

El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea

Ricardo Alonso García

*Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ¿REVOLUCIÓN O EVOLUCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA? — I. EL PERSUASIVO VALOR JURÍDICO DE LA CARTA. — III. TRIBUNAL DE JUSTICIA, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (O SUPREMOS) NACIONALES: PLURALIDAD DE ACTORES PARA UN GUIÓN MÚLTIPLE Y DIALÉCTICO.

I. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ¿REVOLUCIÓN O EVOLUCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA?

El 7 de diciembre de 2000 era solemnemente proclamada en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹. Se siguió así escrupulosamente el guión del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio

* El presente estudio incorpora versiones parciales de otros trabajos, a saber, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2000, n.º209; «Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», Azpilcueta. *Cuadernos de Derecho*, 2001, n.º17; y «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», ponencia presentada en el Seminario Internacional patrocinado por el Colegio Libre de Eméritos y dirigido por el Profesor García de Enterría *La encrucijada constitucional de la Unión Europea* (Madrid, 6, 7 y 8 de noviembre de 2001).

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

de 1999), en el que se dispuso que el órgano encargado de su elaboración (cuya composición especificaría la cumbre de Tampere de 15 y 16 de junio de 1999 y que se autodenominaría «Convención») debía presentar un proyecto «con tiempo suficiente para el Consejo Europeo que tendrá lugar en diciembre del año 2000»; proyecto a partir del cual «el Consejo Europeo propondrá junto con el Consejo, al Parlamento y a la Comisión, la proclamación solemne de la Carta», procediéndose posteriormente a «estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse»; cuestión esta última que, como es sabido, no se abordó en la reforma de Niza, que dejó el debate al respecto, tal y como recoge la *Declaración nº 23* aneja al Acta Final de la Conferencia, *relativa al futuro de la Unión*, en manos de la Conferencia Intergubernamental prevista para el año 2004.

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

Parece poco discutible que una inserción de la Carta en el Derecho originario de la Unión habría reforzado, de arranque, la en muchas ocasiones discutida legitimidad de la Unión misma³.

Pero tan cierto como lo anterior es que el hecho de no haber tenido lugar tal inserción no desmerece el paso dado, muy en la línea hasta ahora seguida en materia de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, caracterizada por una pronunciada cautela en el terreno formal acompañada de un intenso compromiso de fondo de todas las Instituciones europeas, incluido el Tribunal de Justicia⁴.

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

³ Significativo resulta el comienzo de la *Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que figura como Anexo IV del Consejo Europeo de Colonia: «La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma». Por lo demás, no sólo el Parlamento Europeo sino también el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones se mostraron abiertamente partidarios de la inserción de la Carta en los Tratados (cfr., respectivamente, *Towards a EU Charter of Fundamental Rights* —CHARTE 4488/00 CONTRIB 338— y *El proceso de elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* —CHARTE 4153/00 CONTRIB 40). Debe advertirse al respecto que, más allá del debate de fondo sobre la conveniencia o no de tal inserción, era ésta una cuestión, y así lo consideró la Comisión en su *Comunicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* —COM (2000) 559 final, 13 septiembre 2000—, estrechamente vinculada, formalmente, a la reestructuración de los Tratados (cfr. su *Comunicación sobre un Tratado Fundamental para la Unión Europea* —COM (2000) 434 final, 12 julio 2000), que también se dejó finalmente en manos de la Conferencia Intergubernamental prevista para el año 2004.

⁴ Me remito a mi *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 600 y ss.

En efecto, hace ya casi veinticinco años de la *Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977*, en la que las Instituciones firmantes subrayaron «la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». El objetivo de la *Declaración*, ya apuntado un año antes por la Comisión en su *Informe sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario transmitido al Parlamento y al Consejo el 14 de febrero de 1976*, fue confirmado pocos días después por la propia Comisión al contestar a la pregunta formulada al respecto por un eurodiputado⁵: conferir «mayor legitimación al poder judicial, aportando el apoyo de las tres instituciones responsables en materia legislativa y administrativa», permitiendo al mismo tiempo, «en caso de duda, una interpretación conforme a los derechos fundamentales de los actos jurídicos por ellas adoptados».

Así pues, compromiso político de respetar los derechos fundamentales y respaldo al control ejercitado, llegado el caso, por un Tribunal de Justicia que ya se había pronunciado en términos muy similares a la *Declaración* con anterioridad a la misma⁶ y que apenas un par de años después hacía a su vez eco de ella⁷, confirmando y reforzando el papel de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del Convenio Europeo de Derechos Humanos como especial fuente de inspiración en la configuración preteriana de los derechos fundamentales comunitarios.

La *Declaración* en cuanto tal, por tanto, no supuso ningún vuelco respecto de la situación preexistente; y, sin embargo, tuvo su importancia: se hizo visible de cara al ciudadano el reconocimiento por parte de las instituciones políticas europeas de límites infranqueables vinculados a la esfera inviolable del individuo al tiempo que se bendijo la metodología a seguir para su efectiva protección. Visibilidad y efectiva protección que se concretaron aún más, sin que ello supusiera tampoco vuelco alguno, pero sí intensificación de la una y la otra, con el Acta Única primero (1986)⁸ y los Tratados de Maastricht (1992)⁹ y Amsterdam (1997)¹⁰ después.

⁵ DO n° C 168 (1977).

⁶ Particularmente en el *asunto Nold v. Comisión*, 14 mayo 1974 (4/73).

⁷ En el *asunto Hauer*, 13 de diciembre de 1979 (44/79).

⁸ Que incorporó en su Preámbulo la decisión de los Estados miembros de «promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social».

⁹ Con un artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea según el cual «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario».

¹⁰ Que, amén de mantener intacta la redacción del artículo F.2, convertido en artículo 6.2 TUE, proclamó en el apartado 1 que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes

A 6 de diciembre de 2000, por tanto, no podría sostenerse, con rigor, que la situación fuera muy distinta a la existente en la década de los setenta. Sí que puede advertirse, en cambio, una evolución manifestada, como señalaba, en una progresiva intensificación de la toma de conciencia de la existencia de derechos fundamentales a respetar por los poderes públicos comunitarios (traducida en el aumento año a año de los asuntos ante el Tribunal de Justicia relacionados con demandas en aras de dicho respeto) y de la fuerza jurídica de los instrumentos a través de los cuales hacer efectiva su protección (traducida en la paulatina asunción por el Tribunal de Justicia como *imprescindible* fuente de inspiración las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y, sobre todo, el Convenio Europeo¹¹, incluida —también poco a poco— la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²).

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

Evolución pues, que no revolución, que se traduce, por lo pronto, en una mayor «visibilidad»¹³ de los derechos fundamentales, tal y como pro-

a los Estados miembros». Por otro lado, reconoció (artículo 46 *d*) la jurisdicción del Tribunal de Justicia para enjuiciar el respeto de los derechos fundamentales en los términos que expondré más adelante, e introdujo la posibilidad de imponer sanciones a los Estados miembros en caso de violación grave y persistente de los mismos (artículo 7).

¹¹ Acerca del progresivo reforzamiento simbólico del Convenio respecto de las tradiciones constitucionales comunes tanto en la jurisprudencia del Tribunal como en los Tratados (concretamente por lo que a éstos respecta, con una inversión en Maastricht del orden en que se mencionaban en el Preámbulo del Acta Unica Europea), cfr. F. MODERNE, «La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne», en *Realité et perspectives du Droit communautaire des droits fondamentaux* (dir. F. Sudre y H. Labayle), Bruylant, Bruselas, 2000, p. 44 y ss.

¹² Ante el riesgo de posibles interpretaciones divergentes del Convenio entre Luxemburgo y Estrasburgo; riesgo que, según ha denunciado la doctrina respecto de la utilización por el Tribunal de Justicia del Convenio en cuanto fuente meramente inspiradora, se ha hecho ya realidad en más de una ocasión, concretamente en relación con la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas y el derecho a no autoincriminarse en el terreno del Derecho de la Competencia. Cfr. entre otras las opiniones de R. LAWSON, «Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg», en *The Dynamics of the protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of H.G. Schermers. Volume III*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1994, p. 236 y ss.; L. GOFFIN, «Le droit de ne pas s'incriminer soi-même fait-il partie du Droit communautaire?», en *Mélanges en Hommage à M. Waelbroeck. Volume II*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 1009 y ss.; y D. SPIELMANN, «Human Rights Case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities», en *The EU and Human Rights* (ed. P. Alston con M. Bustelo y J. Heenan), Oxford University Press, 1999, p. 764 y ss. En contra, defendiendo la «inexistencia real de contradicción sustancial» entre las doctrinas de Luxemburgo y Estrasburgo (*Hochst v. Chapell y Niemietz*, y *Orkem v. Funkle*), G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GALVEZ, «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, nº 1, p. 341 y ss. (la cita, en p. 346); cfr. en la misma línea J.P. PUISOCHET, «La Cour Européenne des Droits de l'Homme, La Cour de Justice des Communautés Européennes et la protection des droits de l'homme», en *Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heymanns, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, 2000, p. 1146-1147.

¹³ U «ostensibilidad», como corrige L. MARTÍN-RETORTILLO, que formó parte del Comité Simitis («Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, 2000, nº 57, p. 43).

puso primero el *Informe Simitis* —«*Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*» («los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser "visibles"») y asumió después el *Consejo Europeo de Colonia* («la evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance»).

En efecto, no es lo mismo para el ciudadano, siquiera auxiliado por el experto de turno, moverse en el terreno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ¹⁴ e incluso en ausencia de ella en el difuso contexto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ¹⁵, que contar con un texto de referencia que, de entrada, concrete lo uno y lo otro cuanto menos a modo de marco de referencia ¹⁶. Y eso no puede desde luego discutírsele a la Carta

¹⁴ Y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habida cuenta de que existen derechos y libertades cuyo reconocimiento no está claro en el texto del Convenio pero sí en la jurisprudencia de Estrasburgo y que resultan formalizados (haciéndolos así ostensibles) por la Carta. Cfr. el *Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta* elaborado por el *Presidium* de la Convención encargada de elaborar la Carta (CHARTE 4473/1/00 REV 1 CONVENT 49), en el que se destaca la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los artículos de la Carta 19.2 (relativo al derecho a no ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes: *asuntos Soering*, 7 julio 1989 y *Ahmed*, 17 diciembre 1996) y 47.3 (relativo a la asistencia jurídica gratuita: *asunto Airey*, 9 octubre 1979). Cfr. también la *Contribución de los observadores del Consejo de Europa sobre el proyecto de anexo a las explicaciones relativas al artículo 51.3 de la Carta* (CHARTE 4479/00 CONTRIB 330), en la que se advierte acerca de otras disposiciones de la Carta cubiertas, al menos en parte, por la jurisprudencia de Estrasburgo: *asuntos Leander*, 26 marzo 1987, *Amman*, 16 febrero 2000 y *Rotaru*, 4 mayo 2000, con relación al artículo 8 de la Carta (protección de datos de carácter personal); *Muller*, 24 mayo 1988, *Karatas*, 8 julio 1999 y *Hertel*, 25 agosto 1998, con relación al artículo 13 (libertad de las artes y de las ciencias); *Noack*, 25 mayo 2000, con relación al artículo 22 (protección de la diversidad cultural, religiosa y lingüística); *T. y V.*, 16 diciembre 1999 y *Scozzari y Giunta*, 13 julio 2000, con relación al artículo 24 (derechos del menor); *Botta*, 24 febrero 1998, con relación al artículo 26 (integración de las personas discapacitadas); *López Ostra*, 9 diciembre 1994, *Guerra*, 19 febrero 1998 y *L.B.C.*, 9 junio 1998, con relación al artículo 37 (protección del medio ambiente); y, finalmente, *Constantinescu*, 27 junio 2000, con relación al artículo 49.3 (proporcionalidad de las penas).

¹⁵ Recordemos que el Tribunal, aunque suele centrar su atención en el Convenio, maneja también, sobre todo sus Abogados Generales, otros tratados internacionales en materia de derechos humanos. Baste con advertir que entre los instrumentos manejados por la Convención como fuente de los derechos y libertades incorporados a la Carta, ajenos al contexto comunitario en sentido estricto, figuran, amén del Convenio Europeo y de la Carta Social Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto a Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, el Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Menor, y el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Políticos.

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

(que además, «para dar respuesta al problema de la falta de confianza pública», está redactada de manera «sencilla, directa y fácilmente comprensible, libre de la jerga burocrática y jurídica que con frecuencia desfigura los documentos constitucionales oficiales»¹⁷).

