreta-

ción de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad» (TJCE, sentencia de 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España c. Telefónica de España*, C-275/06, apartado 70; 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, apartado 87, y de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C-305/05, apartado 28).

También el Tribunal ha tenido que pronunciarse entre la compatibilidad de la libre circulación de mercancías (material pornográfico) y el interés superior del niño protegido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y por el art. 24 de la Carta de Niza, a la que cita expresamente, declarando que «la protección del niño constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE, como la libre circulación de mercancías», en relación con la prohibición de venta y entrega por correo de soportes gráficos que no han sido objeto, por la autoridad competente, de un control y de una clasificación a efectos de la protección de los menores y que no llevan una indicación, que emane de dicha autoridad, de la edad a partir de la que pueden verse, por lo que para el Tribunal tal prohibición, en tanto no se haga ese control y clasificación, constituye una medida que protege al niño contra toda información y material perjudiciales para su bienestar (TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06, fundamento 42).

Otro ejemplo es el art. 10 de la Carta, que proclama que toda persona tiene derecho a «la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos», lo que puede chocar aparentemente con el principio de laicidad de varias constituciones, entre ellas, la de Francia. Pues bien, gracias al efecto *balsámico* de este art. 52 de la Carta con sus aperturas al Convenio Europeo y a las tradiciones constitucionales, el Consejo Constitucional francés estimó que el citado art. 20 (en aquel momento II-70), cuyo origen procede del Convenio Europeo y en el que se reconocen ciertos límites a esa libertad de prácticas religiosas, no es incompatible (y no exige en ese punto la revisión de la Constitución Francesa) con la proclamación de ésta en su art. 1:

«Francia es una República laica», y permite una lectura y aplicación en armonía con las tradiciones francesas que prohíben a todos prevalerse de sus creencias religiosas para vulnerar las reglas comunes de convivencia entre colectividades públicas y los particulares (Decisión del Consejo Constitucional de 19 de noviembre de 2004).

Estas cláusulas de compatibilidad entre diferentes instrumentos sobre derechos humanos demuestran que no puede haber estándares normativos estancos y que nuestros derechos no pueden variar en función de la competencia normativa nacional o comunitaria. La Carta permeabiliza nuestro patrimonio de derechos, y difícilmente un ciudadano va a abstenerse de invocar la Carta si sirve a su mayor y mejor protección frente a una norma de puro Derecho nacional. No menos fácilmente un juez ante el que se invoque la Carta la va a desechar o inhibirse por ser ámbito de soberanía nacional. Al fin y al cabo, los derechos fundamentales se identifican en el sistema europeo con los Principios Generales de Derecho produciéndose una permeabilización prácticamente sin límites. De todas maneras, es de prever que en casi la totalidad de las situaciones, como dijera el Tribunal Constitucional español en su Declaración de 13 de diciembre de 2004, «es del todo claro que la aplicación por el juez nacional, como juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional» (*BOE* de 4 de enero de 2005, fundamento 6).

En el requerimiento del Gobierno al Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad entre la Constitución Española y el fallido Tratado Constitucional que dio origen a la Declaración anteriormente citada, se preguntaba si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la Carta era conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia. Con ironía responde el Tribunal Constitucional que las dificultades hermenéuticas que pueda provocar la Carta no pueden ser mayores que las que ha provocado el CEDH, y tiene en cuenta que la propia Carta remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y esa jurisprudencia ya está integrada en nuestro ordenamiento vía art. 10.2, por lo que no añade obligaciones interpretativas este art. 52 (entonces art. II-112). El propio Tribunal Constitucional reconoce con mucho sentido común y rea-

lismo que, si hubiera problemas de articulación entre el pluralismo normativo que plantea el Tratado, esos eventuales conflictos «no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto y sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podemos conocer» (fundamento 6). Al igual que hace el Tribunal comunitario, habrá que ponderar las circunstancias de cada caso.

El mandato del art. 52.3, dirigido a todos los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios, con el fin de tener en cuenta el CEDH y la interpretación del Tribunal de Estrasburgo (lo que ha sido compendiado en la expresión *todos los caminos llevan a Estrasburgo*) no es nuevo para algunos tribunales constitucionales como el español, que añade al mandato constitucional del art. 10.2 de la Constitución Española relativo a tener en cuenta los convenios internacionales de los que España es parte, el mandato comunitario del art. 52.3. No habrá dos ni tres estándares, sino unos vasos comunicantes, una retroalimentación.

7. LA DELGADA LÍNEA ROJA ENTRE PRINCIPIOS Y DERECHOS

El Preámbulo mismo de la Carta aprobada en Niza se cerraba con una frase un tanto enigmática, objeto de un importante consenso (como toda la Carta): «En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación». Obviamente, esta frase se mantiene en el citado Preámbulo, pero apenas se volvía a hacer otra mención a la distinción entre derechos y libertades, por un lado, y principios, por otro, en el art. 51.1 (los Estados miembros y las Instituciones «... respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación...»).

Fue el Grupo II presidido por el comisario Vitorino el que propuso un apartado en este art. 52 que clarificase el distinto alcance de unos y otros (CONV 354/02, p. 8). Se parte de la diferencia entre los derechos subjetivos o derechos justiciables, cuyo disfrute debe ser respetado, es decir, generan fundamentalmente (aunque no exclusivamente) una obligación de no hacer, de respeto, de no interferencia; frente al concepto de principios, que no generan derechos subjetivos inmediatamente exigibles.

En palabras del Presidente del Grupo II, los principios no conceden derechos automáticamente a beneficios concretos, sino que requieren actos de aplicación (CONV 378/02, p. 12). Las instituciones europeas y nacionales deben *observarlos*, y para ello puede que tengan que desarrollarlos mediante actos legislativos y ejecutivos. Los principios enunciados en la Carta deben ser observados, es decir, tenidos en cuenta en la promoción de las políticas, y deben servir para la interpretación y control de los actos adoptados en su desarrollo. Los principios pueden ser tenidos en cuenta por las jurisdicciones cuando tienen que interpretar y aplicar los actos adoptados para el desarrollo de los principios. Así lo ha venido haciendo el TJCE basándose en esa distinción en materia de política social, agraria o medioambiental; confronta los principios que deben ser *observados* con las normas de desarrollo de esas políticas.

Es posible que la redacción de este nuevo apartado 5 pueda diluir la obligación de observar los principios y los derechos que se derivan de tales principios que se enuncia en el art. 51.1, al condicionarla a la aplicación de los actos legislativos y ejecutivos comunitarios y nacionales en ejecución del Derecho de la Unión. Algunos miembros de la Convención consideraron que ese nuevo apartado haría perder fuerza legal a la Carta, además de no clarificar qué preceptos de la Carta formulan principios y cuáles garantizan derechos, como algunos convencionales manifestaron en uno de los primeros plenos (CONV 378/02, octubre de 2002, p. 10).

Las consecuencias serán bien distintas dependiendo de que cada precepto de la Carta sea considerado derecho o principio.

Significa, como se señaló durante los debates de la Convención, que los derechos fundamentales reconocidos por la Unión en sus tratados sólo pueden ser efectivos en el marco de las competencias que definen los tratados en cuanto tales y no en la Carta misma, y que la obligación de las instituciones de la Unión de respetar los derechos y observar los principios, así como promover su aplicación —que se prevé en la segunda frase del art. 51.1—, sólo se puede producir dentro de los límites de las competencias atribuidas por los tratados a la Unión.

No parece improbable que, tras la inclusión de este apartado que enfatiza la diferencia entre derechos justiciables y principios *no* justiciables, siempre que tenga competencia la Unión, se esconda el deseo inconfesado de apartar los derechos económicos y sociales

que no podrían dar lugar a reclamaciones inmediatas con fundamento en la Carta, pues requerirían acciones positivas y la previsión de los gastos sociales. En este orden de ideas De Búrca estima que no se debió introducir dicho apartado que reabre y altera el contenido sustantivo de la Carta, además de ser muy simple la distinción polarizada en la justiciabilidad (2003, 23-24). Tanto en el fracasado Tratado Constitucional como en el Tratado de Lisboa, la Unión Europea sigue sin tomar en serio los derechos humanos.

