

OBJETIVOS Y GÉNESIS DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE: ELEMENTOS MODULADORES DE SU EFICACIA JURÍDICA*

Marc Marsal i Ferret
Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Sumario

- I. Introducción.
 1. Encargo y proclamación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.
 - a) Un contexto político previo: la fragilidad de la Comisión Santer.
 - b) Visibilidad de los derechos fundamentales y legitimación de la UE ante sus ciudadanos.
- II. Integración europea y protección de los derechos fundamentales. Procesos convergentes y una técnica peculiar: los principios generales.
 2. Legitimidad para una constitución de la UE: el constituyente europeo.
- III. Contraste entre las conferencias intergubernamentales y el método de elaboración de la Carta: colegialidad, consenso, transparencia y participación.
 1. La peculiaridad del método de elaboración de la Carta y su futuro.
 2. Colegialidad, consenso, transparencia y participación en la elaboración de la Carta.
 3. Un mismo estándar de protección de los derechos fundamentales a nivel interno y externo y una primera contribución a la seguridad jurídica: la Carta para los estados solicitantes de ingreso.
- IV. Objetivos de la Carta: visibilidad de los derechos y legitimidad de la UE, seguridad jurídica, catálogo único de derechos fundamentales a nivel interno y externo, y respuesta a las exigencias de los tribunales constitucionales nacionales.
 1. Visibilidad de los derechos y legitimación de la UE ante sus ciudadanos.
 4. Carta de derechos fundamentales y seguridad jurídica.
 - a) Catálogo de derechos fundamentales y seguridad jurídica.
 - b) Imposibilidad del TJCE de desarrollar todos los derechos que potencialmente podría reconocer por el difícil acceso a la jurisdicción comunitaria.
 - c) La posibilidad de contradicción entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- V. Conclusiones y reflexiones sobre el valor jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

I. Introducción

1. Encargo y proclamación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea

En el Consejo Europeo de Colonia se decidió dar un paso importante en el sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea mediante

* Este trabajo forma parte de la memoria de investigación presentada en Spetses (Grecia) en septiembre de 2001 para la obtención del Diploma del Grupo Europeo de Derecho Público y se engloba en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Cultura PB97-0910 «Un sistema policéntrico: pluralismo de administraciones públicas; gobierno y administración en el proceso de integración europea», cuya investigadora principal es la Dra. Elisenda Malaret.

Todas las traducciones de los textos originales en lengua inglesa o francesa son del autor.

el encargo de la elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE). Dicho encargo se recoge en el anexo IV de las Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia, de 3-4 de junio de 1999, en los siguientes términos:

«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. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales. 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.

»A juicio del Consejo Europeo, esta Carta deberá incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros, como principios generales del derecho comunitario. La Carta deberá contener asimismo los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión. Al redactar la Carta, se tendrán en cuenta también derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (artículo 136 TCE), en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión.

»El Consejo Europeo considera que un proyecto de Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea debe ser redactado por un órgano en el que participen delegados de los jefes de estado y de gobierno y del presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales. Deberían participar como observadores representantes del Tribunal de Justicia Europeo y habría de escucharse la opinión de representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos. Las funciones de secretaría correrán a cargo de la Secretaría General del Consejo.

»Ese órgano presentará, con tiempo suficiente para el Consejo Europeo que tendrá lugar en diciembre del año 2000, un proyecto de Carta. A partir de ese proyecto, el Consejo Europeo propondrá junto con el Consejo, al Parlamento Europeo y a la Comisión, la proclamación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Posteriormente habrá que estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse. El Consejo Europeo encarga al Consejo de Asuntos Generales que inicie las actuaciones necesarias desde ahora y hasta el Consejo Europeo de Tampere.»

Interesa destacar aquí que la elaboración de la Carta se encarga a un «órgano» (posteriormente rebautizado por iniciativa de los propios redactores de la Carta como Convención) con una composición de alto nivel. Posteriormente, en el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 se precisa, entre otras cuestiones, la composición de dicho órgano: 15 representantes de los jefes de estado o de gobierno de los estados miembros, 1 representante del presidente de la Comisión Europea, 16 miembros designados por el Parlamento Europeo, 30 miembros designados por los parlamentos nacionales. Por otra parte, asisten como observado-

res dos representantes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) y dos representantes del Consejo de Europa (incluyendo uno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

En ocasión del Consejo Europeo de Niza, en fecha de 7 de diciembre de 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente en tanto que CDFUE el texto que se publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 18 de diciembre de 2000.¹

Se trata de un texto articulado que recoge, como su propio título indica y podemos leer en su preámbulo, «los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las cartas sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de derechos humanos».