Como tampoco parece discutible que, aunque sólo sea como fuente de inspiración, la Carta está llamada a desempeñar un papel esencial en la labor del Tribunal de Justicia a la hora de seguir configurando vía pretoriana los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho de la Unión: si las tradiciones constitucionales comunes y los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituían antes de la proclamación de la Carta herramientas esenciales en la configuración de los derechos fundamentales en el plano comunitario, y lo siguen constituyendo a la luz del artículo 6 del Tratado de la Unión¹⁸, no veo razón alguna por la que el Tribunal de Justicia vaya a hacer abstracción de un instrumento como la Carta que, por mucho que carezca de fuerza vinculante, amén de facilitarle la labor de análisis y síntesis, lo hace rodeando el punto de partida en dicha labor de un clima de, en el sentido más amplio de la expresión, «legitimidad» mucho mayor que el que rodea la labor de análisis y síntesis por los letrados al servicio del Tribunal¹⁹. Pero es ésta una cuestión que concierne ya al valor de la Carta, que analizaremos a continuación.

Por lo demás, la Carta supone avanzar en la «constitucionalización» —en el sentido más amplio de la expresión— siquiera «aproximativa»²⁰ de la integración europea, sembrando las semillas de un texto que, aunque se man-

nos europeos», sostiene por su parte J. LIMBACH, Presidenta del Tribunal Constitucional Federal alemán, «no quieren tener que desenredar laboriosamente sus derechos fundamentales de cientos de sentencias y del nudo caótico de los tratados» («The Concept of the Supremacy of the Constitution», *The Modern Law Review*, 2001, n.º 1, p.10).

¹⁷ Cfr. el *Dicamen* del Comité de las Regiones, ya citado, sobre *El proceso de elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*.

¹⁸ Conforme al cual, recordemos, «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario».

¹⁹ Según el Abogado General Mischo, en sus Conclusiones en los asuntos *Booker y Hydro (C-20 y 64/00)*, la Carta «constituye la expresión, al más alto nivel, de un consenso político democráticamente elaborado sobre lo que hoy debe considerarse como el catálogo de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario».

²⁰ La expresión es de V. CONSTANTINESCO, «La constitutionnalisation de l'Union européenne», en *De la Communauté de Droit à l'Union de Droit. Continuités et avatars européennes* (dir. J. Rideau), Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2000, p. 152. Muy combativo se muestra por su parte FAVOREU hacia el empleo de expresiones «constitucionales», en la medida en que tenderían a maquillar de cara al ciudadano las carencias de la construcción europea (cfr. su informe «Quel(s) model(s) constitutionnel(s)?» presentado en el Coloquio *Vers un Droit constitutionnel européen. Quel Droit constitutionnel européen?*, celebrado bajo la dirección de J.F. Flauss con ocasión del 40 aniversario del Instituto de Altos Estudios Europeos de la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo, así como sus intervenciones en el subsiguiente debate, en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1995, n.º 11-12, p. 357 y ss.; también su diálogo con OBERDORFF publicado en la *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2000, n.º 435, p. 94 y ss., bajo el título «Droit Constitutionnel et Droit Communautaire: Les rapports de deux ordres juridiques»).

tenga como tratado internacional, acentuará su naturaleza *sui generis*, acercándose materialmente a lo que fue ya calificado en 1986 por el TJCE como «carta constitucional»²¹ (intensificando la sensación de que esa particular organización de Estados que es la Unión Europea va más allá de la inicial consideración del individuo como mero factor de producción que rodeó los orígenes de la Europa comunitaria y haciendo progresivamente realidad la «unión más estrecha de los pueblos europeos» que ya vislumbraba en su preámbulo el Tratado CEE en 1957 y que impulsó el Tratado de Maastricht).

II. EL PERSUASIVO VALOR JURÍDICO DE LA CARTA

Lo primero que debe destacarse es que la ausencia de fuerza jurídica vinculante de un instrumento, en nuestro caso de la Carta, no implica ausencia de efectos jurídicos, como claramente demuestra el papel que ha venido desempeñando en el marco del ordenamiento jurídico comunitario el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual, aun no vinculando jurídicamente, en sentido estricto, a la Comunidad, ha funcionado como esencial fuente inspiradora en la configuración de los derechos fundamentales vía pretoriana por el Tribunal de Justicia.

Como sostuvo la Comisión en su *Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*²², «se puede apostar –sin mucho riesgo– que la Carta producirá sus efectos, también en el plano jurídico, sea cual fuere la naturaleza que se le atribuya». Concretamente, puntualizó, «es evidente que el Consejo y la Comisión, que están llamados a proclamarla solemnemente, difícilmente podrán ignorar en el futuro, cuando actúen como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo Europeo²³ por todas las fuentes de legitimidad nacionales y europeas reunidas en un mismo foro»²⁴. Y «del mismo modo», aña-

²¹ *Asunto Los Verdes v. Parlamento Europeo*, 23 abril 1986 (294/83).

²² COM (2000) 644 final, 11 octubre 2000.

²³ Recordemos que, según reza el primer párrafo del artículo 4 TUE, «el Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales».

²⁴ El órgano *ad hoc* diseñado por el Consejo Europeo de Colonia, concretado poco después en la cumbre de Tampere, quedó integrado por 62 miembros de diversa procedencia (15 representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, 1 representante de la Comisión, 16 eurodiputados y 30 diputados nacionales) y 4 observadores (2 representantes del TJCE y otros 2 del Consejo de Europa –uno de ellos representante del TEDH–), corriendo las funciones de secretaría a cargo de la Secretaría General del Consejo. Además, el Consejo Europeo de Tampere invitó a dar su opinión a órganos de la Comunidad (Comité Económico y Social, Comité de las Regiones y Defensor del Pueblo) y previó el cambio de impresiones con los Estados candidatos a la ampliación, al tiempo que habilitó al órgano *ad hoc* (que se autobautizó, como señaló, «Convención») para invitar también a dar su opinión a otros organismos, grupos sociales y expertos.

dió, «parece lógico que, a su vez, el Tribunal de Justicia se inspire en la Carta, como ya lo hiciera con otros textos sobre derechos fundamentales», de manera que «se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho Comunitario»²⁵.

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

Ésta es precisamente la línea argumental que ya ha aflorado en el seno del propio Tribunal, concretamente en las Conclusiones del Abogado General Tizzano en el *asunto BECTU*, 26 junio 2001 (C-173/99), en las que, con relación a la consideración como derecho fundamental del derecho a vacaciones anuales retribuidas²⁶, puede leerse²⁷: «Cierto es que no se ha reconocido a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como portadora de alcance genuinamente normativo en sentido estricto. Con otras palabras, no es, formalmente, en sí misma vinculante. Sin embargo, sin pretender participar aquí en el amplio debate que está teniendo lugar en torno a los efectos que, bajo otras formas y medios, puede no obstante producir la Carta, el hecho es que incluye declaraciones que parecen en gran medida reafirmar²⁸ derechos consagrados en otros instrumentos. En su preámbulo, además, se señala que "la presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

²⁵ No obstante lo cual, la propia Comisión consideró «preferible, por razones de visibilidad y seguridad jurídica, que la Carta resulte vinculante por sí misma, y no a través de su interpretación jurisprudencial». V. CONSTANTINESCO, por su parte, opina que estaríamos ante un acuerdo interinstitucional «cuya autoridad vinculante hacia las mismas Instituciones que lo aceptaron se podría argumentar («La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia», *Anuario de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 179, 191).

²⁶ Según el artículo 31.2 de la Carta, «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas». Cfr. las Conclusiones, también de Tizzano y con el derecho a vacaciones retribuidas como telón de fondo, en el *asunto Tuffnells Parcels Express* (C-133/00).

²⁷ Traducción propia.

²⁸ De ahí la calificación de la argumentación de TIZZANO como «tesis de la confirmación» por L. BURGORGUE-LARSEN, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européen racontée au citoyen européen», *Revue des Affaires Européennes*, 2000, n^o4, p. 406.

Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Consecuencia de ello, concluye Tizzano, «pienso que, en procedimientos relativos a la naturaleza y alcance de un derecho fundamental, las declaraciones relevantes de la Carta no pueden ser ignoradas; particularmente, no podemos ignorar su claro propósito de servir, cuando sus disposiciones así lo permiten, como parámetro sustancial de referencia para todos los involucrados —Estados miembros, instituciones, personas físicas y jurídicas— en el contexto comunitario»²⁹.

La Carta puede, por otro lado, servir para reforzar la doctrina del Tribunal de Justicia acerca del alcance de los derechos fundamentales comunitarios, poniendo fin a la extravagancia con que el Tratado de Maastricht primero y el de Amsterdam después abordaron la cuestión del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y de su control jurisdiccional.

En efecto, el respeto de los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho comunitario, como vimos, fue erigido por el Tri-

²⁹ Cabe asimismo mencionar las Conclusiones del Abogado General Alber en el *asunto TNT Traco Spa (C-340/99)*, en las que trajo a colación (no así el Tribunal al resolver el asunto mediante sentencia de 17 de mayo 2001) el artículo 36 de la Carta (que establece que «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión») a los efectos de reforzar, por cuanto «expresión de un valor básico del Derecho Comunitario», la excepción recogida en el artículo 90.2 TCE (actual 86.2), conforme a la cual el sometimiento de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas del Tratado, en especial a las de competencia, se supedita a que la aplicación de las mismas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a tales empresas.

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

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

Mención aparte merece nuestro Tribunal Constitucional, pionero en la utilización de la Carta como fuente de inspiración (antes incluso de su proclamación en Niza) a los efectos de concretar el haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto del derecho fundamental a la protección de datos personales (*STC 292/2000, de 30 de noviembre*). Ello a diferencia del Tribunal de Primera Instancia, que rechazó en el *asunto Mannesmannröhren v. Comisión, 20 febrero 2001 (T-112/98)* la solicitud de reapertura de la fase oral para debatir la eventual incidencia de la Carta en el asunto sobre la base de que la misma «no puede tener consecuencia alguna sobre la apreciación del acto impugnado, que había sido adoptado con anterioridad —a su proclamación el 7 de diciembre de 2000—. Argumentación ésta que parece descartar, erróneamente en mi opinión, la «tesis de la confirmación», pues malamente se puede hablar en términos de retroactividad/irretroactividad respecto de un instrumento que reafirma o confirma derechos o libertades (y que, por lo demás y como ha advertido L. MONTANARI, es abordado por el Tribunal de Primera Instancia, aplicando el principio *tempus regit actum*, en términos propios de instrumentos destinados a tener inmediato valor normativo —«Una decisión del Tribunal de Prima Instanza fra la CEDU e la Carta di Nizza», *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2001, II, p. 675).

bunal hace más de treinta años en uno de los pilares esenciales del funcionamiento del aparato institucional comunitario, y ya en 1992 exigía dicho respeto —en cierta medida y según los términos que analizaremos a continuación— a la actividad de los Estados miembros, bajo el control último del propio Tribunal.

Cuando en Maastricht se decidió formalizar constitucionalmente esta doctrina del Tribunal de Justicia, se hizo de una manera, como señalé, ciertamente extravagante³⁰: el artículo F.2 TUE asumió el respeto de los derechos fundamentales por la Unión (sin mencionar, pues, a los Estados miembros), al tiempo que, de modo sorprendente, no contempló dicho precepto entre los sometidos a la jurisdicción del Tribunal (artículo L). Y la siguiente reforma de Amsterdam se limitó a corregir sólo en parte la extravagancia al acompañar la apertura del artículo F.2 a la competencia del Tribunal con la puntualización de que tal competencia se ejercería «respeto de la actuación de las instituciones» (actual artículo 46 *d* TCE)³¹.

Pues bien, de la misma manera que Maastricht no debía interpretarse como una restricción de la doctrina del Tribunal de Justicia acerca del respeto de los derechos fundamentales (en el sentido de excluir de dicho respeto a los Estados miembros y de negar el control del Tribunal de Justicia sobre el aparato político comunitario³²), sino como una enrevesada manera de recalcar que fuera del pilar comunitario el Tribunal carecía de competencia para intervenir (siquiera para controlar las supuestas vulneraciones de los derechos fundamentales)³³, tampoco Amsterdam debe, creo, entenderse como un intento de restringir dicha doctrina respecto de su extensión a los Estados miembros, sino como una igualmente enrevesada manera de recalcar que el Tribunal sólo podrá velar por el respeto de los derechos fundamentales en aquellos ámbitos del Derecho de la Unión donde tenga reconocida competencia para controlar la actividad de las Instituciones (que no son todos, excluido el segundo pilar) y en el marco del sistema de recursos establecido en cada caso (que varía del tradicional régimen comunitario a los especiales del tercer pilar, tanto en la parte comunitarizada por Amsterdam —nuevo Título IV TCE³⁴— como en la que allí ha permanecido —nuevo Título VII TUE³⁵).

³⁰ O «anómala», como la califica G. TESAURO, «Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali», en *La costituzione europea (Atti del XIV Convegno Annuale della Associazione italiana dei costituzionalisti)*, Cedam, Padua, 2000, p. 319.

³¹ Sobre las dudas suscitadas por la manera de abordar la protección de los derechos fundamentales tanto en Maastricht como en Amsterdam, cfr. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Scritti in Onore di G.F. Mancini –Volume II. Diritto de la Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 845.

³² Cfr. sin embargo en este sentido, a título de ejemplo, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 enero 2000*, publicada en *Noticias de la Unión Europea*, 2001, n° 197, p. 123 y ss.