8. EL VALOR DE LAS EXPLICACIONES ACTUALIZADAS DE LA CARTA

Tras lo dicho a propósito del art. 52, no debe engañarnos la aparente sencillez de la Carta. 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. 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 los tratados comunitarios, otros convenios y constituciones que hay detrás de cada párrafo de cada precepto.

Por ello, los primitivos redactores de la Carta establecieron en un documento oficial el Informe explicativo 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 estas *Explicaciones* se nos da la herramienta de interpretación adecuada para la comprensión de la Carta. En las *Explicaciones* se nos señalan las excepciones, los límites y los conceptos, y con frecuencia se reproduce el precepto original del que se hizo la síntesis o del que se tomó la definición.

Ahora bien, esas *Explicaciones* no eran fácilmente asequibles ni para el público ni para los profesionales del Derecho y no se aludía a ellas en la Carta misma. El Grupo II de la Convención para el Futuro de Europa logró que se aludiera a ellas en el retoque que le hizo al Preámbulo (quinto párrafo) pero no en el art. 52 con un nuevo apartado (CONV 354/02, p. 10), que rechazó el Praesidium por estimar que si se añadían a la Carta tendría su mismo valor jurídico (CONV 674/03, p. 11).

Retomando esa propuesta del Grupo II, finalmente la CIG de 2004 proclamó la existencia y relevancia interpretativa de ese Informe estableciendo que esas *Explicaciones* tienen que ser «tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» (art. 52.7), por lo que el texto actualizado por la Segunda Convención (que fue el documento CONV 828/03) y la CIG de 2004 son las *Explicaciones* que se contenían en la Declaración número 12 anexa al Tratado Constitucional y ahora son la Declaración número 1 anexa al Tratado de Lisboa. Hay, por tanto, varias menciones a las *Explicaciones* en el Derecho originario: en el art. 6.1 del TUE, en el Preámbulo de la Carta, en su art. 52.7 y en la Declaración número 1 anexa al Tratado de la Unión tal como se modificó en Lisboa.

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; gracias a las *Explicaciones* tiene tras de sí todo un gran edificio jurídico y jurisprudencial que satisface la exigencia de rigor y precisión de la práctica jurídica.

Pero es evidente que las *Explicaciones* no tienen valor jurídico convencional, no tienen el mismo valor que la Carta; aunque tampoco son unos meros trabajos preparatorios que sirvan sólo como complemento interpretativo en caso de oscuridad, ambigüedad o de que la interpretación del texto y contexto conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (valor de los trabajos preparatorios según el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Al ser realizados por su alusión en el articulado del Tratado y con la consideración formal de Declaración anexa al mismo, y al igual que otras declaraciones, las *Explicaciones* sirven para interpretar el alcance y los límites de los derechos reconocidos por la Carta al constatar de modo fehaciente la procedencia jurídica y el contexto de cada derecho reconocido a tenor del art. 52. Para muchos convencionales estas adaptaciones del art. 52 y las mismas *Explicaciones* eran una condición fundamental para conferir valor vinculante a la Carta con su integración en el Tratado Constitucional (CONV 783/03, p. 9). Por otra parte, tampoco serán la única opción interpretativa; la CIG rechazó una redacción que circunscribía y encerraba la in-

interpretación de la Carta a las *Explicaciones* («La presente Carta será interpretada teniendo en cuenta las explicaciones preparadas...»); la redacción definitiva rebaja el tono (no utiliza mayúsculas) describiéndolas como texto elaborado para guiar en la interpretación, si bien advierte que serán tenidas en cuenta debidamente por los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales. La *Explicaciones* deben ser tenidas en cuenta, pero la *evolución posterior* de la interpretación de esos derechos por la jurisprudencia nacional o europea, o la evolución normativa, entrarán en juego en la hermenéutica judicial futura.

La propia Declaración número 1, al insertar las *Explicaciones*, da cuenta del origen de las mismas (elaboradas bajo la autoridad del Praesidium y no por la Convención que debatió la Carta) y de que han sido adaptadas a la evolución posterior a la misma Carta de Niza desde su primera versión de 2000, es decir, que fueron actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la (Segunda) Convención Europea en 2003, por la CIG de 2004 y de nuevo al Tratado de Lisboa en 2007. Y sobre todo deja claro que, «[s]i bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta».

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union». *European Law Journal* 4. Vol. 8 (2002): pp. 492-514.
- BAQUERO CRUZ, J.: «What's left of The Charter? Reflections on law and Political Mythology». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1. Vol. 15 (2008): pp. 65 y ss.
- BIFURCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.
- BÚRCA, G. de. «Fundamental Rights and Citizenship». En B. de Witte. *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. Florencia: European University Institute, 2003. Como Documento de la Convención, CONV 703/03.
- COHEN-JONATHAN, G. «L'adhésion de l'Union Européen à la Convention européenne des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe». *Colloque Bordaux, École Nationale de la Magistrature*, 3 y 4 de octubre de 2003. Bruselas, 2004, pp. 59 y ss.
- CRUZ VILLALÓN, P. «La Carta, o el convidado de piedra. Aproximación a la parte II del Proyecto de Tratado/constitución para Europa». En C. Closa Montero y N. Fernández Sola, coords. *La Constitución Europea*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 185 y ss.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

- MANGAS MARTÍN, A. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005.
- «Incidencia del proyecto de Tratado Constitucional europeo sobre la constitución española». *Pacis Artes*. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. Madrid, 2005, pp. 947-976.
- PI LLORÉNS, M. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2001.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y A. VALLE GÁLVEZ. «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2 (1997): pp. 329 y ss.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. «Sobre el Derecho Internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo (A propósito del asunto Matthews c. Reino Unido)». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 5 (1999): pp. 95 y ss.
- SANZ ARNAIZ, A. «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». *Constitución española y constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 51-75.
- TERAYA, T. «Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights». *European Journal of International Law* (2001): pp. 917-941.
- TRIANAFYLLOU, D. «The European Charter of Fundamental Rights and the “Rule of Law”: Restricting Fundamental Rights by Reference». *Common Market Law Review* (2002): pp. 53-64.

ARTÍCULO 53
NIVEL DE PROTECCIÓN

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 51 y 52.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-111-II-113.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 53.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Protocolo núm. 8 sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y salvaguarda de las Libertades Fundamentales.
- Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a Polonia y Reino Unido.

- Protocolo núm. 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.
- Declaración núm. 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales.
- Declaración núm. 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

En Derecho Internacional público es usual que los convenios internacionales para la protección de los derechos humanos contengan, junto a las disposiciones materiales propias, una cláusula que fije el nivel de protección de los derechos en cuestión respecto a otros convenios internacionales o respecto a los respectivos derechos nacionales de los Estados parte. Ejemplos relevantes al respecto los brinda, por ejemplo, el art. 5.2 de los dos Pactos Internacionales que, con una redacción prácticamente idéntica, prevén que «no podrán admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte —el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales emplea el término “un país” en lugar de “un Estado parte”— en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado». Mas el paradigma de referencia en la redacción de este precepto ha sido el art. 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en virtud del cual ninguna de las disposiciones del CEDH «será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser

reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en que ésta sea parte».

En el ámbito de la Unión Europea, es el art. 53 de la Carta el que cumple esta función de, como establecen las Explicaciones del Praesidium, «mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional», especialmente, dada su importancia, el CEDH.

Sin embargo, el hecho de que este tipo de cláusula sea usual en Derecho Internacional no quiere decir en modo alguno que su inclusión en la Carta estuviera exenta de polémica. Antes al contrario, fue una de las disposiciones que mayor controversia planteó en los debates de la Convención y también en el posterior análisis doctrinal (por ejemplo, Alonso García 2001; Besselink 2001; Lenaerts; Smijter 2001; Liisberg 2001; Vranes 2003; Widmann 2002). Ello es comprensible considerando que del contenido de este precepto se derivan importantes cuestiones de gran valor político y simbólico para la relación entre los ordenamientos constitucionales nacionales y el comunitario, así como también elementos de enorme relevancia jurídica a propósito de la relación de la Carta con el CEDH y las constituciones nacionales, a la par que remite también a cuestiones como la supremacía del Derecho Comunitario o los eventuales conflictos en la interpretación de los derechos en cuestión.