Dicho texto es, pues, nuestro objeto de análisis, cuyas claves quedan ya establecidas desde el mismo enfoque que adopta su encargo en el Consejo Europeo de Colonia. Efectivamente, en el texto citado podemos distinguir entre un fundamento de la elaboración de la CDFUE (la obligación de la UE de respetar los derechos fundamentales y la necesidad de hacerlos visibles para los ciudadanos), un contenido necesario, un procedimiento de elaboración, un plazo de elaboración y presentación, y un aplazamiento de la decisión sobre el valor de la CDFUE. Por su parte, las comunicaciones de la Comisión Europea sobre la CDFUE² insisten en la tríada objetivos-naturaleza-valor jurídico como cuestiones de análisis ineludible.

Los puntos clave del análisis de la CDFUE quedan, pues, señalados desde el principio. En este trabajo nos interesa especialmente analizar su proceso de elaboración, sus objetivos explícitos e implícitos y su valor jurídico, dejando a un lado las cuestiones relativas al campo de aplicación de la Carta, en cuanto se refiere a los sujetos obligados, los titulares de los derechos, el catálogo de los derechos, su contenido y sus limitaciones. Ello no puede llevarse a cabo sin una sucinta referencia al proceso histórico de progresiva protección de los derechos fundamentales en el seno de las Comunidades Europeas.

II. Integración europea y protección de los derechos fundamentales. Procesos convergentes y una técnica peculiar: los principios generales

La protección de los derechos humanos ha sido fruto de un largo proceso de evolución hacia formas y técnicas más depuradas, de las que todavía no hemos empezado a vislumbrar el final.

1. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), DOCE C, de 18 de diciembre de 2000.

2. Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Bruselas, 13 de septiembre de 2000, COM(2000) 559 final (en adelante COM(2000) 559 final); y Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, Bruselas, 11 de octubre de 2000, COM(2000) 644 final (en adelante COM(2000) 644 final).

La integración europea se plantea también como un proceso en el que los objetivos estrictamente económicos han ido dejando paso también a hitos como los de la ciudadanía europea reconocida en el TUE, un proceso, en fin, lento y sostenido de constitucionalización.³ La mayor asunción de tareas por parte de las comunidades europeas y la creación de la ciudadanía europea comporta una mayor incidencia potencial en la esfera de los derechos fundamentales de los particulares, por lo que los procesos de integración europea y de protección de los derechos humanos devienen interdependientes. Por otra parte, ni tan sólo la Comunidad Europea como comunidad económica se hubiese podido formar sin la existencia de una comunidad de derechos fundada sobre principios jurídicos comunes a los estados miembros.⁴

El proceso de progresiva introducción de la protección de los derechos humanos en la jurisprudencia del TJCE ha sido ampliamente analizado por la doctrina,⁵ por lo que no pretendo hacer ninguna aportación original a este respecto. El objetivo de este apartado es establecer el marco en el que se desarrolla el análisis posterior de la CDFUE.

Los primeros pasos hacia la protección de los derechos fundamentales en el marco de la Comunidad los da el TJCE. Efectivamente, ello no se produce por una mención explícita en los tratados a los derechos fundamentales mediante una reforma de los tratados, sino que es el Tribunal de Justicia el que abre la vía de su protección. El sistema es, pues, de origen pretoriano. Pero dicha evolución no se produce hasta que el TJCE no halla la técnica adecuada para definir y proteger los derechos fundamentales del ciudadano: los principios generales del derecho comunitario. Una solución diferente (como la protección de los derechos fundamentales sobre la base de los sistemas nacionales de los estados miembros) hubiera puesto en cuestión la autonomía, la primacía y la uniformidad del derecho comunitario.

3. Díez-Picazo, «La constitutionnalisation de l'Europe, réflexions sur les droits fondamentaux et les services publics», en Lyon-Caen / Champeil-Desplats (directores), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, pág. 187.