³³ Cfr. en este sentido G. GAJA, «Identifying the Status of General Principles in European Community Law», en *Scritti in Onore di G.F. Mancini –Volume II. Diritto de la Unione Europea*, cit., p. 454.

³⁴ Cfr. artículo 68 TCE.

³⁵ Cfr. artículo 35 TUE.

En tal dirección se mueve en todo caso la Carta, que viene a aclarar de una vez por todas ³⁶ que los derechos fundamentales comunitarios —o mejor dicho, de la Unión Europea ³⁷— vinculan, bajo el control del Tribunal de Justicia y en el marco del sistema de recursos establecido en los Tratados, tanto a la Unión (incluidos «instituciones y órganos» ³⁸) como a los Estados miembros, matizando respecto de éstos que tal vinculación operará «únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión».

Llegados a este punto, conviene precisar que esta doctrina del Tribunal asumida por la Carta cubre no sólo las ejecuciones *stricto sensu* del Derecho comunitario por los Estados miembros ³⁹, sino también las posibles derogaciones ⁴⁰ o excepciones ⁴¹ al mismo en principio justificadas por el propio Derecho comunitario; dudas subsisten, en cambio, con relación a las actividades de los Estados miembros en ámbitos competenciales comunitarios sobre los que la Comunidad no haya ejercitado aún sus competencias ⁴².

En este contexto, ¿podría entenderse que la Carta pretende restringir la referida doctrina del Tribunal de Justicia, interpretándose la vinculación de los Estados miembros «únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión» en el sentido de excluir toda actividad nacional al margen de una vinculación con el mismo en términos de estricta ejecución? ⁴³.

³⁶ Artículo 51.1.

³⁷ Cfr. H. LABAYLE, «Vers un Droit des libertés fondamentales de l'Union Européenne», en *Realité et perspectives du Droit communautaire des droits fondamentaux* (dir. F. Sudre y H. Labayle), cit., p. 465.

³⁸ Esto es, también los órganos creados vía Derecho comunitario derivado: cfr. a título de ejemplo, con relación a la protección de datos de carácter personal, el organismo de vigilancia independiente previsto en el artículo 286 TCE.

³⁹ *Asunto Wachauf, 13 julio 1989 (5/88)*.

⁴⁰ *Asunto ERT, 18 junio 1991 (C-260/89)*.

⁴¹ *Asunto Familiapress, 26 junio 1997 (C-368/95)*.

⁴² Cfr. J.H.H. WEILER, «Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals —A Critique», *European Journal of International Law*, 1992, n°1, p. 79 y ss.; K. LENAERTS, «Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, 2000, n° 1, p. 22-23.

⁴³ Hipótesis esta barajada y no descartada por L. BESSELINK, «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, n° 1, p. 76-79; en la misma línea, G. DE BÚRCA, «The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», *European Law Review*, 2001, n° 1, p. 136-137, y F.G. JACOBS, «Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice», *European Law Review*, 2001, n°4, p. 338-339. En una interpretación amplia cree, por el contrario, M. CARTABIA, «Articolo 53», en *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (dir. R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto), Il Mulino, Bolonia, 2001, p. 349. Debe tenerse en cuenta que, con relación a Amsterdam, no faltan quienes, como LENAERTS («Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union», cit., p. 21), consideran que, sin pretender alterar la doctrina del Tribunal acerca del sometimiento de los Estados miembros a los derechos fundamentales comunitarios, sí que pudo implicar una advertencia al Tribunal para que actuara con cautela al respecto, evitando caer en la tentación de asumir una competencia general de control sobre la actividad de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales, i.e. con independencia de su grado de conexión con el Derecho de la Unión (sobre las diferencias entre los sistemas de protección comunitario y norteamericano, con un análisis, respecto de éste, de la doctrina de la incorporación a la Decimocuarta Enmienda constitucional de la *Bill of Rights* y sus efectos sobre los Estados federados, puede verse, del mismo autor, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruselas, p. 187 y ss.).

Parece descartar tal posibilidad el *Presidium* de la Convención, que, en sus *Explicaciones relativas al texto completo de la Carta* ⁴⁴, sostuvo que los derechos en ella reconocidos se impondrían a los Estados miembros cuando actuaran «en el marco del Derecho comunitario», noción ésta que desde luego cubre un más amplio espectro que la «aplicación» entendida en sentido estricto ⁴⁵.

Es más, si buceamos en la jurisprudencia del Tribunal, encontramos que la noción que más se acerca a la de «marco del Derecho comunitario» es la de «ámbito de aplicación del Derecho comunitario» utilizada en sentido negativo a los efectos de excluir del radio de acción de los derechos fundamentales comunitarios la actividad nacional que no esté comprendida dentro de dicho ámbito, esto es, que no presente elementos de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el ordenamiento jurídico comunitario ⁴⁶; lo que, interpretado *a contrario sensu*, implicaría inclusión en dicho radio de acción de toda actividad que presente elementos de conexión, y no necesariamente en estrictos términos de aplicación o ejecución, con el Derecho comunitario.

Incluso podría sostenerse que una lectura restrictiva del grado de vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales proclamados en la Carta iría a contracorriente de la filosofía que parece inspirarla, impregnada de una *vis expansiva* que el apartado 2 del mismo artículo 51 —según el cual la Carta «no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados»— consigue como mucho difuminar, que no borrar, y que se traduce en la incorporación de derechos y libertades que parecen situarnos, como recalca el primer párrafo del Preámbulo de la Carta (haciendo a su vez eco del Preámbulo del Tratado constitutivo de la entonces Comunidad Económica Europea), ante unos pueblos de Europa decididos a «crear entre sí una unión cada vez más estrecha» y a «compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes».

Con otras palabras, admitido que una cosa es el abanico —cada vez más amplio— de competencias de naturaleza sectorial asumidas por las Comunidades y por la Unión y en el que no figura la protección *in genere* de

⁴⁴ CHARTE 4473/1/00 REV 1 CONVENT 49. Recordemos, como hizo el Abogado General Jacobs en los asuntos acumulados *D y Suecia v. Consejo C-122/99 P y C-125/99 P*, que tales explicaciones carecen de valor jurídico y tienen simplemente por objeto aclarar las disposiciones de la Carta a la luz de las discusiones que tuvieron lugar en el seno de la Convención.

⁴⁵ Y digo «parece» porque el caso es que el *Presidium* trajo a colación en sus explicaciones precisamente el asunto *Wachauf*, el cual, recordemos, refiere la vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales comunitarios en la medida en que «apliquen» Derecho comunitario (al igual que el asunto *Karlsson e.a.*, 13 abril 2000, C-292/97, también traído a colación); no hizo referencia el *Presidium*, en cambio, a los asuntos *ERT* y *Familiapress*, que, como hemos visto, se referían a derogaciones/excepciones del/al Derecho comunitario y en ese sentido reflejarían mejor la más amplia noción de «marco del Derecho comunitario».

⁴⁶ Cfr. asuntos *Kremzow*, 29 mayo 1997 (C-299/95) y *Annibaldi*, 18 diciembre 1997 (C-309/96).

los derechos fundamentales, que la Carta por sí sola y como recuerda el recién transcrito artículo 51.2 no pretende alterar, y otra bien distinta el papel que los derechos fundamentales están llamados a desempeñar en las Comunidades y en la Unión, a saber, presidir todas y cada una de las mencionadas competencias sectoriales⁴⁷, lo cierto es que la generosidad del elenco de derechos, libertades y principios⁴⁸ incorporados a la Carta⁴⁹ parece auspiciar

⁴⁷ Lo que no pareció entender el Tribunal de Justicia al abordar la cuestión competencial en su *Dictamen 2/94, 28 marzo 1996*, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pese a que varios gobiernos y la Comisión defendieron en sus alegaciones la mencionada consideración de la protección de los derechos fundamentales en cuanto «principio horizontal» u «objetivo transversal» destinado a iluminar el *modus operandi* comunitario a los efectos de alcanzar los objetivos de naturaleza sectorial (cfr. al respecto, por ejemplo, D. SIMON, *L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme*, Europe, 1996, Juin, p. 3).

⁴⁸ Principios (o *aspirational fundamental rights* —cfr. R. GOSALBO BONO, «Derechos humanos y Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, n.º 1, p. 65), muy familiares al jurista español (cfr. los «principios rectores de la política económica y social» del Capítulo III del Título I de nuestra Constitución), de naturaleza inspiradora y reaccional frente a la imprescindible concreción legislativa que resulte contraria ellos (sobre las posibilidades de accionar judicialmente tales principios, cfr. la contribución de la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme* a los trabajos de la Convención —CHARTRE 4101/00 CONTRIB 1—, así como la exposición de O. De SCHUTTER en las Jornadas de estudio sobre la Carta dirigidas por F. Benoit-Rohmer y publicadas en la *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, n.º 1/2 «La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne à la garantie des droits dans l'ordre juridique communautaire», p. 42-43). Una crítica a la inclusión de estos principios en un catálogo de derechos fundamentales, en F. RUBIO LLORENTE, «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», en *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997, p. XVI; de «mezcolanza» considerada como «deficiencia intrínseca de la Carta» habla, por su parte, L.E. DE LA VILLA GIL, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho Social Internacional y Comunitario)*, 2001, n.º 32, p. 31.

⁴⁹ Una serie de aclaraciones son precisas al respecto. Por lo pronto, el hecho de que se proclame un determinado derecho o libertad en la Carta no significa que la Comunidad (o la Unión) tenga por ello competencia para regular el derecho o libertad en cuestión sino, sencillamente, que deberá respetarlo en el ejercicio de los concretos poderes de acción que le atribuya el Tratado. Así, el hecho de que la Carta proclame la libertad religiosa (artículo 10) no conlleva competencia de la Comunidad (o la Unión) para regular los cultos; pero ello no excluye su respeto —garantizado en última instancia por el Tribunal de Justicia— por las Instituciones comunitarias a la hora, por ejemplo, de reclutar a sus agentes (así, *asunto Prais v. Consejo, 27 octubre 1976, 130/75*; cfr. al respecto J.P. JACQUÉ, «La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne», exposición presentada en las Jornadas recién citadas dirigidas por F. Benoit-Rohmer, p. 6). Lo dicho teniendo en cuenta, por otro lado, que muchos de los derechos y libertades de la Carta están dirigidos esencialmente no a la Comunidad (o a la Unión) sino a los Estados miembros, los cuales también están sometidos a la Carta, según hemos visto, cuando aplican Derecho de la Unión (por ejemplo, cuando imponen sanciones penales por vulneración de normas comunitarias, dichas sanciones —artículo 4 de la Carta— en ningún caso podrán implicar tratos inhumanos o degradantes; ello teniendo en cuenta que la Unión cuenta ya, en el marco del tercer pilar, con poderes para adoptar decisiones marco en materia penal con el fin de prevenir y luchar contra la delincuencia). No hay que olvidar, por lo demás, que incluso aquellos derechos en principio más desvinculados del radio de acción de la Comunidad (o la Unión), como la prohibición de la pena de muerte, constituyen un parámetro básico de referencia a los efectos de los artículos 49 (condiciones para la adhesión a la Unión) y 7 (sanción —y con Niza, prevención también— frente a violaciones de los derechos fundamentales por alguno de los socios) del TUE (cuestión distinta es que el terreno natural de ambos preceptos sea, desde el punto de vista sustancial, el de la valoración política, excluido el papel del Tribunal de Justicia más allá de las cuestiones procedimentales; sobre la distinción entre «derechos humanos» y «derechos fundamentales» en cuanto categorías aplicables, respectivamente, a las relaciones entre Estados —dimensión internacional— y a las relaciones entre los Estados y sus propios ciudadanos —dimensión interna—, cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», ponencia presentada en el Seminario Internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 6, 7 y 8 de noviembre de 2001 —punto II.2).

un clima de convivencia «basado en valores comunes» que llevaría aparejado una mayor consideración de dichos valores como piezas esenciales del ejercicio de las libertades de circulación sobre las que pivota el mercado interior⁵⁰, o incluso, a más largo plazo, como piezas esenciales de una ciudadanía europea⁵¹ progresivamente fortalecida⁵² en el contexto de un espacio de libertad, seguridad y justicia que, según puede leerse en el Preámbulo de la Carta, «sitúa a la persona en el centro de la actuación de la Unión»; lo que se traduciría, en última instancia, en una suave y progresiva ampliación del actual radio de control judicial desde Luxemburgo de los Estados miembros que, en definitiva, casaría mal con una interpretación restrictiva, en los términos expuestos, de la noción de «aplicación del Derecho de la Unión» contenida en el apartado 1 de artículo 51.