No es de extrañar, pues, que los debates en el seno de la Convención estuvieran caracterizados, al menos en las primeras fases de la misma, «by a somewhat fumbling approach» (Liisberg 2001, p. 18). En estas primeras fases de la Convención la preocupación fundamental de los debates se centró en la relación de la Carta con el CEDH. Ello tenía su origen en que la inicial propuesta del Praesidium anclaba su contenido en una redacción muy similar a la del art. 53 del CEDH (CHARTÉ 4235/00 CONV 27 de 18 de abril de 2000, art. H.4) que, además del Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros, el Derecho Internacional y los convenios internacionales ratificados por los Estados miembros, hacía referencia explícita a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Esta última mención provocó numerosas intervenciones críticas en el Pleno de la Convención de 3 y 4 de mayo de 2000, especialmente de los representantes de gobiernos nacionales

(Goldsmith, Nikula, Olsen, O’Kennedy, Tarchys, etc.), como también se propuso una sustitución del término «Derecho de los Estados miembros» por «Derecho Constitucional de los Estados miembros» (Papadimitriou). Esto provocó, a su vez, que el Praesidium aceptara la referencia a «las Constituciones de los Estados miembros» y eliminara la alusión expresa a la jurisprudencia del TEDH (CHARTE 4316/00 CONV 34, de 16 de mayo de 2000, art. 49). Este nuevo texto volvió a dar lugar a dos decenas de propuestas de modificación (CHARTE 4372/00 CONV 39, de 16 de junio de 2000), a partir de las que el Praesidium elaboró su documento de síntesis (CHARTE 4383/00 CONV 41, de 3 de julio de 2001, art. 49) en el que, aceptando la propuesta finlandesa, se cerraba definitivamente el precepto con la referencia a las «constituciones de los Estados miembros». Sobre esta base, se trasladó esa redacción a la primera propuesta de texto completo de la Carta (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 51), cuya formulación se mantuvo sin apenas cambios hasta el final (CHARTE 4470//1/00 REV 1 ADD1 CONV 47, de 25 de septiembre de 2000, art. 52).

De este proceso de elaboración del art. 53 pueden extraerse, por encima de todo, tres primeras conclusiones de interés. En primer lugar, siempre hubo consenso político en la necesidad de que la Carta incluyera una disposición de este tipo, si bien este consenso se proyectaba también a la exigencia de que la redacción que se le diera no implicase en modo alguno la necesidad de reformar las constituciones nacionales. En segundo lugar, las numerosas reacciones críticas que provocó en un principio la cuestión de la relación de la Carta con el CEDH —en particular con la jurisprudencia del TEDH— se fueron limando de manera paulatina a la par que la Carta asumía en otras disposiciones horizontales tanto la equivalencia de interpretación de los derechos de la Carta que coincidieran con los del CEDH y la posibilidad de protección más extensa por el Derecho de la Unión (art. 52.3), como la imposibilidad de ampliación de las competencias de la Unión a través de los derechos recogidos en la Carta. Y, en tercer lugar, la problemática que la primacía del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales respecto a las constituciones nacionales planteaba a diversos miembros de la Convención fue adecuadamente neutralizada. De un lado, a través de las matizaciones expresas que las disposiciones horizonta-

les fueron introduciendo al respecto, precisando que los derechos de la Carta se dirigen a los Estados únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión (art. 51.1) y, sobre todo, exigiendo una interpretación *en armonía con* las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros cuando los derechos resulten de ellas (art. 52.4). Y de otro lado también jugaron un especial papel la discreta labor que los observadores del Consejo de Europa en la Convención desarrollaron a la hora de explicar el alcance concreto que en la práctica tiene una disposición como la que se estaba elaborando. No olvidemos que la litigiosidad que el art. 53 del CEDH ha provocado en el TEDH ha sido en su medio siglo de aplicación realmente escasa (Liisberg 2001, 23-30), reduciéndose en lo básico a los asuntos *Handsyde* (sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handsyde c. Reino Unido*, Serie A24, apartado 54), *Ekbatani* (sentencia de 26 de mayo de 1988, *Ekbatani c. Suecia*, Serie A-134, apartado 26) o *Burghartz* (sentencia de 22 de febrero de 1994, *Burghartz c. Suiza*, Serie A-280-B, apartados 22 y 23).

2. CONTENIDO BÁSICO: EL PRINCIPIO DE *NON REGRESSION*

El art. 53 de la Carta garantiza que ninguna de las disposiciones de la Carta pueda interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o sus Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros. Con ello, como escribe A. Mangas Martín, se garantiza «el más elevado nivel de protección en armonía con las tradiciones constitucionales comunes, con el Derecho de la Unión y con el Derecho Internacional», dejando patente que «no cabe una *reformatio in peius* en materia de derechos fundamentales» y que, por tanto, «sólo cabe evolución a mejor» (Mangas Martín 2005, 220). Recoge, pues, el clásico principio de *non regression* (Braibant 2001, 267-268).

En este sentido, comoquiera que las dos fuentes básicas de asunción de derechos fundamentales como principios generales propios

del Unión han sido los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos —especialmente el CEDH— y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, parece evidente que la fijación del nivel de protección de la Carta haya de hacerse forzosamente también en relación con esos dos órdenes jurídicos. Y como en todo instrumento internacional de protección de derechos fundamentales el nivel de protección fijado no puede servir para restringir o disminuir el estándar ya alcanzado en ellos, sino para mantenerlo o mejorarlo dentro del ámbito de la Unión. El art. 53 garantiza plenamente el nivel de protección ya alcanzado en el marco del CEDH y en el de las Constituciones de los Estados miembros. Por otro lado, como es lógico a la vista del principio de autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, también ha de hacerse alusión al propio Derecho de la Unión como referencia para fijar el nivel de protección de aquellos derechos de la Carta que ya tienen protección comunitaria propia a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La pregunta básica que se plantea en la práctica es por qué nivel de protección ha de inclinarse la Unión cuando haya de interpretar un derecho fundamental aplicable dentro de su ámbito de competencias y con diferentes niveles de protección según cada orden jurídico. Ésta cobra particular relevancia cuando se dé un supuesto en el que el derecho en cuestión provenga de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pero tenga muy diferente grado de protección según cada constitución nacional. Máxime porque la Carta reafirma los «derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales» (Preámbulo) y encomienda una interpretación «en armonía con las citadas tradiciones», cuando la Carta reconozca derechos resultantes de esas tradiciones constitucionales comunes (art. 52.4), debiéndose además tener «plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la Carta» (art. 52.6). Cabría plantearse, pues, si con base en el art. 53 debería considerarse que en el supuesto en que la Carta contuviera un derecho que en algún ordenamiento nacional tuviese un nivel de protección superior debería ceder aquélla su regulación para aceptar la interpretación nacional que concediese a ese derecho un más intenso nivel de protección. De hecho, algunos autores muy concretos sostenían ya antes de esta disposición una teoría del

máximo estándar de protección que derivaba de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Besselink 1998). No parece, a nuestro entender, que la contestación a esta cuestión pueda hacerse en sentido afirmativo. Ni por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Von Bogdandy 2000, 1324) ni tampoco a partir de la Carta. El art. 53 no garantiza en modo alguno una primacía del ordenamiento que conceda un mayor nivel de protección al derecho fundamental en cuestión. Si así fuera se rompería el principio de primacía del Derecho Comunitario y representaría un riesgo a la unidad del ordenamiento jurídico comunitario. Supondría además que un único ordenamiento interno condicionaría unilateralmente la interpretación de ese derecho para toda la Unión. Incluso pueden existir supuestos en los que el nivel máximo de protección de determinados derechos puede resultar incompatible (por ejemplo, derecho a la vida versus derecho al aborto) o incluso hasta contrario a alguna de las libertades fundamentales del mercado único (prohibición del aborto versus libertad de prestación de servicios de una clínica de un Estado miembro en el que el aborto sea legal). Aparte de ignorar por completo los diferentes intereses, valores, objetivos y peculiaridades intrínsecas existentes en cada ordenamiento jurídico. El art. 53 representa, más bien, una fuente para concretar en cada caso el nivel concreto de protección preciso que en el ámbito competencial de la Unión exige el derecho en cuestión.