4. Stark, *La constitution cadre et mesure du droit*, Colección «Droit Public Positif», 1994, prefacio.

5. Véanse Alonso García, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pág. 600-673; Abellán y Vila (dir.), *Lecciones de derecho comunitario europeo*, Ariel Derecho, 2ª ed., Barcelona, 1995; Pi Llorens, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999; Baquero Cruz, «La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, año 2, julio-diciembre de 1998, pág. 639-666; Astola Madariaga, «Los principios generales del derecho comunitario y la garantía de los derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 52, 1998, pág. 79-99; von Bogdandy, «The European Union as a Human Rights organization? Human Rights and the core of the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pág. 1307-1338; Clapham, «Human Rights and the European Community: A critical overview, "Eurocracy and Distrust"», *Washington Law Review*, 1986, pág. 1103, «The European Court at crossroads: Community Human Rights and Member State Action», en Capotorti (ed.) *Du Droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, 1987, pág. 821; Pescatore, «The protection of Human Rights in the European Communities», *Common Market Law Review*, 1972, pág. 15; Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, París, 1994, pág. 133 y ss.; Rodríguez Iglesias, «The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities», *Columbia Journal of European Law*, 1995, pág. 169.

Así, el primer reconocimiento de que los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del derecho comunitario se encuentra en la Sentencia *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969 (Asunto 29/69), doctrina confirmada definitivamente por la ya famosa Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 (Asunto 11/70). El TJCE afirma que el derecho comunitario contiene principios generales de protección de los derechos fundamentales (Sentencia *Defrenne*, de 15 de junio de 1978, Asunto 149/77) que se deducen de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros,⁶ del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante CEDH) y de la interpretación que de él realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).⁷

El TJCE define en este primer momento sus niveles de protección de los derechos fundamentales de forma autónoma y uniforme,⁸ precisando que la protección se extiende únicamente a los casos que se susciten en materias de competencia comunitaria, es decir, dentro del estricto ámbito de aplicación del derecho comunitario (transposición del derecho comunitario en el seno de los estados miembros y la aplicación del mismo por parte de ellos).⁹

El avance en materia de protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE también se produce por la necesidad de dar «[...] una respuesta a decisiones de algunos tribunales constitucionales —en concreto, el alemán y el italiano— que amenazaron con controlar la legislación comunitaria que violara los derechos fundamentales mientras su protección no fuera garantizada por el TJCE a niveles comparables con los existentes en los sistemas constitucionales estatales [...]».¹⁰

Efectivamente, diversas sentencias del Tribunal Constitucional alemán e italiano¹¹ recuerdan que no han renunciado a las competencias en el sector de protección de los derechos fundamentales aunque han decidido no utilizarlas mientras en la Comunidad se dé un estándar de protección comparable al de la Constitución. En efec-

6. Sobre la diversidad en el tratamiento de los derechos que hay en los estados miembros véase, por ejemplo: Rubio Llorente, «El constitucionalismo de los estados integrados en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996, pág. 13-17.

7. Véanse las sentencias de 14 de mayo de 1974, *Nold*, Asunto 4/73, Rec. pág. 491 y ss., par 13; y de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, Asunto 36/75.

8. Baquero Cruz, *op. cit.*, pág. 648.

9. Además de las sentencias ya citadas véanse las siguientes: Asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, pág. 491; Asunto 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, pág. 3727; asuntos 60 y 61/84, *Cinéthèque*, Rec. 1985, pág. 2605; Asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, pág. 3719; Asunto 2/92, *Bostock*, Rec. 1994, pág. I-995; Sentencia de 29 de mayo de 1997, *F. Krenzow c. Republik Österreich*, C-299/95, Rec. 1997, pág. I-2637; Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Grogan*, C-159/90, Rec. 1991, pág. I-4733. Para un análisis de lo que significa «el ámbito comunitario» como requisito para que una actuación de un estado miembro pueda ser revisada, en términos de derechos humanos, por el Tribunal de Justicia véase Lenaerts, «Fundamental rights in the European Union», *European Law Review*, núm. 25, 2000, pág. 590-594.

10. Baquero Cruz, *op. cit.*, pág. 648.

11. Se trata de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán (*Solange I*, Auto de 29 de mayo de 1974, Sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, autos de 12 de mayo de 1989 y 9 de julio de 1992, *Soweit*, y Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, de 12 de octubre de 1993) e italiano (*Frontini*, Sentencia de 27 de diciembre de 1973 —183/73—, Sentencia *Granital*, de 8 de junio de 1984 —170/84— y *Fragde* de 21 de abril de 1989 —232/89—). *Vid.* Bacigalupo, «La constitucionalidad de la Unión Europea en Alemania (La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1994 (D-21), pág. 7-45.

to, el Tribunal Constitucional alemán (asunto *Soweit*) estableció que se podía plantear una cuestión de constitucionalidad del derecho comunitario si el TJCE no aseguraba el nivel de protección de los derechos fundamentales exigido por la Ley fundamental.