III. TRIBUNAL DE JUSTICIA, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (O SUPREMOS) NACIONALES: PLURALIDAD DE ACTORES PARA UN GUIÓN MÚLTIPLE Y DIALÉCTICO

Precisado que la Carta ha empezado ya a operar como fuente privilegiada de inspiración en el Tribunal de Justicia (a los efectos de seguir configurando vía pretoriana, como ha venido haciendo hasta ahora, los derechos fundamentales propios de la Unión Europea) y en nuestro Tribunal Constitucional (en cuanto canon de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución⁵³), el siguiente interrogante que se plantea es si la Carta, hoy por hoy (o incluso el día de mañana en el supuesto de que llegara a traducirse en instrumento jurídicamente vinculante a través de su incorporación formal como parte de los Tratados), está llamada a, vía sustitución, desvincular a la Unión de los instrumentos que venían

⁵⁰ Que podrían considerarse indirectamente coartadas en ausencia de un marco general y común de protección del individuo en cuanto tal, más allá, pues, de la protección de la que se beneficiaría en cuanto factor de producción. Con otras palabras, se iría consolidando la consideración del nivel uniforme de protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros como un aspecto esencial de las libertades comunitarias de circulación, de manera que la amenaza a una vulneración de aquéllos en un determinado Estado que llevara a los beneficiarios de éstas a renunciar a su ejercicio se valoraría como un atentado a las libertades de circulación mismas. Cfr. en esta línea la contribución recién citada de la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme* a los trabajos de la Convención.

⁵¹ Cfr. Conclusiones del Abogado General Jacobs en el *asunto Konstantinidis*, 30 marzo 1993 (C-168/91).

⁵² Cfr. *asuntos Martínez Sala*, 12 mayo 1998 (C-85/96) y *Grzelczyk*, 20 septiembre 2001 (C-184/99).

⁵³ En el mencionado *asunto 292/2000*, de 30 de noviembre. Hace ya diez años, el Tribunal Constitucional sostuvo en el *asunto 28/1991*, de 14 de febrero, que el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española «habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el artículo 10.2 de la Constitución», añadiendo a continuación que las normas de Derecho comunitario «podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el artículo 10.2».

presidiendo hasta ahora la protección, en su radio de acción, de los derechos fundamentales, o por el contrario, estamos ante un nuevo instrumento destinado a convivir —y en caso afirmativo, en qué términos— con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con las Constituciones nacionales.

Adelanto que, cualquiera que fuera la pretensión de los Gobiernos nacionales en el Consejo Europeo de Colonia⁵⁴, la propia Carta se inclina por la convivencia a tres bandas⁵⁵, sin aclarar del todo, no obstante, sus términos.

Vayamos por partes.

La Carta, como hemos visto, vincula a «las instituciones y órganos de la Unión», así como a «los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

Para poder hablar de una desvinculación de la Unión respecto del Convenio Europeo como consecuencia de la proclamación de la Carta sería necesario asumir de antemano una relación entre aquélla y éste preexistente a Carta. ¿Es ése el caso?

La respuesta es afirmativa, porque, por lo que respecta a las Instituciones de la Unión, el artículo 6.2 TUE establece que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950»; y en cuanto a los Estados miembros, deben en todo caso respetar, en cuanto Partes Contratantes, el Convenio, cualquiera que sea el terreno en el que intervengan, i.e. ya sea en ejecución o no del Derecho de la Unión⁵⁶.

Continuando con la situación pre-Carta, el control jurisdiccional del respeto del Convenio tanto por las Instituciones de la Unión como por sus Estados miembros podía ser ejercitado tanto por el Tribunal de Justicia como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los siguientes términos:

—*ratione materiae*, el Tribunal de Estrasburgo intervenía en cuanto intérprete natural del Convenio aplicando éste en cuanto tal, mientras que el Tribunal de Luxemburgo no aplicaba el Convenio en cuanto tal sino derechos propios del ordenamiento jurídico comunitario por él configurados sentencia a sentencia inspirándose en el Convenio⁵⁷ (puede ha-

⁵⁴ Recordemos que el Consejo Europeo de Colonia abordó la idea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión apenas un mes después (junio de 1999) de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (que nada hizo por abrir las puertas a una posible adhesión de la Comunidad Europea al Convenio, subordinada por el Tribunal de Justicia —*Dictamen 2/94, 28 marzo 1996*— a una previa reforma a tal efecto del propio Tratado de la Comunidad), y tres meses después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos controlara la compatibilidad con el Convenio del Acta Electoral Europea (1976) en combinación con el Tratado de Maastricht (1992) —*asunto Matthews, 18 febrero 1999*.

⁵⁵ Ya en el Preámbulo, como vimos, «reafirma» los derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo (incluida la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo).

⁵⁶ Cfr. decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los *asuntos Cantoni, 15 noviembre 1996* y *Matthews, 18 febrero 1999*.

⁵⁷ Esto es, aplica los derechos y libertades del Convenio, dice literalmente el artículo 6.2 *in fine* TUE, «como principios generales del Derecho comunitario», es decir, en cuanto principios adaptados a las necesidades específicas del ordenamiento jurídico comunitario (de «recepción selectiva» habla D. SIMON «Y a-t-il- des principes généraux du Droit communautaire?», *Droits*, 1991, n°14, p.81). Así, y por lo

blarse, pues, de una suerte de aplicación *indirecta*⁵⁸ del Convenio por Luxemburgo 59);

—*ratione personae*, Luxemburgo controlaba la actividad tanto de las Instituciones como de los Estados miembros (al actuar éstos en el radio de acción de la Comunidad) cuando la intervención se producía en ámbitos donde tenía reconocida competencia jurisdiccional (que no se extiende sobre todo el radio de acción de la Unión), mientras que Estrasburgo extendía su jurisdicción con carácter general (en el sentido de cualquiera que fuera el ámbito de la intervención pública) y directamente sobre los Estados miembros en cuanto Partes Contratantes del Convenio, y también con carácter general aunque sólo indirectamente sobre las Instituciones de la Unión, esto es, a través del control ejercitado sobre los Estados miembros en cuanto ejecutores del Derecho comunitario, especialmente cuando la ejecución tenía lugar en términos reglados.

Así las cosas, ¿ha desplazado la Carta en el seno de la Unión al Convenio y al Tribunal de Estrasburgo? La respuesta es en este caso negativa.

que respecta al Convenio, se ha hablado de una «libertad fundamental del Tribunal de Justicia a interpretar derechos» (R. LAWSON, «Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg», cit., p. 227). Y en cuanto a las tradiciones constitucionales comunes, se ha sostenido que han permitido, al amparo de un pragmático «Derecho comparado superficial», establecer concepciones propias carentes de correspondencia en los Derechos de los Estados miembros [cfr. C. GREWE, «Les conflits de normes entre Droit communautaire et Droits nationaux en matière de droits fondamentaux», en *L'Union Européenne et les droits fondamentaux* (dir. S. Leclerc, J.F. Akandji-Kombé y M.J. Redor), Bruylant, Bruselas, 1999, p.70-71; de «aleatorio» y «discrecional» califican el referido análisis comparado, respectivamente, J.C. GAUTRON y O. DORD, «Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Le patrimoine constitutionnel européen*, Actes du séminaire UniDem-CERCOP, Montpellier 22-23 novembre 1996, Editions du Conseil d'Europe, 1997, p.168, y «Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité?», en *Les Cours Européennes. Luxembourg et Strasbourg, Pouvoirs*, 2001, nº 96, p. 12)]. Sobre las dificultades que encierra operar con el concepto de «tradiciones constitucionales comunes», cfr. F. MODERNE, «La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne», cit., p. 35 y ss. (dificultades que se verán acrecentadas a medida que vaya aumentando el número de Estados miembros y, en consecuencia, de sistemas jurídicos a tomar en consideración: cfr. M. KIJKER, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 2001, p. 301).

⁵⁸ O «mediatizada» (cfr. H. LABAYLE, «Droits fondamentaux et Droit Européen», *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 1998 spécial, p. 81)

⁵⁹ Aunque pueden advertirse casos en los que ha utilizado de manera directa el Convenio, como si asumiera de fundamento que los derechos y libertades en él previstos formarían parte, por principio, de los derechos fundamentales propios del ordenamiento comunitario (cfr. *asunto Baustahlgewerbe v. Comisión*, 7 diciembre 1998, C-185/95, en el que entró directamente en el análisis de la vulneración invocada por la recurrente del artículo 6.1 del Convenio), lo cierto es que el Tribunal de Justicia, como regla general, sigue insistiendo en que lo que aplica son derechos fundamentales que forman parte de los principios generales de Derecho comunitario, a su vez «inspirados» en el Convenio —y en las tradiciones constitucionales comunes (cfr. *asunto Krombach*, 28 marzo 2000, C-7/98). Contundente resulta al respecto el Tribunal de Primera Instancia, que, en el *asunto Mannesmannröhren-Werke v. Comisión*, 20 febrero 2001 (T-112/98), asumió las alegaciones de la Comisión en el sentido de que «aunque los derechos garantizados por el CEDH constituyen una fuente de inspiración para los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, para los derechos fundamentales, puesto que todos los Estados miembros se han adherido al CEDH, de manera que éste es el reflejo de la norma común a los Estados miembros en materia de derechos fundamentales, la legalidad de los actos de los órganos comunitarios no puede, no obstante, apreciarse directamente a la luz de dicho Convenio» (cfr. FFJJ 48, 59 y 75).

Por lo pronto, Estrasburgo va a continuar aplicando en cuanto tal el Convenio, en principio, en los términos competenciales expuestos ⁶⁰.

Cierto es que, por lo que respecta al Derecho comunitario y de la Unión, la naturaleza y el nivel del control a ejercitar por el Tribunal de Estrasburgo está en estos momentos abierto a debate ⁶¹. Así, por ejemplo, no está claro si Estrasburgo estará dispuesto a ejercitar su control en un ámbito abierto a su vez al control jurisdiccional de Luxemburgo (y si a tales efectos lo determinante será el carácter teórico del control por Luxemburgo o el haber sido o no efectivamente activado en cada caso concreto) ⁶². Como tampoco lo está en qué medida la deferencia otorgada a Luxemburgo sobre la base de la «protección equivalente» a la del Convenio dispensada por el ordenamiento de la Unión ⁶³ será susceptible de revisión ⁶⁴.

⁶⁰ Dejando a un lado los problemas que puede llegar a plantear la posibilidad de un control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los Estados de la Unión no ya a título individual sino de conjunto, i.e. sobre los quince Estados (cuestión en estos momentos pendiente de resolución en el marco del asunto *DSR-Senator Lines GmbH*, 56672/00; cfr. F. TULKENS, «L'Union européenne devant la Cour Européenne des droits de l'Homme», en las Jornadas citadas dirigidas por F. Benoit-Rohmer, cit., p. 56-57); o la posibilidad de control sobre los Estados de la Unión no ya a título de ejecutores del Derecho de la Unión, sino de partícipes en su propia configuración (cfr. al respecto O. De SCHUTTER y O. L'HOEST, «La Cour Européenne des Droits de l'Homme juge du Droit Communautaire: Gibraltar, l'Union Européenne, et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Cahiers de Droit Européen*, 2000, nº 1-2, p. 167 y ss.).

⁶¹ Cfr. I. CANOR, «"Primus inter pares". Who Is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?», *European Law Review*, 2000, nº1, p. 17 y ss.

⁶² Recordemos que en el asunto *Mathews* el Tribunal de Justicia recalcó la imposibilidad de control por el Tribunal de Justicia del Acta Electoral Europea de 1976 y del Tratado de Maastricht, de cuya combinación surgía la violación del Convenio alegada. Ello ha sido interpretado por COHEN-JONATHAN como una inevitable intervención en un concreto contexto de vacío jurídico que conllevaba una denegación de justicia («À propos de l'Arrêt Mathews v. Royaume-Uni», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, nº4, p. 645-646; en la misma línea, cfr. K. LENAERTS, «Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union», cit., p. 15-17). De SCHUTTER y L'HOEST, sin embargo, consideran irrelevante la distinción entre el Derecho originario (excluido por definición del control del Tribunal de Justicia en términos de validez) y el derivado a efectos de control desde Estrasburgo, y centran la atención en las dificultades que presenta la imputabilidad de la responsabilidad a los Estados miembros por infracción del Convenio precisamente en el marco del Derecho derivado, particularmente del adoptado por mayoría en el seno del Consejo («La Cour Européenne des Droits de l'Homme juge du Droit Communautaire: Gibraltar, l'Union Européenne, et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», cit., p. 141 y ss., especialmente 208).

⁶³ Cfr. la decisión de la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *M & Co.*, 9 febrero 1990 (13258/87). La tesis de la protección equivalente en ella sentada se encuentra en estos momentos pendiente de debate en el seno del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco recién mencionado de un recurso interpuesto por una empresa alemana contra los quince Estados de la Unión concerniente a una sanción impuesta a la recurrente por la Comisión de las Comunidades Europeas en aplicación del Derecho comunitario de la competencia (sanción a su vez impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia: asunto *DSR-Senator Lines GmbH* (56672/00)).