No representa, por tanto, una jerarquía de ordenes jurídicos basada en el nivel más alto de protección concedido por cada cual al derecho de que se trate. Simplemente garantiza que la Carta no pueda disminuir el nivel de protección que el derecho en cuestión tenga en su respectivo ordenamiento jurídico, sea el internacional, el de la Unión o el de los Estados miembros. Pero obviamente tanto los ordenamientos nacionales tomados individualmente como los ordenamientos internacional y comunitario mantienen su autonomía, su interpretación y su aplicación propias. Dicho de otra forma, el nivel de protección (elevado) garantizado por el art. 53 no afecta para nada al ámbito de competencias comunitarias (3), ni a la jurisprudencia ya establecida por el TEDH para el ámbito del CEDH (4) ni mucho menos a las constituciones nacionales (5). Lo cual tampoco quiere decir que a la postre no derive en una cierta interacción de ordenamientos que termine por retroalimentar mutuamente las interpreta-

ciones que se hagan en los respectivos ordenamientos a propósito de la protección de los derechos fundamentales.

3. MANTENIMIENTO PLENO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO: LA NO AFECCIÓN DE LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS

De la enumeración de ordenamientos sobre los que la Carta no puede conllevar una reducción de su nivel de protección respectiva que recoge el art. 53 se coloca en primer lugar al Derecho de la Unión, por delante del Derecho Internacional y de las constituciones de los Estados miembros. La Carta no puede conllevar, pues, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales que ya exista en el ámbito comunitario. No en vano, el Tribunal de Justicia ha desplegado desde mediados de la década de los setenta una rica jurisprudencia en materia de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario a través de su conocida consideración de esos derechos como principios generales del Derecho Comunitario que los consideró procedentes de instrumentos internacionales como el CEDH, así como de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69, Rec., p. 419; sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17/70, Rec., p. 1135; sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73, Rec., p. 491).

Resultan del todo punto infundados los temores que en algunos debates de la Convención se plantearon a propósito de si esta cláusula podría significar en algún caso la puesta en duda del principio de primacía del Derecho Comunitario. El art. 53 se limita a regular el nivel de protección de los derechos recogidos en la Carta sin afectar para nada al ámbito de aplicación de la misma que se rige por lo previsto en el art. 51. Y sin afectar por tanto tampoco a las competencias de la Unión, ya que ni las amplía ni las limita. Con todo, sí podría considerarse que la referencia al Derecho de la Unión puede producir cierta confusión, ya que la propia Carta también forma parte de ese Derecho de la Unión al considerarse por el Tratado de Lisboa como jurídicamente vinculante. De hecho, algunos autores consideran que desde el mismo momento en que el art. 52.3 deja pa-

tente que el nivel de protección que concede el Derecho de la Unión puede ser más extenso que el concedido por el CEDH —e incluso de propio de la Carta— la referencia al Derecho de la Unión no aporta nada especial (Liisberg 2001, 38, nota 128).

La actuación de las instituciones, órganos u organismos comunitarios no se mide, por tanto, por el rasero de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones nacionales, sino por los concretados en las disposiciones de la Carta (Liisberg 2001, 36-42). Otra cosa es que la Carta no pueda interpretarse en ningún caso en el sentido de reducir el nivel de protección que el Tribunal de Justicia haya podido conceder con anterioridad a un determinado derecho con base, por ejemplo, en la protección que daban a ese derecho las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. O que el nivel por el que en la práctica haya optado el Tribunal de Justicia sea al menos el que, en caso de proceder el derecho en cuestión del CEDH, haya establecido el TEDH. Pero nada tiene ello que ver ni con la primacía del Derecho Comunitario ni con un cambio del alcance de las competencias que los Estados miembros han atribuido a la Unión para la consecución de los objetivos que le son propios. El ámbito del art. 53 se circunscribe tan sólo a las disposiciones de la Carta («ninguna de las disposiciones de la presente Carta...»), por lo que de ninguna manera convierte a los derechos recogidos en una Constitución nacional en parámetro automático de fijación del nivel de protección de ese derecho en la Unión.

Por el contrario, en la práctica, sí resultan imaginables situaciones en las que pueda plantearse la pertinencia de que un Estado miembro pueda adoptar medidas que supongan una restricción a una libertad del mercado único basándose en la protección de un derecho fundamental. Tal ha sido por ejemplo la situación que grosso modo se ha dado en el asunto *Schmidberger* (sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, Rec., p. I-5659) sobre el bloqueo del corredor de Brenner donde el ejercicio del derecho de reunión puede entrar en colisión con la prohibición comunitaria de obstaculizar la libertad de circulación de mercancías. Con todo, también en estos casos parece fuera de toda duda que corresponderá al Tribunal de Justicia fijar la interpretación que el correspondiente derecho habrá de tener en el ámbito de la Unión, si bien a la hora de es-

tablecer su nivel de protección habrá de tener en cuenta lo previsto en el art. 53 y en ningún caso concederle con base en la Carta un nivel de protección inferior al que ya tuviera en el orden comunitario. Por otro lado, comoquiera que pueda tratarse de un derecho que, como es el caso del derecho de reunión, pudiera corresponderse con otro ya garantizado por el CEDH su sentido y alcance habrá de ser igual al que le confiere dicho Convenio. Pero no por exigencia del art. 53, sino como derivación expresa del art. 52.3.

4. MANTENIMIENTO PLENO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: LA NO AFECCIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El segundo de los ordenamientos enumerados por el art. 53 es el internacional. La Carta no podrá interpretarse, así, como limitativa o lesiva de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros. Parece distinguirse, pues, entre derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional en general y derechos humanos específicamente protegidos por convenios internacionales de los que sean parte la Unión o todos sus Estados miembros. Dentro de la primera categoría pueden incluirse principios generales del Derecho Internacional, como podrían ser quizá el derecho a una indemnización en caso de expropiación a nacionales de otro Estado tercero. Y en la segunda categoría se incluyen específicamente los convenios internacionales en materia de derechos humanos, diferenciándose a su vez entre aquellos de los que pudiera ser parte la Unión y aquellos de los que son parte *todos* sus Estados miembros. Este último inciso sufrió una adaptación en la Segunda Convención sustituyéndose la referencia originaria de la Primera Convención («... convenios internacionales de los que son parte la Unión, *la Comunidad* o los Estados miembros...») por otra que excluye la referencia a la Comunidad («... convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros») que lógicamente en el texto del Tratado Constitucional era consecuente con la refundación de la Unión que sería sucesora y continuadora de la anterior Comunidad Eu-

ropea (art. IV-438) y que con el Tratado de Lisboa mantiene su sentido. La Segunda Convención dejó además patente que, en caso de tratarse de los Estados miembros, se hace referencia a convenios internacionales de los que sean parte *todos* los Estados, mientras que la versión originaria se refería a *los* Estados miembros.

Esta referencia a los convenios internacionales sobre derechos humanos de los que sea parte la Unión no tiene en la actualidad excesiva repercusión práctica, ya que en realidad no lo es de ninguno. Sí tiene, empero, un importante potencial de desarrollo futuro a partir de la concesión de personalidad jurídica a la Unión, de la continuidad de la Unión respecto a la Unión Europea y la Comunidad Europea y sobre todo del mandato de adhesión de la Unión al CEDH (art. 6 TUE de Lisboa). En este sentido, la referencia expresa del art. 53 al CEDH («... *en particular* el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales...») tiene una especial relevancia. En primer lugar, porque efectivamente el Tratado de Lisboa atribuye a la Unión la competencia para la adhesión al mismo que, a juicio del Tribunal de Justicia, carece en la actualidad (*dictamen 2/94* de 28 de marzo de 1996, Rec., p. I-1759). En segundo lugar y no menos importante, porque efectivamente es un convenio internacional sobre derechos humanos del que son parte todos los Estados miembros de la Unión. En realidad es *el* convenio internacional de protección de derechos fundamentales de referencia para la Unión y también para los Estados miembros. Tanto en lo que atañe a la determinación del nivel de protección que aquí nos ocupa como también en lo que afecta a la ya citada interpretación y alcance de los derechos recogida en el art. 52.3.