Debemos recalcar que no se propugna una revisión caso por caso de la constitucionalidad de las actuaciones de los estados miembros en el ámbito del derecho comunitario o del sentido de las decisiones del TJCE en materia de protección de los derechos fundamentales, sino que el Tribunal Constitucional alemán se contenta con que de forma general se dé la protección necesaria en sede comunitaria en un determinado ámbito. Así, en su Sentencia de 7 de junio de 2000, la frase concreta del Tribunal es «*der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist*». Coincido con von Bogdandy en que la palabra clave es *generell*. «Que requiere una revisión general de cómo las instituciones europeas protegen los derechos humanos. Cualquier recurrente tendrá que probar que el nivel de protección de los derechos humanos del TJCE en relación con el particular interés es insuficiente; no puede limitarse a probar una discrepancia entre el nivel de protección europeo y el nacional.»¹² De todas formas el mismo autor advierte que la armonía existente hasta la actualidad puede romperse a medida que la Comunidad extiende su actuación a ámbitos más sensibles, especialmente en lo que se refiere a la armonización de los impuestos directos «[...] dada la estrecha interacción entre imposición, matrimonio, familia y un casi infinito número de posibles situaciones de discriminación».¹³

La protección de derechos fundamentales por parte del TJCE deviene una forma de cumplir con lo exigido por los tribunales constitucionales nacionales y, por tanto, una forma de garantizar también el mantenimiento de la primacía del derecho comunitario, en la medida en que fija cuál es ese nivel de protección general que otorga la UE.

El resultado de esta evolución es un sistema de protección de los derechos fundamentales de elaboración estrictamente jurisprudencial (pretoriano), en el que el TJCE no es sólo el juez «constitucional» que enjuicia la legalidad del derecho comunitario secundario con base en la violación de derechos fundamentales, sino también es quien formula (en forma de principios generales) el catálogo de derechos existentes, su contenido y alcance. El rol del TJCE es cuasi legislativo.¹⁴

El TUE, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, no hace sino confirmar el sistema de protección de los derechos fundamentales establecido jurisprudencialmente:¹⁵ «[...] equivale a [...] la formalización de un *statu quo* jurisprudencial anterior [...]».¹⁶

El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 no significó ningún cambio en la forma de protección de los derechos humanos en el seno de la UE, aunque de

12. Von Bogdandy, *op. cit.*, pág. 1323. Tomo la referencia del texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de esta obra.

13. Von Bogdandy, *op. cit.*, pág. 1323.

14. Fernández Sola, «À quelle nécessité juridique répond la négociation d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne?», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 442, octubre-noviembre de 2000, pág. 596.

15. Artículo F 2 (actual artículo 6).

16. Díez-Picazo, «La constitutionnalisation de l'Europe...», pág. 190. *Vid.* también Wachsmann, «Les droits de l'homme», *Revue Trimestrelle de droit européen*, 33 (4), octubre-diciembre de 1997, pág. 176.

forma más bien simbólica¹⁷ se reconoció explícitamente la competencia del TJCE en relación con el artículo 6.2 del TUE.¹⁸

Persiste, pues, el modelo de protección de los derechos humanos de la UE, de base jurisprudencial y de conceptualización como principios generales del derecho comunitario deducidos de las tradiciones constitucionales de los estados miembros y de aquellos recogidos en el CEDH tal como son interpretados en la jurisprudencia del TEDH.

Es en este marco en el que se insiere la iniciativa de elaborar una CDFUE.

La elaboración de dicha Carta representa un importante paso adelante en los procesos arriba señalados. Así, se trata del primer texto de carácter internacional con voluntad no únicamente declarativa que recoge en plano de igualdad los derechos llamados «de primera generación» y los derechos sociales.

Este es el nuevo punto de encuentro entre los procesos de integración europea y de protección de los derechos humanos. Es éste, pues, el momento histórico que inevitablemente condiciona nuestras reflexiones.

III. Contraste entre las conferencias intergubernamentales y el método de elaboración de la Carta: colegialidad, consenso, transparencia y participación

1. La peculiaridad del método de elaboración de la Carta y su futuro

En primer lugar, debemos constatar que la CDFUE es un texto cuya génesis no tiene precedente alguno en el ámbito del derecho comunitario. Por ello abordaremos las cuestiones que suscitan los antecedentes de la elaboración de la Carta, que tienen posteriormente una influencia decisiva en la interpretación de la misma y en su futuro en cuanto al valor jurídico se refiere. Efectivamente, veremos *infra* que una de las claves para establecer el valor jurídico de la CDFUE reside en el prestigio adquirido por el texto mediante su proceso de elaboración.