⁶⁴ Así, LENAERTS y De SMIJTER no descartan que pueda ser objeto en un futuro de una aproximación más estricta por parte del Tribunal de Estrasburgo con el fin de «hacer comprender a los Estados de la Unión Europea que solamente la adhesión al Convenio les servirá realmente de escudo frente a la responsabilidad por posibles violaciones del mismo cometidas por las Instituciones comunitarias» («The Charter and the Role of the European Courts», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, nº1, p. 101). Cfr. al respecto la «adhesión por las malas en defecto de una adhesión por las buenas» a la que hace referencia SUDRE en el debate ya citado sobre el tema «Le contexte de la Charte des droits fondamentaux» en las Jornadas de estudio sobre la Carta dirigidas por F. Benoit-Rohmer, p. 13.

Sí que parece estar en todo caso claro, no obstante, que existen posibilidades, y reales, de control indirecto sobre las Comunidades y la Unión que la Carta, *per se*, no hace desaparecer⁶⁵.

⁶⁵ Llegados a este punto, el debate se plantea, sobre todo, en términos de una posible adhesión de las Comunidades —y en su caso la Unión— al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Cfr. J.F. RENNUCCI, *Droit Européen des Droits de l'Homme*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999, p. 476 y ss.).

Sabido es que, como hemos visto, nada hizo la reforma de Amsterdam por abrir las puertas a tal adhesión, que había sido sometida por el Tribunal de Justicia a la necesidad de una expresa previsión al respecto por el Derecho originario (*Dictamen 2/94, 28 marzo 1996*). Pues bien, cualquiera que fuera la pretensión de los Gobiernos nacionales cuando decidieron dotar a la Unión de la Carta, lo cierto es que ésta no ha cerrado el debate respecto de una posible adhesión al Convenio: pocos días antes de su aprobación por la Convención el 2 de octubre de 2000, la Comisión misma sostenía que «la existencia de la Carta no amminorará el interés de esta adhesión —al Convenio—, que tendría por efecto establecer una tutela externa de los derechos fundamentales en la Unión» (*Comunicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* —COM 2000 559 final, 13 de septiembre de 2000; la delegación finlandesa, por su parte, remitía a los demás representantes gubernamentales un borrador de propuesta —22 septiembre 2000, CONFER 4775/00—, abogando por una paralela —a la adopción de la Carta— reforma del Tratado que previera la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio); y pocos días después (*Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* —COM 2000 644 final, 11 octubre 2000), insistía en que «aun cuando el proyecto de Carta es neutro en la cuestión de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, hay que reconocer que esta cuestión sigue estando abierta», puesto que «la existencia de la Carta no mermará el interés de la adhesión que originaría el establecimiento de una tutela externa de los derechos fundamentales en el nivel de la Unión» («Del mismo modo», añadía la Comisión, «la adhesión al Convenio en modo alguno privaría de interés a la elaboración de una Carta de la Unión Europea»).

Como he sostenido en otras ocasiones, más allá de la conveniencia, respaldada por un amplio sector doctrinal (cfr. G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européennes des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 173; D. CURTIN, «The "EU Human Rights Charter" and the Union Legal Order: The «Banns» Before the Marriage?», en *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley —Judicial Review in European Union Law*, Ed. Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 2000, p. 317; E. BRIBOSIA, «La protection des droits fondamentaux», en *La constitution de l'Europe*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 111 y ss.), de someter el Derecho de la Unión a un control externo por lo que respecta al respeto de los derechos fundamentales, no parecen existir razones de peso en favor de una exclusión del Derecho de la Unión, con el Tribunal de Justicia a la cabeza en cuanto intérprete supremo, de un control que alcanza al Derecho de los Estados miembros, incluido el de naturaleza constitucional, y a sus más altos tribunales; así opina, en todo caso, la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa —*Informe sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (14 septiembre 2000* —CHARTE 4465/00 CONTRIB 319) (opinión reiterada, una vez aprobada la Carta por la Convención, por los observadores del Consejo de Europa durante su elaboración —CHARTE 4961/00 CONTRIB 356, 13 noviembre 2000).

Cierto es que no faltan quienes (como, entre nosotros, RODRÍGUEZ BEREIJO, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 2000, p. 32; cfr. en la misma línea H.G. SCHERMERS, «The New European Court of Human Rights», *Common Market Law Review*, 1998, n° 1, p. 5-6, y Rt Hon Lord Hoffmann, «Human Rights and the House of Lords», *The Modern Law Review*, 1999, n° 2, p. 165) apuntan el temor hacia un control por un Tribunal de Estrasburgo en cierta medida desvirtuado ante la avalancha de miembros procedentes de países con escasa cultura en materia de derechos fundamentales (avalancha por lo demás aceptada, entre otros, por los quince Estados de la Unión, que «contribuyeron de este modo a que la Organización nacida en 1949 sea en la actualidad más un Consejo de Eurasia que de Europa» —J.A. CARRILLO SALCEDO, «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, n° 9, p. 23; el subrayado, del propio Carrillo).

No es menos cierto, sin embargo, que si se asume el temor a un control de la Unión Europea por el Tribunal de Estrasburgo por los motivos recién referidos (y que, dicho sea de paso, no obstó para que la Unión se dirigiera al Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de su independencia e imparcialidad institucional, solicitándole el nombramiento de tres personalidades encargadas de examinar el compromiso del Gobierno austríaco con los valores comunes europeos y la evolución

¿Y qué decir de Luxemburgo?

En la situación actual (de vigencia del artículo 6.2 TUE tal cual), parece evidente que el Convenio seguirá desempeñando el mismo papel que hasta ahora respecto de aquellos derechos y libertades que no tengan parangón en la Carta⁶⁶. Y respecto de los que sí lo tengan, la Carta no desplaza al Convenio salvo a los puros efectos de ofrecer un superior estándar de protección⁶⁷ (situación ésta que apenas difiere de la posibilidad pre-Carta de un desplazamiento a los mismos efectos del Convenio a través de la pura y dura labor pretoriana⁶⁸). Con otras palabras, la parte del Convenio materialmente absorbida por la Carta no conduce a la desaparición de aquélla en el ámbito de la Unión; antes al contrario, sigue constituyendo una fuente autónoma en el contexto integrador de la Carta, lo que, amén de traducirse en su utilización en cuanto estándar mínimo de protección que debe ser imperativamente asumido por la Carta⁶⁹,

política del FPÖ), es necesario asumir ese mismo temor con relación a los Estados de la Unión a título individual y a partir de ahí extraer las consecuencias que procedan. Con otras palabras, no veo motivo alguno para mantener un tratamiento diferenciado entre la Unión y sus integrantes, pues aquélla no deja ser una comunidad de valores asentada precisamente en los valores que presiden la convivencia en sus Estados miembros. Lo contrario, amén de suponer, creo, una incoherencia, nos sitúa en un terreno, nada teórico, de posibles callejones sin salida, habida cuenta de la dirección que parece estar tomando Estrasburgo que, de mantenerse, puede desembocar en situaciones kafkianas: ante una actividad de las Comunidades o de la Unión respaldada por el Tribunal de Luxemburgo y censurada por el de Estrasburgo con ocasión de su ejecución en un Estado miembro, éste se encontraría ante la disyuntiva, en todo caso de resultados insatisfactorios, de optar por cumplir con las obligaciones derivadas de su pertenencia al sistema de la Unión o con las derivadas de su pertenencia al sistema del Convenio (cfr. al respecto D. ANDERSON, «Shifting the Grundnorm (and Other Tales)», en *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley — Judicial Review in European Union Law*, cit., pp. 356-357).

⁶⁶ Que aunque pocos, existen: tal es el caso, por ejemplo, de los derechos, en materia penal, a un doble grado de jurisdicción y a indemnización en caso de error judicial: cfr. artículos 2 y 3 del Protocolo 7 al Convenio Europeo (y no hay que olvidar que la previsión e imposición de sanciones penales por los Estados miembros puede estar vinculada en ocasiones a infracciones del Derecho Comunitario; como tampoco hay que olvidar, como ya señalé, que la Unión cuenta ya, en el marco del tercer pilar, con poderes para adoptar decisiones marco en materia penal con el fin de prevenir y luchar contra la delincuencia). «Cuestión distinta —nos recuerdan RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ—, para la que la jurisprudencia —del Tribunal de Justicia— no ofrece elementos de respuesta, es la del valor jurídico de aquellos protocolos adicionales al Convenio que no vinculan a todos los Estados miembros de la Comunidad» («El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», cit., p. 338, nota 11).

⁶⁷ El artículo 52.3 de la Carta establece: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que se correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

⁶⁸ Contando ya Luxemburgo con ejemplos de superación de supuestas (cfr. la decisión del Tribunal de Estrasburgo en el *asunto Funke*, 25 febrero 1993) insuficiencias del Convenio en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario: cfr. con relación al derecho a no autoinculparse en el terreno del procedimiento administrativo sancionador propio del Derecho de la Competencia, los *asuntos Orkum v. Comisión* (347/87) y *Solvay v. Comisión* (27/88) —ambos de 18 octubre 1989—, y con relación al derecho a la tutela judicial efectiva, las Conclusiones de los Abogados Generales Van Gerven en el *asunto Parlamento Europeo v. Consejo*, 22 mayo 1990 (70/88), y Ruiz-Jarabo en los *asuntos Shingara y Radiom*, 17 junio 1997 (C-65 y 111/95).

⁶⁹ Distinto es el alcance, por lo que al Convenio se refiere, que debe atribuirse al artículo 53 de la Carta, según el cual «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limita-

podría llegar a incidir en un mayor grado de justiciabilidad de los derechos y libertades en ella contemplados⁷⁰.

¿Qué añade, a la luz de lo anterior, la Carta respecto del Convenio? Por lo pronto, formaliza aspectos de éste (haciéndolos así ostensibles) ligados a la labor pretoriana de Estrasburgo⁷¹. Y, además, incorpora derechos y libertades que no tienen parangón en el Convenio⁷².

tiva o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

En efecto, adviértase que el artículo 53, a diferencia del 52.3, *no impone* la asunción por el Tribunal de Justicia del superior estándar de protección ofrecido por los instrumentos en él mencionados como propio de la Carta, limitándose a sentar las bases de una *política judicial* favorecedora de la mayor protección posible del individuo. Con otras palabras, el Tribunal sería libre, a la luz del artículo 53, de no asumir como propio de la Unión un superior nivel de protección; pero si no lo hace, corre el riesgo de tener que asumir, esto sí por imposición del mismo artículo 53, quiebras en la uniformidad del Derecho de la Unión, el cual tendrá que ceder ante superiores niveles de protección. Y otro tanto cabe sostener en términos no ya de diferentes niveles de protección, sino de reconocimiento mismo de un determinado derecho o libertad, si el Tribunal no se decide a integrar en la Carta prolongaciones de los derechos y libertades en ella explícitamente garantizados a la luz de las pautas que por hipótesis marquen los instrumentos mencionados en el referido artículo 53.

Pues bien, es precisamente esta matización la que permite superar la redundancia en la que parece incurrir el artículo 53 con relación al 52.3 por lo que se refiere al Convenio: mientras que éste impondría la asunción por Luxemburgo de hipotéticos niveles superiores de protección procedentes del Convenio, aquél estaría respetando derechos del Convenio no incorporados a la Carta —caso, por ejemplo, de los ya aludidos derechos en materia penal a un doble grado de jurisdicción y a indemnización por error judicial previstos en los artículos 2 y 3 del Protocolo 7.

⁷⁰ En efecto, hay que tener en cuenta que, según dispone el apartado 2 del artículo 52, «los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos». Pongamos como ejemplo el principio de no discriminación por razón del origen racial o étnico proclamado en el artículo 21.1 de la Carta. A la luz del recién citado artículo 52.2, la operatividad de dicho principio estaría condicionada por lo que al respecto establece el artículo 13 TCE que, como es sabido, la supedita a la adopción de acciones adecuadas por el aparato político comunitario («sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual»). Con otras palabras, el principio de no discriminación por razón del origen racial o étnico no sería directamente aplicable en ausencia de concreción por el poder normativo de la Comunidad (cfr. con relación a la no discriminación por razón de la orientación sexual, también recogido como acabamos de ver en el artículo 13 TCE, *asunto Grant*, 17 febrero 1998, C-249/96). Si tal concreción no se hubiera materializado al día de hoy, lo que no es el caso (cfr. *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*), un sujeto, por ejemplo, discriminado a los efectos de poder afiliarse a un sindicato por razón de su etnia, no podría pretender una protección al amparo del artículo 21.1 de la Carta, al estar la operatividad de éste limitada por el artículo 13 TCE. Ahora bien, ¿no podría el sujeto en cuestión buscar protección por la vía del artículo 11 en conexión con el 14 del Convenio? (según el 11.1, «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»; el 14, por su parte, dispone que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»).

⁷¹ Cfr. nota 14.