Ahora bien, la referencia del art. 53 es únicamente a título de ejemplo. Como establecen las Explicaciones del Praesidium, «se menciona, debido a su importancia». Y únicamente en relación con el nivel de protección. De ahí que nos parezca perfectamente adecuado que la Segunda Convención eliminara de las Explicaciones del Praesidium la referencia a que «el nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH». No es que fuera incorrecto por su

contenido, pero no parece propio de la disposición que regula el nivel de protección (art. 53), sino más bien de aquella que de manera específica se consagra a la cuestión de los límites de los derechos recogidos en la Carta (art. 52). De ahí que la discusión también habida en la Convención a propósito de si hubiera sido más pertinente hacer también referencia explícita a la jurisprudencia del TEDH —como de hecho hacía la propuesta inicial del Praesidium (CHARTE 4235/00 CONV 27, de 18 de abril de 2000, art. H.4)— pierda también buena parte de su razón, aunque desde luego no por los motivos que algunos miembros de la Convención —como el representante del gobierno francés Braibant— quisieron ver en esa referencia. En modo alguno, hubiera significado una *carte blanche* al TEDH para fijar con libertad los niveles de protección de los otros ordenamientos. Ya hemos visto que la función del art. 53 es otra.

En este sentido, otros textos internacionales diferentes al CEDH que podrían cobrar también cierta relevancia podría ser la Carta Social que el Preámbulo de la Carta cita, por cierto, de manera expresa. La interpretación de los derechos contenidos bajo la rúbrica de solidaridad (arts. 27-38) podrían reclamar por tanto una interpretación cuyo nivel de protección no estuviera por debajo de aquélla. Con todo, a nadie se le escapan las debilidades formales y materiales de la referida Carta Social.

5. MANTENIMIENTO PLENO DEL ÁMBITO DE COMPETENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LA NO AFECCIÓN DE LAS CONSTITUCIONES NACIONALES

Y el tercero de los ordenamientos citados expresamente por el art. 53 es el de «las constituciones de los Estados miembros». A este respecto, durante los debates en el seno de la Primera Convención emergieron en ocasiones posiciones que temían que esta disposición sobre nivel (elevado) de protección pudiera tener como consecuencia la necesidad de reformar las constituciones nacionales cuyo estándar de protección fuera inferior. Para algunos esta disposición «calls into question the uniform application of Community, a cardinal principle of the European integration process which essentially relies on the idea of a Community of law» (Vranes 2003, 11).

Incluso consideran que «this provision is diametrically opposed to the constant jurisprudence of the ECJ according to which the legality of Community law must not be questioned on the basis of national fundamental rights, but may only be ruled upon by the ECJ against the yardstick of Community fundamental rights» (ibíd., 11). No es, en modo alguno, ése el objetivo de la cláusula. Su objetivo era simplemente que en el ámbito interno de cada Estado los derechos recogidos en la Carta no pudieran servir para sostener una reducción del nivel de protección existente en ese ordenamiento jurídico. Garantiza, por tanto, el mantenimiento del *statu quo* en la protección de los derechos humanos.

En este sentido, la redacción del art. 53 de la Carta deja claro, bajo la fórmula de «en su respectivo ámbito de aplicación», que por lo que se refiere a las constituciones nacionales simplemente opera como garantía de no empeoramiento del estándar de protección nacional por efecto de la Carta. Además, las Explicaciones del Praesidium son también suficientemente expresivas al concretar que «el objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de actuación [...] el Derecho de los Estados miembros». Por último, por si quedara alguna duda también la Comisión dejó expresamente establecido en una Comunicación de 11 de octubre de 2000 sobre la naturaleza de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que la preocupación que pudieran tener algunos sobre el hecho de que la Carta pudiera obligar a algún Estado miembro a reformar su constitución nacional es infundada «y no precisamente por el efecto de ninguna disposición general» —como la aquí tratada, por ejemplo—, «sino por la definición de derechos que establece» y porque «es evidente que la Carta no sustituye a las Constituciones nacionales en su ámbito de aplicación, por lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales al nivel nacional» (CHARTE 4956/00 CONTRIB 355, de 18 de octubre de 2000; COM (2000) 644 final, de 11 de octubre de 2000, p. 6).

Los Estados miembros tienen, en realidad, una doble vinculación en materia de derechos fundamentales: a sus respectivos ordenamientos internos y al que deriva del CEDH; a los que únicamente se incorporaría el de la Carta si el Estado aplica el Derecho de la Unión. Ello, con independencia del respeto de los respectivos ám-

bitos de aplicación material y territorial, tiende a provocar un inevitable proceso de interacción mutua entre los diversos ordenamientos en liza. Probablemente, esta disposición mantenga e incluso incremente la influencia que el CEDH y las constituciones nacionales ejerzan en materia de derechos fundamentales sobre la Unión (Ugartemendía Eceizabarrena 2001, 120). Pero también es seguro que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión ejercerá también su influencia en los propios ordenamientos nacionales. Así, no es de extrañar que algunos tribunales constitucionales nacionales se refieran, como ha sido por ejemplo el caso del nuestro, a derechos de nuevo cuño contenidos en la Carta —por tanto recogidos en sentido propio para el ámbito de la Unión y no para el de los Estados miembros— para interpretar el alcance de determinados derechos en el ámbito estrictamente nacional en supuestos en los que el Estado no aplica el Derecho Comunitario y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de la Carta (por ejemplo, STC 292/2000, de 30 de noviembre, en relación con el art. 18).

En otro orden de cosas, cabe preguntarse si no hubiera sido más adecuado referirse simplemente al «Derecho de los Estados miembros», en lugar de a «constituciones de los Estados miembros». De hecho, las Explicaciones de la Carta siguen refiriéndose al «Derecho de los Estados miembros», pese a que la Convención modificara la redacción inicial del precepto para referirse finalmente a las constituciones. Existen Estados en que, como es el caso del Reino Unido, el término *Constitución* no termina de ser totalmente ajustado y la protección de los derechos humanos dentro de los Estados miembros no tiene por qué estar establecida tan sólo en la constitución, especialmente la cuestión del nivel de protección que pueda concedérsele al derecho en cuestión por los tribunales internos. Es quizá uno de los motivos que ha dado lugar a cierta confusión y a que algunos interesadamente quieran ver base para poder defender un cierto valor prevalente de las constituciones que ponga en tela de juicio el principio de primacía del Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales.

6. CONSIDERACIONES FINALES: SOBRE LA NECESARIA COOPERACIÓN ENTRE LOS TRIBUNALES DE LOS TRES ORDENAMIENTOS IMPLICADOS

Así las cosas, esta disposición de la Carta ha levantado en la doctrina tanto preocupaciones desmedidas como esperanzas infundadas respecto a las relaciones de los derechos recogidos en la Carta con los protegidos en el CEDH y en las constituciones de los Estados miembros. Probablemente no hay motivos ni para la exagerada preocupación de unos ni para las desproporcionadas aspiraciones de otros. Ni afecta a la protección de los derechos fundamentales dentro de cada Estado miembro, salvo si aplican el Derecho de la Unión, ni tampoco pone en tela de juicio el principio de primacía del Derecho Comunitario. Mucho menos representa un riesgo para aquellos Estados miembros que, como los países escandinavos o centroeuropeos, mantienen en determinados derechos fundamentales un nivel de protección notablemente superior al existente en otros Estados miembros o al recogido en la jurisprudencia del TEDH.