La ya descrita composición del órgano redactor de la CDFUE le da un alto nivel técnico y político, pero sobre todo una indiscutible legitimidad democrática. Difícilmente, las instituciones europeas y los estados miembros podrán ignorar el contenido de la Carta.

El abandono de la técnica de la Conferencia intergubernamental para la elaboración de la Carta representa también una novedad importante en el proceso de elaboración del derecho comunitario primario, si bien queda aún por ver si la Carta se acaba incorporando a los tratados, lo que todavía no está claro.

El éxito conseguido por la Convención elaboradora de la Carta permite a numerosos autores llamar la atención sobre la posibilidad de que nos encontremos

17. «Una medida simbólica: teniendo en consideración que el artículo 6.2 es en sí mismo una codificación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...], su inclusión en el campo de competencia del Tribunal de justicia [...] parece más un ejercicio de ilusionismo que de búsqueda de una solución [...]», en Wachsmann, *op. cit.*, pág. 180. *Vid.* también Lenaerts, *op. cit.*, pág. 577 y 592.

18. Introducción de una nueva redacción del artículo 46 (antiguo L) del TUE.

ante un nuevo método de elaboración del derecho comunitario primario con numerosas ventajas que se abordan en el siguiente epígrafe.¹⁹ No deja de ser una confirmación de estas opiniones el hecho que la Declaración 22 anexa al Tratado de Niza establezca que «una vez abierto el camino a la ampliación, la Conferencia ape- la a un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea. En 2001, las presidencias sueca y belga, en colaboración con la Comisión y con la participación del Parlamento Europeo, favorecerán un amplio debate con todas las partes interesadas: los representantes de los parlamentos nacionales y del conjunto de la opinión pública, tales como los círculos políticos, económicos y universita- rios, los representantes de la sociedad civil, etc. Se asociará a este proceso a los esta- dos candidatos según modalidades por definir».

2. Colegialidad, consenso, transparencia y participación en la elaboración de la Carta

La composición de la Convención redactora de la CDFUE es caracterizada por uno de sus miembros como de «*double mixité*»²⁰ por la presencia de representantes de los gobiernos y los parlamentos y de representantes de las instituciones europeas y nacionales. Se trata de un doble nivel ejecutivo-legislativo y europeo-nacional que impone un funcionamiento colegiado que ha sido potenciado por el Presidium de la Convención al situar a todos los miembros en pie de igualdad y por orden alfabé- tico, impidiendo la formación de delegaciones nacionales y, por tanto, la batalla po- lítica sobre dicha base (que es habitual en las conferencias intergubernamentales).²¹

La misma obsesión de evitar una confrontación nacional que debilitara o desle- gitimara el resultado obtenido llevó a la Convención a la búsqueda permanente del consenso, renunciando a las votaciones parciales sobre los contenidos de la Carta. Dicho método de trabajo trajo dificultades de última hora y dio lugar a largas dis- cusiones sobre cada artículo, sobre cada apartado. «Por ello resulta incierto que este método pueda ser transpuesto tal cual a los problemas de carácter más político que surgen de la elaboración de una Constitución europea.»²²

La colegialidad, la inexistencia de delegaciones organizadas por estados miem- bros, y el consenso sobre el resultado final de la Carta dota a dicho documento de

19. *Vid.* por Dutheil de la Rochère, «La convention sur la charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, núm. 437, abril de 2000, pág. 223-227; «La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 443, diciembre 2000, pág. 674-680; Díez-Picazo, «La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. General Report», ponencia presentada en la reunión del Grupo Europeo de Derecho Público, Sepetses (Grecia), 14-16 de septiembre de 2001; Braibant, «L'élaboration de la Charte: les valeurs communes des droits fondamentaux dans la civilisation européenne», ponencia presentada en la reunión del Grupo Europeo de Derecho Público, Sepetses (Grecia), 14-16 de setiembre de 2001; Dix, «Charte des droits fondamentaux et convention. De nouvelles voies pour réformer l'UE?», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, núm. 448, mayo de 2001, pág. 305-310; De Búrca, «The drafting of the European Union Charter of fundamental rights», *European Law Review*, núm. 26, abril de 2001, pág. 126-138.