⁷² De arranque, los derechos y libertades de contenido económico y social, la mayor parte de los cuales están incluidos en el Capítulo IV de la Carta (no todos, caso de la libertad profesional y del derecho a trabajar, así como de la libertad de empresa, consagrados en el Capítulo II, artículos 15 y 16) dedicado

¿Podría variar en algo la situación descrita en caso, por hipótesis, de eliminación de la referencia del artículo 6.2 del Tratado, en su versión actual, al Convenio, jugando la Unión la única carta de, valga la redundancia, la Carta como parte integrante del Tratado?

En principio, parecería que sí: mientras que el Convenio seguiría desempeñando el mismo papel por lo que respecta a los derechos y libertades del propio Convenio incorporados a la Carta⁷³, podría entenderse que, respecto de los no incorporados, dejaría de ilustrar a la Unión, sometida exclusivamente a la Carta.

a la «solidaridad» (algunos de los cuales, conviene puntualizar, también han encontrado eco en la jurisprudencia de Estrasburgo, caso del derecho a la acción colectiva contemplado en el artículo 28 de la Carta, considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como uno de los elementos propios del derecho de sindicación plasmado en el artículo 11 del Convenio; también conviene puntualizar que no todos los preceptos de este Capítulo IV contemplan derechos o libertades fundamentales en el sentido estricto de la expresión, sino, como vimos, meros principios informadores susceptibles de traducción, llegado el caso, en garantías de naturaleza reaccional si el poder normativo no respetara su contenido esencial). Ello sin olvidar los derechos y libertades del Capítulo V que, bajo la rúbrica «ciudadanía», tienen por beneficiarios, como regla general, solamente a los ciudadanos de la Unión (regla general que, no obstante, está abierta a matices no ya por lo que respecta a la extensión de algunos de los derechos allí incluidos a los residentes en los Estados miembros con independencia de su nacionalidad, sino porque incluso en algún caso, en concreto en el del artículo 41 —que bajo la rúbrica «derecho a una buena administración» incorpora, entre otros, el derecho a indemnización en el marco de la responsabilidad pública extracontractual—, se aplica a «toda persona», i.e. sin necesidad de vinculación a la Unión por nacionalidad o residencia). Debe advertirse, en fin, que la Carta también incorpora derechos civiles, en el sentido clásico de inherentes al ser humano y predicables, por tanto, respecto de cualquier persona, asimismo novedosos respecto del Convenio (no así del Convenio europeo de 1997 sobre los derechos humanos y la biomedicina adoptado también en el marco del Consejo de Europa), caso del derecho a la integridad de la persona en su vertiente de prohibición de prácticas eugenésicas, de conversión del cuerpo humano en objeto de lucro y de clonación reproductora de seres humanos (artículo 3).

⁷³ A la luz, debiera, de la jurisprudencia del intérprete natural (y supremo respecto de las Partes Contratantes) del Convenio, que no es otro que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No deja de ser a este respecto significativo, sin embargo, que en ningún momento se mencione la jurisprudencia de Estrasburgo en el articulado de la Carta, confinada finalmente en el Preámbulo —donde es «reafirmada»— tras un debate durante los trabajos de la Convención que recuerda al habido en el Reino Unido con ocasión de la tramitación de la *Human Rights Act 1998* (cfr. mi trabajo junto con I. TORRES MUÑOZ, «La Ley británica de derechos humanos -Human Rights Act 1998: una evolución a conciencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2000, nº105, p. 29).

La referencia o no a la jurisprudencia de Estrasburgo era, según FISCHBACH, decisiva, en la medida en que implicaba —en el primer caso— someterse estrictamente a la doctrina de Estrasburgo o por el contrario —en el segundo— seguir bendiciendo el margen de maniobra del Tribunal de Justicia a la hora de dar cuerpo a los derechos del Convenio en cuanto derechos propios del ordenamiento jurídico comunitario (i.e. en cuanto «principios generales del Derecho comunitario»). Cfr. al respecto la exposición de FISCHBACH, «Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne» y su posterior intervención —así como la de JACQUÉ— en la discusión sobre el tema «Le contexte de la Charte des droits fondamentaux» en las citadas Jornadas de estudio sobre la Carta dirigidas por F. Benoit-Rohmer, p. 8 y 13-14; también, en las mismas Jornadas, la exposición de P. WASCHMANN «Les droits civils et politiques», p. 16-17.

El *Presidium* no pareció albergar dudas acerca de la necesidad de tomar en consideración el Convenio no aisladamente sino jurisprudencialmente interpretado por Estrasburgo: en su explicación al artículo 52.3 (CHARTÉ 4473/1/00 REV 1 CONVENT 49) advierte, tras recordar que las referencias de la Carta al Convenio incluirían también, implícitamente, los Protocolos, que «el sentido y alcance de los derechos garantizados son determinados no sólo por el texto de estos instrumentos —Convenio y Protocolos—, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Digo «parece» porque justo a continuación añadió «y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»; y este añadido, que no figuraba en el último borrador de las notas explicativas del *Presidium* —CHARTÉ 4423/00 CONVENT 46—, bien podría entenderse como una reafirmación de la referida tradición de autonomía del ordenamiento comunitario a la hora de absorber las nociones del Convenio.

No creo, sin embargo, que tal debiera ser la lectura de una —se insiste, hipotética— eliminación de la referencia al Convenio por el Tratado de la Unión.

En primer lugar, porque la Carta no debe en ningún caso entenderse, desde una perspectiva material, como un catálogo taxativamente cerrado de derechos fundamentales. Esto es, podría si acaso entenderse como un catálogo taxativamente cerrado a los efectos de vías específicas, de llegarse a prever, de protección jurisdiccional⁷⁴, pero en ningún caso como un catálogo excluyente de la labor pretoriana a los efectos de interpretar generosa y dinámicamente los derechos y libertades en ella explícitamente garantizados, e incluso de configurar derechos y libertades a ella supuestamente ajenos entendidos si no como derechos fundamentales *stricto sensu* integrantes del «bloque de constitucionalidad», sí como principios generales del Derecho integrantes de la «legalidad ordinaria»⁷⁵.

Y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que una eliminación de cualquier referencia al Convenio en ningún caso tendría efectos *ad extra*, permaneciendo intacto el actual sometimiento indirecto de la Unión al mismo, incluido el control jurisdiccional por Estrasburgo, en lo concerniente a las intervenciones de los Estados miembros cubiertas por su radio de acción; ello implicaría, en última instancia, una presión del Convenio de efectos *ad intra* sobre el *modus operandi* de una Unión interesada en evitar ver sus cimientos mismos cuestionados⁷⁶ en el más tradicional marco europeo de protección de los derechos y de las libertades (que no es otro que el del Convenio)⁷⁷.

⁷⁴ A la manera, por hipótesis, del amparo alemán o español, o incluso creando una jurisdicción especial al efecto (cfr. Informe Pintasilgo «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales», punto III. 2 *in fine*).

⁷⁵ Cfr. al respecto J. BERING LIISBERG, «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», Harvard Law School. The Jean Monnet Chair, Paper 010401, punto 4.3. Acerca de la posibilidad de los altos tribunales de proclamar, en los Estados de la Unión, derechos fundamentales no consagrados en los textos constitucionales, cfr. C. GREWE y H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 146 y ss. Con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cfr. J. DE MEYER, «Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Protecting Human Rights: The Federal Dimension. Studies in Honour of G.J. Wiarda*, Carl Heymans, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, 1988, p. 147-148. En cuanto a la ausencia hasta ahora de normatividad del concepto de derecho fundamental en el Derecho comunitario, en el sentido de dogmáticamente elaborado y de precisas consecuencias jurídicas, cfr. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GALVEZ, «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», cit., p. 333, nota 3.

⁷⁶ Recordemos que, según el artículo 6.1 TUE, «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

⁷⁷ No hay que olvidar que es precisamente el terreno en que el ordenamiento jurídico de la Unión presenta insuficiencias a efectos de proceder a una autodepuración sobre la base del respeto de los derechos fundamentales que tienen su correspondencia en el Convenio el más abonado para un control por parte del Tribunal de Estrasburgo. Tales insuficiencias no sólo conciernen al Derecho originario, excluidos del control del Tribunal de Justicia en términos de validez (que no, conviene precisar, en términos de interpretación, con todo el margen de maniobra que ello otorga al Tribunal en la búsqueda de aplicaciones de los Tratados «conformes» o «concurrentes» con el Convenio), sino también al Derecho derivado en el marco del segundo pilar, sin olvidar las carencias vinculadas a las versiones especiales del sistema de recursos del Tribunal propias de los Títulos IV TCE (artículo 68) y VI TUE (artículo 35) (cfr. al respecto T. KING, «Ensuring Human Rights Review of Intergovernmental Acts in

Asumida la coexistencia material de la Carta con el Convenio en los términos expuestos, ¿qué sucede en el terreno competencial desde la perspectiva jurisdiccional?

La Carta, por lo pronto y como vimos, aclara la incertidumbre derivada del artículo 46 TUE: vincula tanto a la Unión como a los Estados miembros (en lo que concierne a éstos, en la medida en que apliquen Derecho de la Unión).

Aclarado lo cual, se plantea la cuestión de si esa vinculación, y la correspondiente entrada en juego del control ejercitado por el Tribunal de Justicia, se produce en términos globales, o con las limitaciones que en la situación pre-Carta presidían la competencia jurisdiccional del Tribunal.

En mi opinión, en nada ha variado la situación con la proclamación de la Carta: el Tribunal de Justicia la utilizará como fuente privilegiada de inspiración al controlar la actividad de la Unión y de los Estados miembros en los términos en que dicho control está previsto en el Tratado de la Unión y en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Con otras palabras, sigue estando excluido del control por el Tribunal de Justicia el debido respeto de la Carta por las Instituciones y los Estados miembros en el contexto del segundo pilar (concerniente a la política exterior y de seguridad común), y su intervención allí donde tiene reconocida jurisdicción, a saber, en el primer y en el tercer pilar, se produce en los términos previstos en cada cual, términos que no son uniformes ni formal ni materialmente.

Y nada parece que alteraría la situación descrita si el día de mañana se decidiera una incorporación de la Carta, sin mayores precisiones, al texto del propio Tratado de la Unión, pues seguirían vigentes las actuales limitaciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia recién referidas.

No obstante, una incorporación de la Carta al Tratado en tales términos (i.e. sin matizar y puntualizar el alcance de las actuales limitaciones jurisdiccionales), debilitaría enormemente el alcance de la operación, habida cuenta de que resultaría muy difícil asumir exenciones *ratione materiae* y restricciones en cuanto al *locus standi* más allá de las expresamente previstas en la propia Carta ⁷⁸.

En efecto, resultaría difícil asumir que la Carta fuera papel mojado en lo concerniente al control por el Tribunal de Justicia de las medidas adoptadas por las Instituciones de la Unión, en el contexto de la supresión de controles sobre las

Europe», *European Law Review*, 2000, n.º 1, p. 79 y ss.), por no hablar de las posibles vulneraciones de la tutela judicial efectiva (artículo 6.1 del Convenio) en los procesos que se desarrollan ante el Tribunal mismo no susceptibles, a diferencia de los que se ventilan ante el Tribunal de Primera Instancia, de revisión en el seno del propio sistema de la Unión (cfr. *asunto Baustahlgewebe v. Comisión*, 17 diciembre 1998, C-185/95 P, en el que el Tribunal de Justicia estimó que existieron dilaciones indebidas —por cierto, entrando directamente, i.e. sin previa conversión en «principio general del Derecho Comunitario», en el análisis de la vulneración del artículo 6.1 del Convenio— y las consideraciones al respecto de K. LE-NAERTS, «Respect of Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, 2000, n.º 1, p. 16-17) —de hecho y sin ir más lejos, la Unión acaba de ver cómo ha superado, por lo que se refiere a su sistema jurisdiccional en relación con la figura del Abogado General, el test del artículo 6.1 del Convenio que no ha conseguido superar el Comisario del Gobierno del *Conseil d'État* (cfr. *asunto Kress*, 7 junio 2001, especialmente el punto 86 de la sentencia).

⁷⁸ A lo que habría que añadir, se insiste, que tales exenciones no harían sino potenciar las posibilidades de un control por el Tribunal de Estrasburgo (cfr. nota anterior).

personas en el cruce de las fronteras interiores, relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior⁷⁹, así como en lo atinente a la validez o proporcionalidad de las operaciones de policía de los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal⁸⁰, por no hablar de su inutilidad global en el terreno de la política exterior y de seguridad común.

Y resultaría igualmente difícil asumir que, precisamente en el contexto de la protección de los derechos fundamentales, siguiera intacta la restrictiva doctrina del Tribunal de Justicia respecto de la legitimación de los particulares para impugnar disposiciones generales siquiera de naturaleza claramente ejecutiva⁸¹, así como la vigente no ya restricción sino exclusión de esos mismos particulares para cuestionar directamente ante el Tribunal cualquier intervención de las Instituciones europeas tanto en el marco de régimen de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas como en el de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Lo dicho hasta ahora respecto de las relaciones entre la Carta y el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede predicarse igualmente respecto de las relaciones entre la Carta y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

En efecto, sabido es que «el reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno por parte de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros no se extiende al carácter absoluto e incondicional con que dicha primacía aparece concebida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»⁸². Y sabido es, también, que es el de los derechos fundamentales un terreno especialmente abonado para límites constitucionales a la integración.