En realidad, el art. 53 recoge simplemente el clásico principio de *non regression*, una garantía de bloqueo de cualquier *reformatio in peius* dentro de la Unión en materia de derechos fundamentales de manera similar a como actúa el art. 53 del CEDH (en sentido contrario, Alonso García 2002, 171-172; Vranes 2003, 12). Pero, obviamente, tan sólo en el ámbito de competencias propio de la Unión y sin afectar al resto de principios que regulan las relaciones jurídicas entre ordenamientos. Ahora bien, como recuerda U. Everling, de igual modo que es evidente que la Carta no puede servir para ampliar competencias de la Unión (art. 51.2), debería también serlo que la Carta tampoco puede servir para actuar en detrimento de la Unión al estilo de una vuelta a *Solange I* (Everling 2003, 225).

En realidad, no queda fuera de la intención de la Convención la introducción a través de este precepto de una cierta prudencia política. Para algunos autores es en el fondo una disposición que satisface el deseo político de dejar patente ante los electorados nacionales que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no sustituye a las constituciones nacionales. Así, quien probablemente mejor y

más pormenorizadamente ha analizado este precepto ha buscado un paralelismo con el estatuto de ciudadanía donde el Tratado de la Comunidad Europea especifica que la ciudadanía europea no sustituye a la ciudadanía nacional, pese a que en ausencia de tal referencia nadie podría sostener con seriedad que la ciudadanía europea pudiera reemplazar a la nacional (Lisberg 2001, 52).

El art. 53 tiene, sin embargo, la difícil virtud de que todos pueden ver en él lo que desean ver. Los *procomunitarios* ven a la Carta y al Derecho de la Unión a resguardo de quien tratase de erosionarlos a través de la acción de los tribunales constitucionales nacionales en materia de derechos fundamentales. Los *euroescépticos* ven un freno a la interpretación dinámica del Tribunal de Justicia e incluso base para *poner a tiro* el mismísimo principio de primacía del Derecho Comunitario. Los defensores de los derechos fundamentales ven, por el contrario, una posible fuente de interpretación dinámica que permita una elevación del nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión y acaso por efecto reflejo también en los ordenamientos internacional y nacional. E incluso un Estado miembro que mantiene en su Constitución nacional una concepción del derecho a la vida que impide toda posibilidad de aborto vivo —obviamente de manera errónea— una posibilidad para que el Tribunal de Justicia protegiera su posición (ibíd., 53).

Por otro lado, algunos autores han manifestado también una cierta preocupación por el hecho de que el texto final del art. 53 no recogiese la referencia que aparecía en las versiones previas relativas a la imposibilidad de interpretar la Carta como norma limitativa de los derechos humanos reconocidos en el CEDH «tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TEDH» (Fernández Tomás 2008, 120). Puede plantearse, a nuestro entender, la conveniencia o no de una referencia explícita en este sentido. Puede cuestionarse también si fue acertada la eliminación de las Explicaciones del Praesidium de la Segunda Convención la referencia a que «el nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH». Mas, dada la taxativa redacción del ya comentado art. 52.3 no hay margen interpretativo para temer ningún posible retroceso del estándar de protección de los dere-

chos («en la medida que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades, *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*»). Es más, dada la redacción del citado precepto («Esta disposición no impide que *el Derecho de la Unión conceda una protección más intensa*») lo que sí es evidente es que en todo caso en el ámbito comunitario cabe una protección superior a la que en cada caso brinde el CEDH como umbral mínimo de protección. Nunca una protección menor.

Con todo, a la vista de los debates escuchados en la Convención y de algunos de los análisis doctrinales a que ha dado lugar el art. 53, parece claro que la redacción adoptada ha provocado un alto grado de confusión y deja abiertas algunas cuestiones de relevancia (Liisberg 2001, 38-41), así como complicaciones interpretativas de cierta entidad (Alonso García 2002, 171-181).

Pero en todo caso, se interprete como se interprete la letra del art. 53, la garantía de los derechos fundamentales ha de radicar a la postre, como M. Carrillo concluye en su trabajo sobre esta cuestión, en un necesario *diálogo a tres bandas* entre las tres jurisdicciones constitucionales afectadas, a saber, la de los Estados miembros, la de la Unión Europea y la del TEDH (Carrillo 2006, 196). Con esta disposición se constata a las claras la interacción recíproca multinivel entre los respectivos ordenamientos jurídicos en liza y la ineludible necesidad de cooperación entre ellos. A la vez deja claro el carácter eminentemente dinámico de la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal* (2002): pp. 492-514.
- «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea». En E. García de Enterría y R. Alonso García, eds. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 151-181.
- BESSELINK, L. F. M. «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union». *Common Market Law Review* (1998): pp. 629-680.
- «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charta». *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law* 8 (2001): pp. 68 y ss.

- BOGDANDY, A. von. «The European Union as a Human Rights Organizations? – Human Rights and the Core of European Union». *Common Market Law Review* (2000): pp. 1307-1338.
- BRAIBANT, G. *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*. París: Editions du Seuil, 2001.
- CARRILLO, M. «El diálogo entre Tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales». En H. López Bofia, ed. *La constitución europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 177-197.
- EVERLING, U. «Durch die Grundrechtecharta zurück zu Solange I?». *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2003): p. 225.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. «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 Martín y Pérez de Nanclares, coord. *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel-AEPDIRI, 2008, pp. 119-149.
- *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- LENAERTS, K. y E. de SMIJTER. «The Charter and the Role of the European Courts». *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law* 8 (2001): pp. 90-101.
- LIISBERG, J. B. «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a Fountain of Law or Just a Inkblot?». *Harvard Jean Monnet Working Paper* 4/2001 (una versión resumida se encuentra en *Common Market Law Review*, 2001, pp. 1171-1199).
- LINDNER, J. F. «Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik». *Euro-pacecht* (2007): pp. 160-193.
- MANGAS MARTÍN, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 218-222.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales». En Martín y Pérez de Nanclares, coord. *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel-AEPDIRI, 2008, pp. 151-157.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. *El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales – Un estudio de la influencia comunitaria sobre la fundamentalidad de los derechos constitucionales*. Oñate, 2001.
- VRANES, E. «The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights- Stumbling Blocs for the First and Second Convention». *European Integration on line Papers* 7 (2003).
- WEILER, J. H. H. «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space». *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 102-129.
- WIDMANN, A. M. «Article 53: Undermining the Impact of the Charter of Fundamental Rights». *Columbia Journal of European Law*. Vol. 8 (2002): pp. 342-358.

ARTÍCULO 54
PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE DERECHO

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 51-53.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 16 y 86.2 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-114, III-122, III-166, III-167 y III-238.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 54.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada*

El art. 54, que traduce el adagio «ninguna libertad para los enemigos de la libertad», es un calco del art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y se incluye en la Carta de Derechos Fundamentales como una disposición orientada a garantizar su aplicación cuando se invocan sus preceptos por personas que pretenden destruir los derechos protegidos por ella.

La prohibición del abuso del derecho es un principio general de Derecho que se aplica en los derechos internos de numerosos Estados y en el Derecho Internacional y que se caracteriza por la realización de un acto lícito con la finalidad de conseguir un objetivo o resultado ilícito. El concepto de abuso de derecho es más amplio que el de desviación de poder y conlleva la generación de perjuicio para terceros.

En el Derecho Internacional de los derechos humanos, la prohibición del abuso de derecho es una cláusula habitual que aparece en los tratados internacionales aplicables en esta materia, como un mecanismo de salvaguardia frente a la invocación con finalidad destructiva de los derechos fundamentales. Así, el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que nada en ella podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno a Estados, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración. Esta disposición se retoma de forma casi literal en el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Claramente el objetivo de estas cláusulas era impedir que movimientos totalitarios resultaran beneficiados por la invocación de los derechos humanos protegidos en estos textos internacionales.

1. EL ABUSO DE DERECHO EN EL CEDH DE 1950

El referente que ha servido de inspiración directa al art. 54 ha sido el art. 17 del CEDH, cuyo tenor literal es el siguiente: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo un derecho de cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en el mismo».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado una jurisprudencia no muy nutrida, pero de gran interés, con respecto a la aplicación del art. 17 del CEDH, especialmente en asuntos relacionados con la negación del derecho a la libertad de expresión a grupos racistas o a negadores del Holocausto judío a manos de los nazis.

En un primer momento, la Comisión Europea de Derechos Humanos realizó una interpretación muy extensiva del art. 17, según la cual si un individuo o un grupo entraban dentro del ámbito de aplicación de este precepto, perdían la posibilidad de invocar cualquier Derecho del Convenio y su demanda debía ser declarada inadmisibile (Comisión Europea de Derechos Humanos, Informe de 2 de julio de 1957, *Partido Comunista Alemán c. RFA*, *Annuaire de la Convention*, vol. 1, p. 225). Sin embargo, el TEDH adoptó una interpretación menos extensiva del art. 17 en el asunto *Lawless* de 1961, referente a la detención de este activista del IRA. En esta sentencia, el TEDH afirma que el art. 17 sólo conlleva la inaplicación a la persona de los derechos cuya invocación le permitiría la destrucción de los derechos y libertades protegidos por el Convenio. En el caso del Partido Comunista Alemán, entendió el Tribunal que se le denegó la invocación de los derechos protegidos por los arts. 9, 10 y 11 del CEDH, porque su reconocimiento le hubiera permitido a este partido actuar con objeto de destruir los derechos amparados por el Convenio. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos de los arts. 5 y 6 del CEDH no permite al señor Lawless con su ejercicio erosionar el Convenio y, por ello, concluyó el TEDH que el art. 17 era inapli-

cable en este caso (TEDH, sentencia de 1 de julio de 1961, *Lawless c. Irlanda*, Serie A, núm. 3, *Annuaire de la Convention*, vol. 4, p. 430).

En el asunto *Jersild*, el TEDH sí aplicó el efecto guillotina del art. 17, que permite sancionar inmediata y definitivamente el abuso de derecho (Cohen-Jonathan 2005, 720). En este caso, las palabras y actitudes racistas de un grupo de ciudadanos daneses hacia los negros, difundidas a través de un programa de televisión, llevaron al Tribunal a negar a este grupo el derecho a la libertad de expresión del art. 10 del CEDH, aunque el instigador del programa televisivo no fue considerado ni culpable ni responsable de esta acción (TEDH, sentencia de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, Serie A, núm. 298). La sentencia no cita expresamente el art. 17, pero sí refiere decisiones de la Comisión Europea que lo aplican. Otro caso de aplicación fulminante del art. 17 es el asunto *Lehideux*, en el que el Tribunal reconoce la existencia de hechos incontestables, como el Holocausto, cuya negación o revisión se vería sustraída a la aplicación del art. 10 del CEDH (libertad de expresión) por la aplicación del art. 17. Asimismo, considera que la justificación de una política pro nazi se beneficiaría de la protección del art. 10 (TEDH, sentencia de 23 de septiembre de 1998, Serie A, 1998-VII, p. 26).

En otros casos, el TEDH es menos estricto y aplica el art. 17 como un principio de interpretación para afirmar la necesidad de una restricción a un derecho específico amparado por otra disposición del CEDH. Otras veces, el TEDH realiza esta operación inspirándose indirectamente en el art. 17, pero sin llegar a nombrarlo. En este sentido, cabe mencionar la interesante y controvertida jurisprudencia del TEDH sobre la ilegalización de partidos políticos y su compatibilidad con el art. 11 del CEDH.

En el asunto sobre el Partido de la Prosperidad turco (*Refah Partisi*), el TEDH se vio confrontado a una decisión de la Corte Constitucional de Turquía que declaró la disolución del Refah Partisi, puesto que se había convertido en el centro de actividades contrarias al principio de laicidad y ordenó la transferencia de sus bienes al Tesoro Público. En cuanto al fondo, estimó que los partidos políticos no escapaban a ciertas restricciones, puesto que están sometidos al imperio de Derecho, y el principio de laicidad es una de las condiciones para la democracia. En este sentido, utilizó las declaraciones referentes a la introducción de un sistema jurídico separado

y a la institución de la teocracia (*sharia*), si es necesario mediante la fuerza, incluida la guerra santa (*yihad*). Para la Corte Constitucional, la referencia a la instauración de un sistema multi-jurídico por parte de los miembros del Partido contradecía el sentimiento de pertenencia a una nación con una unidad legislativa y judicial. En definitiva, para la Corte, cuando un partido político realizase actividades para poner fin al orden democrático, la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos autorizarían su disolución.

El TEDH (sentencia de 13 de febrero, *Refah Partisi y otros c. Turquía*) determinó que la disolución de un partido político constituía efectivamente una injerencia en la libertad de asociación. No obstante, de acuerdo con el art. 11.2 del CEDH, afirmó que las injerencias en la libertad de asociación están permitidas siempre y cuando reúnan una serie de condiciones previstas en la misma: dichas restricciones han de estar previstas por la ley, han de responder a un objetivo legítimo, y, finalmente, han de ser necesarias en una sociedad democrática (TEDH, sentencias de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía, Recueil des arrêts et décisions*, 1998-I; de 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista c. Turquía, Recueil des arrêts et décisions*, 1998-II). El Tribunal Europeo examinó si las condiciones requeridas se cumplían en el caso de la disolución del Partido Refah y, por lo que respecta a la necesidad de esta injerencia en el marco de una sociedad democrática, estudió previamente las siguientes cuestiones: a) si había una evidencia plausible de que cualquier riesgo para la democracia era suficientemente inminente; b) si los actos y declaraciones de los líderes del partido y el resto de los miembros eran imputables al partido en su conjunto; y c) si los actos y declaraciones imputables al partido proporcionaban el panorama de un modelo de sociedad incompatible con una sociedad democrática. En el marco de este análisis, el Tribunal estimó que cada Estado contratante puede, de acuerdo con las disposiciones del CEDH, tomar posición contra determinados movimientos políticos en función de su experiencia histórica, habiendo optado Turquía por la laicidad. A continuación, se mostró conforme con la Corte Constitucional turca estimando que, dada la importancia del respeto de la laicidad en Turquía para la supervivencia del régimen democrático, el programa del Refah Partisi para establecer la *sharia* era incompatible con los principios fundamentales de la democra-

cia, con principios como el pluralismo político y la evolución constante de las libertades públicas. El TEDH, por tanto, sienta la tesis de que, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro. Esta tesis es ciertamente interesante, a la par que peligrosa: la democracia y sus principios imperan, de modo que, en aras de su aseguramiento, caben injerencias como la realizada en este supuesto (Quesada Alcalá 2005, 8).

Además, el TEDH consideró que el asunto *Refah Partisi* no excluía el recurso a la fuerza para llevar a cabo su proyecto y mantener el sistema discriminatorio previsto, siendo sus planes incompatibles con el concepto de *sociedad democrática*. Teniendo en cuenta las oportunidades reales de poner dichos planes en práctica que tenía este partido, lo que suponía un peligro inmediato para la democracia, el Tribunal Europeo estimó que la pena impuesta por la Corte Constitucional respondía razonablemente a una necesidad social.

En la sentencia *Refah Partisi* no se menciona el art. 17, pero el razonamiento del TEDH para considerar o no justificada la restricción del derecho de asociación del art. 11 del CEDH se inspira en la idea de abuso de derecho. Lo mismo ocurre con dos asuntos posteriores sobre ilegalización de partidos políticos en Letonia (TEDH, sentencia de 17 de junio de 2004, *Zdanova c. Letonia*, demanda 28278/00) y en Rumanía [TEDH, sentencia de 3 de febrero de 2005, *Partidul Comunistilor (Nepecești)* y *Ungureanu c. Rumanía*], en los que el TEDH considera injustificadas en el art. 11.2 del CEDH las medidas restrictivas adoptadas por ambos Estados contra partidos comunistas, porque éstos no compartían el ideario democrático pero no habían llevado a cabo actuaciones efectivas que pusieran en peligro los sistemas democráticos de ambos países.