¿Qué es lo que al respecto aporta la Carta?

En mi opinión, un reconocimiento en el plano constitucional de la Unión de la situación recién referida, no exento de complejidades tal y como expongo a continuación.

Incorpora la Carta en su artículo 53⁸³ la cláusula del estándar mínimo de protección, tan familiar en acuerdos internacionales sobre protección de

⁷⁹ Cfr. artículo 68.2 TCE.

⁸⁰ Cfr. artículo 35.5 TUE.

⁸¹ Recordemos que el propio Tribunal se preguntó en su *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea (1996)* si el recurso de anulación, «que los particulares sólo pueden interponer contra los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que pueden resultar de la actividad legislativa de las instituciones» (punto 20 *in fine*).

⁸² G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La dimensión constitucional del Derecho comunitario europeo*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, p. 33.

⁸³ Según el cual, recordemos, «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, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

derechos humanos⁸⁴, incluido el propio Convenio Europeo⁸⁵, y que figuraba tanto en la Declaración del Parlamento Europeo de 1989 sobre los Derechos y Libertades Fundamentales⁸⁶ como en el Proyecto de Constitución Europea de 1994⁸⁷.

Esta cláusula, en la medida en que conlleva el potencial desplazamiento del instrumento al que se incorpora por otros que ofrezcan un mayor nivel de protección, plantea en el caso de la Carta una primera complicación interpretativa⁸⁸: a diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, la Carta se enmarca en un contexto, el de la Unión, construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora tendente a desplazar en aras a la uniformidad, a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros.

Con otras palabras, mientras que los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos sirven para interpretar los sistemas de protección domésticos y, llegado el caso, suplir las carencias de éstos, la Carta, enmarcada en el sistema global de la Unión, adquiere de

⁸⁴ Cfr. artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸⁵ Artículo 53; también en el marco del Consejo de Europa, cfr. artículo 32 de la Carta Social Europea.

⁸⁶ Artículo 27.

⁸⁷ Apartado 23 del Título VIII.

⁸⁸ Vaya por delante que discrepo de quienes (como DE STERVO, «L'ambigua redazione della Carta dei Diritti Fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea», *Diritto Pubblico*, 2001, n°1, p. 50) descartan el potencial desplazamiento de la Carta por las Constituciones nacionales en el caso de que ofrezcan un mayor nivel de protección, apoyando su argumentación en la especificación por el artículo 53 de que la no limitación o lesión de los derechos y libertades garantizados en los instrumentos en él enunciados se refiere al «respectivo ámbito de aplicación»; ámbito que, parece razonarse concretamente con relación a las Constituciones nacionales, sería el estrictamente interno, esto es, excluido del conectado con el Derecho de la Unión (cfr. la contestación de JACQUÉ a DE SCHUTTER en el debate sobre el contenido de la Carta en las citadas Jornadas dirigidas por F. Benoit-Rohmer, p. 49). Y es que, abstracción hecha de la intención de los servicios jurídicos del Consejo y de la Comisión al respaldar la mencionada referencia (que no deja de ser ambigua si nos atenemos a las Comunicaciones de la Comisión ya citadas de septiembre y octubre de 2000 sobre la naturaleza de la Carta), no creo que deba identificarse el «respectivo ámbito de aplicación» con el ámbito nacional excluido del marco del Derecho de la Unión por la sencilla razón de que el artículo 51 ya se ocupa de descartar, como vimos, que el Derecho de la Unión, incluida la Carta, pueda *per se* afectar a dicho ámbito —por lo que respecta a los derechos y libertades garantizados por los Estados miembros, ni limitativa o lesivamente ni no limitativa o lesivamente— (cfr. J. BERING LISBERG, «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law. Article 53 of the Charter: A Fountain of Law or Just an Inkblot?», cit., puntos 2 y 4). Ahora bien, admitido tal razonamiento, ¿qué alcance —asumido que alguno ha de tener— cabe atribuir a la referencia del artículo 53 al «respectivo ámbito de aplicación»? En mi opinión, el de destacar precisamente los tres niveles *complementarios* de protección de los que gozan los beneficiarios de la Carta en el terreno de los derechos fundamentales, a saber: nacional, europeo (en su doble vertiente de Unión Europea y de Consejo de Europa) e internacional. Por lo que en lo concerniente de nuevo a las Constituciones nacionales, el artículo 53 se limitaría a reafirmar en el plano de la Unión las matizaciones que los Tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros introducen al carácter absoluto e incondicional con el que la primacía del Derecho comunitario es entendida por el Tribunal de Justicia (en esta línea, cfr. A. LÓPEZ CASTILLO, «Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, 2001, n° 113, p. 68).

arranque el papel de protagonista e, investida de la autonomía conceptual propia del sistema, tiende no ya a relegar al papel de actores secundarios a otros instrumentos de protección, incluidos los de los Estados miembros, sino incluso a negar papel alguno, sobre la base de la primacía jurídica, a cualquiera que pretenda aportar ideas que se aparten del guión.

La segunda complicación interpretativa viene de la mano de la utilidad misma de la técnica del nivel de protección en términos comparativos, puesta en tela de juicio por quienes la consideran *de facto* impracticable⁸⁹ habida cuenta, por un lado, que el discurso de los derechos fundamentales es en muchas ocasiones un discurso de ponderación entre diversos derechos en juego, y, por otro, que realmente y en última instancia el discurso mismo versa no tanto sobre derechos como sobre valores, esto es, sobre derechos delimitados por el interés general, lo que dificulta, por no decir imposibilita, la comparación basada en el mayor o menor grado de protección, al constituirse la identidad de valores en premisa para la operación⁹⁰.

Aun sin desconocer estas dificultades⁹¹ y la necesidad de moverse con prudencia⁹², debe advertirse, por lo pronto, de que el discurso de los derechos fundamentales no deja ser, en esencia, un discurso de exigencias del individuo frente el poder público (ya en su versión clásica de límites a la intervención de éste en la esfera jurídica de aquél, ya en la más moderna impregnada de acciones positivas del poder público en favor del individuo), en cuyo contexto cabrá considerar como sistema de mayor protección el que mayor grado de exigencias presente en favor precisamente del individuo y

⁸⁹ Cfr. J.H.H. WEILER, «Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities», en *International Enforcement of Human Rights (Reports submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Heidelberg 28-30 August 1985)* (Eds. R. Bernhardt & J.A. Jolowicz), p. 126-129; «Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities», *Washington Law Review*, 1986, n° 3, p. 1122-1129; y, especialmente, «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space», en *The Constitution of Europe («Do the new clothes have an emperor?» and other essays on European integration)*, Cambridge University Press, 1999, p. 102 y ss. (basado en otro trabajo publicado bajo el título «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights», en *The European Union and Human Rights* (eds. N. Neuwahl y A. Rosas), Martinus Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1995, p. 51 y ss.). Posiciones en favor y en contra de las tesis de WEILER pueden verse, respectivamente, en M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 32, y L. BESSELINK, «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, 1998, n°3, p. 629 y ss.

⁹⁰ Consideraciones ambas reflejadas, como vimos, en el artículo 52.1 de la Carta, que sienta la posibilidad de introducir limitaciones que respondan «a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

⁹¹ Cfr. las reflexiones de quien fuera juez en ambos Tribunales, de Justicia de las Comunidades Europeas y Europeo de Derechos Humanos, A.M. DONNER, «Transition», en *Protecting Human Rights: The Federal Dimension. Studies in Honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 147-148.

⁹² Cfr. O. DUE y C. GULMANN, «Community Fundamental Rights as Part of National Law», en *Scritti in Onore di G.F. Mancini - Volume II. Diritto de la Unione Europea*, cit., p. 410.

no del poder público⁹³, por mucho interés general que respalde las intervenciones de este último⁹⁴.

Por otro lado, y aun jugando en el terreno de los valores, lo cierto es que la Unión se asienta, como recuerda el Preámbulo de la Carta, si no en una identidad sí en una comunidad de valores: «Consciente de su patrimonio espiritual y moral», puede leerse en el Preámbulo, «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho...La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes».

Y si se asume, como debe, tal comunidad de valores (incluidas las posibles limitaciones a los derechos vinculadas —según puntualiza el artículo 52.1 de la Carta— «a objetivos de interés general reconocidos por la Unión», supeditados en todo caso a los valores superiores enunciados en el Preámbulo, entre los que no figuran las exigencias de un mercado común operando en libre competencia y sí las exigencias derivadas de la sociedad democrática⁹⁵ y del Estado de Derecho⁹⁶), debe también asumirse que

⁹³ WEILER discute no tanto tal aserción como que un elevado nivel de protección deba ser sin más asumido como propio del ordenamiento jurídico comunitario («Fundamental Rights and Fundamental Boundaries...», cit., p. 108-112; en la misma línea, cfr. B. DE WITTE, «The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en *The EU and Human Rights* (ed. P. Alston con M. Bustelo y J. Heenan), Oxford University Press, 1999, p. 881-883).

⁹⁴ Compárense al respecto las consideraciones sobre el derecho de propiedad de WEILER (*vid.* nota anterior) y de BRAIBANT (en las conclusiones de las varias veces citadas Jornadas de estudio sobre la Carta dirigidas por F. BENOIT-ROHMER, p. 68-69) quien, con el conocimiento de causa que le confiere haber participado en la Convención en calidad de representante del Gobierno francés, confiesa su insistencia en incorporar las Constituciones nacionales al texto del artículo 53 para evitar una rebaja del nivel de protección del individuo dispensado por el ordenamiento francés en materia de expropiación forzosa, concretamente para evitar la posibilidad de expropiaciones sin *previa* indemnización (consagrando así el principio que el propio BRAIBANT califica —en un trabajo posterior— de «no regresión», en virtud del cual «prevalecerá sobre la Carta una disposición más protectora contenida en una Constitución nacional» —*La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Éditions du Seuil, Paris, 2001, p. 269).

⁹⁵ Cfr. en esta línea F. SUDRE, «La Communauté Européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme», *La Semaine Juridique*, 1998, n°1-2, p.11. Y ello por mucho que la referencia a las exigencias derivadas de una sociedad democrática se cayera a última hora del artículo 52.1 (figuraba en el último borrador de julio CHARTE 4422/00 CONVENT 45), manteniéndose la mención de los «objetivos de interés general reconocidos por la Unión» tomada de la doctrina del Tribunal de Justicia (cfr. entre otros el *asunto Karlsson e.a.*, 13 abril 2000, C-292/97, traído a colación por el *Presidium* en sus notas explicativas). Es éste uno de los peligros que ha venido encerrando la aproximación funcionalista del Tribunal de Justicia al ir configurando los derechos fundamentales «en cuanto principios generales de Derecho comunitario»: es el mercado común el que imperativamente debe someterse a las necesidades de una sociedad democrática, y no a la inversa, pudiendo a partir de tal premisa plantearse los posibles límites de los derechos del individuo en beneficio de la colectividad. Sirva a título de ejemplo el artículo 8 del Convenio, que proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar, susceptible, puntualiza el apartado 2, de injerencia en su ejercicio siempre que esté prevista por la ley y constituya «una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para...el bienestar económico del país» (de donde se deduce claramente que no es la sociedad democrática la que debe acomodarse al bienestar económico sino, como señalaba, a la inversa). Así lo entendió el Tribunal de Estrasburgo en el *asunto Berrehab*, 21 junio 1988, en el que, admitida la legitimidad del objetivo perseguido, que no era otro que el bienestar económico del país (concretamente, del mercado laboral), estimó que la medida en cuestión adoptada (expulsión del territorio holandés de un

existe una base sólida para poder operar en términos comparativos con la técnica del nivel de protección⁹⁷.

Así las cosas, y retomando la cuestión pendiente de la complejidad que representa moverse en el terreno de la protección de los derechos humanos en un marco de autonomía y primacía, debe matizarse, en primer lugar y por lo que respecta a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, que nunca ha sido entendida, como hemos venido viendo, por el Tribunal de Justicia en términos absolutos, especialmente por lo que respecta a los derechos fundamentales que, en ausencia de una Carta, ha ido configurando el propio Tribunal inspirándose particularmente en el Convenio y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Ahora bien, una vez adoptada la Carta, ¿implica ello una consagración de la autonomía en términos absolutos, con el correlativo abandono de las mencionadas fuentes inspiradoras?

ciudadano marroquí divorciado de su mujer holandesa) había sobrepasado las necesidades de una sociedad democrática. Concretamente, consideró el Tribunal que se había vulnerado el artículo 8 del Convenio dada la desproporción entre los medios empleados y el objetivo perseguido, teniendo en cuenta que el caso no se refería a un extranjero que solicitaba por vez primera su admisión en los Países Bajos, sino de una persona que ya había vivido allí legalmente durante varios años, con un hogar y un trabajo, y contra la cual el Gobierno holandés no tenía queja alguna, a lo que había que añadir la existencia de lazos paterno-filiales que se verían amenazados de ruptura de hacerse efectiva la expulsión (cfr. la distinta aproximación del Tribunal de Luxemburgo en *los asuntos Diatta, 13 febrero 1985, 267/83* y *Demirel, 30 septiembre 1987, 12/86*).

⁹⁶ Cfr. D. SIMON, «La communauté de droit (comme fondement du Droit communautaire des droits fondamentaux?)», en *Realité et perspectives du Droit communautaire des droits fondamentaux*, cit., p. 85 y ss.

⁹⁷ De ahí que dude de la aproximación de WEILER al ejemplo del alcance de la libertad de expresión en el concreto contexto de una manifestación neo-nazi en un vecindario de supervivientes del Holocausto (cfr. *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries...*, cit. p. 105-106). Estima WEILER que mientras el sistema norteamericano se mostraría permisivo hacia tal manifestación ante la elevada consideración que le merece la libertad de expresión, es probable que muchos países europeos —y claramente Alemania— la prohibieran sin que ello se juzgara contrario al núcleo esencial de la referida libertad. Y la opción entre uno y otro sistema, según WEILER, no podría fundamentarse en términos de mayor o menor nivel de protección de la libertad de expresión, lo que demostraría en última instancia lo inadecuado de la técnica del nivel de protección para abordar las distintas maneras de entender un mismo derecho al que subyacen diferentes valores sociales. En mi opinión, tal aproximación concentra el análisis de la libertad de expresión en sus posibles limitaciones a la luz de valoraciones sociales profundamente enraizadas (cfr. artículo 10.2 del Convenio europeo), cuando lo cierto es que dicho análisis debería situarse más bien en el terreno de la ponderación de derechos y libertades en conflicto, concretamente de la ponderación entre la libertad de expresión y la dignidad de la persona (cfr. *asunto Jersild, 23 septiembre 1994*, en el que el Tribunal de Estrasburgo tuvo precisamente que ponderar la libertad de expresión con la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones —en última instancia, con la dignidad de la persona, como ponen de manifiesto en su voto particular los jueces Rysdøl, Bernhardt, Spielman y Loizou—, en el marco de una condena impuesta a un periodista por haber difundido una entrevista a un grupo abiertamente racista en la que los entrevistados realizaron manifestaciones de un alto contenido xenófobo). Y es precisamente la naturaleza de dicho terreno, con presencia de derechos y libertades en conflicto, y no otra cosa, lo que conllevaría la inaptitud discursiva de la técnica del nivel de protección.

Dicha técnica, por el contrario, puede mostrarse idónea a la hora de abordar distintas maneras de entender el alcance de un derecho en cuanto tal y *per se* frente a la intervención del poder público. Por seguir con la comparación entre el modelo norteamericano y el europeo, ambos comparten, a gran escala, los valores mencionados en el Preámbulo de la Carta de derechos de la Unión (se daría, pues, la premisa para operar con la técnica del nivel de protección). Pues bien, ¿qué habría que decir en ese marco de valores comunes a gran escala acerca de la manera de abordar el derecho a la vida? Teniendo en cuenta que el sistema europeo, enfrentado el individuo al poder público, rechaza la pena de muerte, mientras que el sistema norteamericano la admite, ¿sería inadecuada la aproximación a ambos sistemas en términos de mayor o menor nivel de protección?

En mi opinión, la Carta no sólo no va a disminuir la influencia hasta ahora ejercida por el Convenio y las tradiciones constitucionales, si no que, si acaso, va a aumentarla ⁹⁸.

Por lo que respecta al Convenio, no sólo porque así se desprende, como vimos, del artículo 52.3 de la Carta, sino porque, como también vimos, un abandono del Convenio como fuente de inspiración situaría a la Unión, independientemente de que se adhiriera o no al mismo, ante el riesgo de condenas por parte del Tribunal de Estrasburgo; y ello por mucho peso que se quiera dar a la teoría eximente —de control desde Estrasburgo— de la «protección equivalente» ⁹⁹, importada de Alemania (donde fue proclamada por el Tribunal de Karlsruhe primero ¹⁰⁰ e incorporada al propio texto constitucional después ¹⁰¹), la cual parece en todo caso un buen punto de referencia dentro de un *marco constitucional múltiple y dialéctico* como el europeo, integrado por los Tratados comunitarios y de la Unión y las Constituciones nacionales y completado, en el terreno de la protección de los derechos humanos, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ¹⁰².

⁹⁸ En la misma línea, cfr. J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales (Un estudio de la influencia comunitaria sobre la fundamentalidad de los derechos constitucionales)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2001, p. 120.

⁹⁹ O «alternativa razonable» de protección, según expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Waite y Kennedy y Regan*, ambos de 18 de febrero de 1999, cuya efectividad abierta en última instancia al enjuiciamiento desde Estrasburgo (cfr. G. RESS, «Media Law in the Context of the European Union and the European Convention on Human Rights», en *Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges a la mémoire de R. Ryssdal*, cit., p. 1182), exige de antemano una minuciosa motivación por parte del Tribunal de Justicia acerca de la elección de los derechos tutelados (o en su caso descartados) y, sobre todo, de la determinación de su estándar concreto de protección, que, como se ha reconocido en seno del propio Tribunal, brilla en muchas ocasiones por su ausencia (cfr. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ, que se refieren al «carácter frecuentemente poco explícito del discurso jurisprudencial» en la determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales «—El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», cit., p. 336; K. LENAERTS, por su parte, insiste en la necesidad de «transparencia» de los Tribunales comunitarios, que deben referirse explícitamente a los precedentes de Estrasburgo en orden a esclarecer en qué medida son o no relevantes en el marco específico del control de las Instituciones comunitarias— «Respect of Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union», cit., p. 10). Por mi parte, hace ya años sostuve, y sigo manteniendo, que «éste es precisamente el reto que tiene ante sí el Tribunal de Justicia: ir definiendo y *convenciendo al hacerlo*, a la luz y para el marco europeo, situaciones en las que el ciudadano sea más libre y por tanto más ciudadano, teniendo en cuenta las exigencias de la ciudad en cuanto entorno necesario del individuo, en un proceso dialéctico permanente en el que éste, al tiempo que aparece como contrapuesto al concepto de colectividad, es también parte de la colectividad misma» («Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría. Volumen II*, Civitas, Madrid, 1991, p. 837).

¹⁰⁰ Doctrina *Solange II*, cuya puesta en entredicho por la decisión sobre *Maastricht (12 octubre 1993)* ha quedado «neutralizada» por decisión de 7 junio 2000: cfr. W. ZIMMER, *De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour Constitutionnelle Fédérale et la Cour de Justice de Luxembourg? (à propos de Bverfge, 7 juin 2000, Solange III)*, Europe, 2001, Mars, p. 5.

¹⁰¹ Artículo 23.1 de la Ley Fundamental.

¹⁰² Calificado por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos de «instrumento constitucional del orden público europeo» (*asunto Loizidou, 23 marzo 1995*).

El principal problema, y entramos ya a abordar el papel de las Constituciones nacionales en la configuración y alcance de la Carta, radica en encontrar el camino para situarnos en ese punto de referencia, camino que en mi opinión no puede ser otro que el diálogo entre, en última instancia, los intérpretes supremos de los distintos componentes del referido marco constitucional, a saber, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o similares) de los Estados miembros¹⁰³ (y, en el ámbito de los derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo¹⁰⁴); y alimentado así el debate desde una modestia¹⁰⁵ compartida¹⁰⁶ alejada de protagonismos impropios de la dialéctica y la multiplicidad (debate que, si se quiere ser consecuente con el espíritu de la integración¹⁰⁷, debe estar presidido por esfuerzos interpretativos *pro unione* de las Constituciones nacionales y *pro constitutione* de los Tratados europeos¹⁰⁸), será posible continuar avanzando, como reza el Preámbulo de la Carta, en «una unión cada vez más estrecha» de los pueblos de Europa, compartiendo «un porvenir pacífico basado en valores comunes» cuyo beneficiario último es la «persona» en cuanto «centro de actuación» de dicha Unión.

En todo caso, debe advertirse de que la teoría de la protección equivalente, que sirve para equilibrar en abstracto las posibles tensiones ordinamentales que confluyen en el marco constitucional europeo y hacer efectivo el principio de primacía, no da una respuesta totalmente satisfactoria al concreto discurso de los derechos humanos en su esencial vertiente de lími-

¹⁰³ Diálogo que también debe funcionar entre las jurisdicciones constitucionales y supremas de los Estados miembros, y que de hecho ya funciona en cierta medida como demuestra la cada vez menos inusual presencia en las respectivas jurisprudencias de doctrina de otros tribunales constitucionales o supremos (*vid.* N. KAKOURIS, «L'etape actuelle de l'histoire de l'humanité et la contribution des cours constitutionnelles et de la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Scritti in Onore di G.F. Mancini - Volume II. Diritto de la Unione Europea*, cit., p. 499 y ss.; cfr. en la misma dirección las reflexiones del Presidente de la Corte Costituzionale C. MIRABELLI, «Preliminary Reflections on Fundamental Rights as the Basis of a Common European Law», en *The Clifford Chance Millenium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, ed. B.S. Markesinis, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, p. 236-237).

¹⁰⁴ Cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de Justice des Communautés Européennes après le Traité d'Amsterdam: de l'emprunt à l'appropriation?*, Europe, 1998, Octubre, p. 6-7.

¹⁰⁵ La expresión, refiriéndose a los tribunales constitucionales nacionales, es de J. GONZÁLEZ-CAMPOS, Magistrado de nuestro Tribunal Constitucional, en su intervención en el Seminario internacional de Altos magistrados celebrado en Roma de 14-15 de julio de 1995, publicado bajo el título *Diritto Comunitario Europeo e Diritto Nazionale*, Giuffrè, Milán, 1997, p. 220.

¹⁰⁶ Cfr. la intervención en el Seminario recién mencionado (p. 198) de J.M. Cardoso da Costa, Presidente del Tribunal Constitucional portugués, recalcando la necesidad de reciprocidad en la cooperación.

¹⁰⁷ «Interconstitucional», como gusta llamarla a A. RUGGERI, «Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, e prospettive di un Diritto europeo "intercostituzionale"», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, II, especialmente p. 570 y ss.

¹⁰⁸ Cfr. en esta línea N. MACCORMICK, «Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict», en *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, p. 113 y ss., que fundamenta su razonamiento, sin embargo, no en el propio marco constitucional plural de la Unión sino de lo que denomina «pluralismo bajo el Derecho internacional».

tes al poder público, carencia que se corrige reconociendo en la mencionada vertiente el terreno natural de la teoría del nivel de protección, que conlleva la prevalencia del estándar más elevado.

Con otras palabras, y con ello concluyo, mientras que el discurso de los derechos fundamentales en el contexto de conflictos entre unos y otros debe ceder paso a una ponderación efectuada en última instancia por el Tribunal de Justicia en cuanto intérprete supremo de la Carta, respetado en términos de genérica protección equivalente por los tribunales nacionales (pues en este contexto carecería de virtualidad la técnica del nivel de protección prevista en el artículo 53), y bajo el control último, al igual que los altos tribunales de los Estados miembros, de un Tribunal de Estrasburgo que debe mostrarse deferente, que no indiferente, al consenso en términos judiciales al respecto alcanzado, el mismo discurso, en el contexto de conflictos susceptibles de ser encauzados en su esencia al enfrentamiento entre el individuo y el poder público debería ser *pro* individuo y traducirse en una concreta aplicación del estándar nacional frente al Derecho de la Unión si efectivamente más favorable para el individuo y viceversa (en una aplicación del estándar europeo frente al Derecho nacional, en la medida en que éste entre en el radio de acción de aquél y también sobre la base de una mayor protección del individuo¹⁰⁹ y no del principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros).

¹⁰⁹ Vuelvo a insistir en la idea de que el artículo 53 *no impone* la asunción por el Tribunal de Justicia del superior estándar nacional de protección como propio de la Carta, limitándose a sentar las bases de una *política judicial* favorecedora de la mayor protección posible del individuo. Con otras palabras, el Tribunal es libre de no asumir como propio de la Unión un superior nivel de protección nacional; pero si no lo hace, corre el riesgo de tener que asumir, esto sí por imposición del artículo 53, quiebras en la uniformidad del Derecho de la Unión, el cual tendrá que ceder ante los por hipótesis superiores niveles de protección nacionales, debiendo manejar en tal caso el Tribunal con habilidad —para evitar traer a colación y poner en entredicho el principio primacía— la técnica de la remisión a los Derechos nacionales, como hiciera en *Hoechst*. Y otro tanto cabe sostener en términos no ya de diferentes niveles de protección, sino de reconocimiento mismo de un determinado derecho o libertad, si el Tribunal no se decide a integrar en la Carta prolongaciones de los derechos y libertades en ella explícitamente garantizados a la luz de las pautas que por hipótesis marquen los Derechos constitucionales nacionales.