Por último, hay que mencionar el asunto *Garaudy* (TEDH, Decisión de inadmisibilidad de 24 de junio de 2003, *Garaudy c. Francia*), referente a este escritor que había publicado un libro en el que negaba la historicidad de las cámaras de gas y del genocidio judío. El TEDH analiza las afirmaciones vertidas por el señor Garaudy en su obra, destacando que los objetivos del demandante no se limitan a una crítica, sino que tienen un objetivo racista muy marcado, por lo que una gran parte del contenido de la obra así como su tono ge-

neral van en contra de los valores fundamentales del Convenio, recogidos en su Preámbulo: la justicia y la paz. Por ello, consideró que el recurso del demandante al art. 10 de la Convención, dedicado a la libertad de expresión, respecto de los elementos atinentes a la negación de los crímenes contra la humanidad, no es posible, de acuerdo con el art. 17, que recoge el abuso del derecho. El Tribunal estimó, por tanto, que las condenas de los tribunales internos franceses eran compatibles con el Convenio y consideró la demanda como manifiestamente mal fundada.

2. EL ABUSO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA Y LA INCIDENCIA DEL ART. 54

En el ámbito del Derecho de la Unión, el desarrollo del concepto de abuso del derecho es aún incipiente y, en ningún caso, encontramos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) pronunciamientos en los que el abuso de derecho constituya una barrera contra los enemigos de los derechos humanos que pretenden beneficiarse de ellos como parte de su estrategia para destruirlos. Como en el Derecho de la Unión Europea no ha existido catálogo de derechos fundamentales y un sistema general de protección, el abuso de derecho no ha sido utilizado como en el CEDH. El procedimiento de sanción contra los Estados que cometan violaciones graves de los derechos humanos, previsto en el art. 7 del Tratado de la Unión Europea (TUE), no es catalogable como un supuesto de abuso de derecho.

En la jurisprudencia del TJCE, el abuso de derecho aparece como un principio general destinado a impedir que el titular de un derecho conferido por el ordenamiento comunitario lo ejercite con objeto de obtener con él unos resultados injustificados o ilícitos, eludiendo la aplicación de normas nacionales.

El TJCE ha establecido una jurisprudencia reiterada según la cual un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), los interesados invoquen el Derecho Comunitario de forma abusiva o fraudulenta para evitar la aplicación de su legislación nacional (TJCE, sentencia de 9 de

marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, Rec., p. I-1459, apartado 24; en el ámbito de la libre prestación de servicios, las sentencias de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, Rec., p. 1299, apartado 13; de 3 de febrero de 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91, Rec., p. I-487, apartado 12, y de 5 de octubre de 1994, *TV10*, C-23/93, Rec., p. I-4795, apartado 21; en materia de libertad de establecimiento, sentencias de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, 115/78, Rec., p. 399, apartado 25, y de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, Rec., p. I-3551, apartado 14; en materia de libre circulación de mercancías, la sentencia de 10 de enero de 1985, *Leclerc y otros*, 299/83, Rec., p. 1, apartado 27; en materia de Seguridad Social, la sentencia de 2 de mayo de 1996, *Paletta*, C-206/94, Rec., p. I-2357, apartado 24; en materia de libre circulación de trabajadores, la sentencia de 21 de junio de 1988, *Lair*, 39/86, Rec., p. 3161, apartado 43; en materia de Política Agrícola Común, la sentencia de 3 de marzo de 1993, *General Milk Products*, C-8/92, Rec., p. I-779, apartado 21; en materia de derecho de sociedades, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Kefalas y otros*, C-367/96, Rec., p. I-2843, apartado 20).

La aplicación del principio de abuso de derecho sólo puede producirse en circunstancias excepcionales en el Derecho Comunitario, por el sistema de relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros, tal como lo ha perfilado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde hace décadas. La inaplicación de una norma nacional tras invocar un derecho reconocido por el ordenamiento comunitario es la consecuencia normal del principio de supremacía del Derecho Comunitario (conclusiones del abogado general Tizzano en el asunto en que recayó la sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, Rec., p. I-9925, punto 112). Para que pueda aplicarse el abuso de derecho todavía debe resultar de una serie de circunstancias objetivas que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa (TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Rec., p. I-11569, apartado 52; *Centros*, antes citada, apartado 25, y de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00, Rec., p. I-10829, apartado 42). Es decir, es preciso determinar si el interesado, al invocar la norma comunitaria que atribuye el derecho controvertido, traiciona su espíritu y su alcance.

En el asunto *Zhu y Chen*, por ejemplo, el TJCE no apreció abuso de derecho en el hecho de que la señora Chen, residente en el Reino Unido, se desplazara a Irlanda del Norte para que su hija naciera allí y adquiriese la nacionalidad de otro Estado miembro, realizando el desplazamiento en ejercicio de la libre circulación de trabajadores que garantiza el TCE. Por el contrario, el Tribunal sí apreció abuso de derecho en el hecho de que un agricultor percibiera restituciones a la exportación no diferenciadas por la exportación de productos a base de fécula de patata y de almidón de maíz a Suiza durante los meses de abril a junio de 1987 y los reintrodujera en la Comunidad, inmediatamente después de su despacho al consumo en dicho país tercero, en el marco del régimen de tránsito comunitario externo, habiéndolos despachado al consumo sin que se hubiera acreditado un incumplimiento de las disposiciones normativas, previa percepción de los derechos e impuestos a la importación. Esta operación fue considerada por el Tribunal una práctica abusiva por parte de dicho exportador comunitario (TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Rec., p. I-11569, apartado 59).

En algunos importantes asuntos sobre distintas cuestiones de aplicación de normas fiscales comunitarias, el TJCE ha aplicado, también, este principio de abuso de derecho, refiriéndose al «principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido». Los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho Comunitario de manera abusiva o fraudulenta. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho Comunitario (TJCE, sentencias de 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros*, C-255/02, Rec., p. I-1609, apartados 68 y 69; de 6 de abril de 2006, *Agip Petroli*, C-456/04, Rec., p. I-3395, apartados 19 y 20, y de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Rec., p. I-7995, apartado 35; y de 5 de julio de 2007, *Kofoed*, C-321/05, apartado 38).

La introducción del art. 54 viene a reforzar la aplicación de este principio general del abuso del derecho que utiliza el TJCE, pero su importancia no reside en esto. En efecto, con el art. 54 de la Carta

de Derechos Fundamentales la Unión Europea se dota de un instrumento para evitar que los derechos enunciados en ella sean invocados por quienes sólo pretenden destruirlos. Se trata, por consiguiente, de una utilización de la noción de abuso del derecho que resulta novedosa en el Derecho de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAIBANT, G. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.
- COHEN-JONATHAN, G. «Article II-114». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 715-723.
- LUCARELLI, A. «Art. 54». En R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Cedam, 2002, pp. 451-459.
- QUESADA ALCALÁ, C. «La "ilegal" ilegalización del partido comunista en Rumanía antes del ejercicio de sus funciones. Comentario a la sentencia del TEDH, Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Roumanie, de 3 de febrero de 2005». *Revista General de Derecho Europeo* 5 (2005).
- «Condena de un escritor por negación de crímenes contra la humanidad. Asunto Garaudy c. Francia. Decisión de inadmisibilidad del TEDH de 24 de junio de 2003». *Revista General de Derecho Europeo* 2 (2003).
- «La prohibición de un partido político turco. Sentencia del TEDH, Refah Partisi (The Welfare Party) y otros c. Turquía, de 13 de febrero de 2002». *Revista General de Derecho Europeo* 1 (2003).
- SIMON, D. y A. RIGAUX. «La technique de la consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit». *Mélanges Guy Isaac*. Toulouse: Presses de l'Université de Sciences Sociales, 2004, p. 559.
- SPIELMANN, D. «Article 54». *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 412-416.
- TRIANAFYLLOU, D. «L'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général de droit communautaire». *Cahiers de Droit Européen* 5-6 (2002): p. 611.