20. Braibant, *op. cit.*

21. Braibant, *op. cit.*

22. Braibant, *op. cit.*

un alto grado de legitimidad ante las instituciones llamadas a aplicarla y ante los propios ciudadanos europeos. Sin tratarse de un texto que pueda considerarse como procedente directamente del «pueblo europeo» sí que podemos afirmar que los estados miembros han visto debilitada su posición en el proceso de elaboración de la Carta, puesto que, como veremos, no han podido controlar totalmente el resultado de dicho proceso y, en parte, no podrán evitar que el contenido de la Carta tenga un valor jurídico indiscutible.

La transparencia del proceso de elaboración de la Carta ha sido otro de los factores que han contribuido de forma importante a su éxito y que contribuirán sin duda a dotarla de un plus de legitimidad derivada del debate público al que ha sido sometida. Efectivamente, las sesiones de debate han sido abiertas al público y la divulgación de sus sesiones de trabajo y la accesibilidad a los resultados de los debates y enmiendas al texto en <<http://db.consilium.eu.int/df>> «ha significado un ejemplo de publicidad, transparencia y democracia muy apropiado a la tarea encomendada».²³ No debe subestimarse tampoco la participación de los redactores de la Carta en numerosos coloquios, fórums y debates científicos de nivel nacional o europeo.²⁴

Pero la transparencia no hubiera sido suficiente para alcanzar un consenso europeo en materia de derechos fundamentales. Uno de los elementos esenciales del método de trabajo de la Convención redactora de la Carta ha sido la participación.²⁵ Efectivamente, durante el proceso de redacción de la Carta se ha llevado a cabo un largo proceso de consultas que, más allá de los observadores ya designados por el mandato del Consejo Europeo de Colonia, ha permitido la participación de la sociedad civil en general. Así, más de 70 organizaciones representativas de diversas sensibilidades (sindicatos, ONG, asociaciones diversas, etc.) han podido presentar sus observaciones, así como también lo han podido hacer los estados candidatos a un futuro ingreso en la UE. Dicha participación ha influido decisivamente en el resultado final, ya que, como una consulta a la página web citada demuestra, una gran parte de las observaciones realizadas estaban destinadas a asegurar la presencia de los derechos sociales en la Carta. Por la misma razón, las organizaciones participantes en el debate de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea se han convertido en las máximas defensoras de la integración de la misma en los tratados.²⁶

Transparencia, participación y debate público (características propias del procedimiento parlamentario) han permitido en este caso aumentar el consenso, mejorar el resultado final de la redacción de la Carta y dotar a dicho documento de una gran legitimidad ante la opinión pública. Al menos ante la opinión pública de aquellos estados

23. A. Rodríguez Bereijo, «Lección inaugural: La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Acto de Apertura del Curso 2001*, Escuela Gallega de Administración Pública, 2001. Debo esta referencia a Isaac Martín Delgado y Eva Nieto Garrido y a su «Informe nacional sobre el acceso a la justicia» presentado en la Reunión del Grupo Europeo de Derecho Público, celebrada en Spetses los días 14-16 de septiembre de 2001. *Vid.* también Braibant, *op. cit.*; y Alonso García, «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 29, septiembre-octubre de 2000, pág. 3-17; Vitorino, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm.1, 2001, 27-64.

24. Braibant, *op. cit.*

25. Una posición más crítica y matizada respecto a la participación en De Búrca, *op. cit.*, pág. 138.

26. Punto 5 COM(2000) 644 final.

miembros cuyos medios de comunicación han dedicado su atención al proceso que nos ocupa. Y ante las instituciones llamadas posteriormente a aplicar su contenido.

IV. Objetivos de la Carta: visibilidad de los derechos y legitimidad de la UE, seguridad jurídica, catálogo único de derechos fundamentales a nivel interno y externo, y respuesta a las exigencias de los tribunales constitucionales nacionales

1. Visibilidad de los derechos y legitimación de la UE ante sus ciudadanos

a) Un contexto político previo: la fragilidad de la Comisión Santer

Ninguna iniciativa de las instituciones europeas parte de la nada, y lo cierto es que, siendo la integración europea un auténtico proceso que debe llevarse a cabo de forma cautelosa e incluso a diferentes ritmos según los estados miembros, siendo Dinamarca y el Reino Unido de la Gran Bretaña los ejemplos más claros a este respecto, muchas de las iniciativas políticas son tomadas de acuerdo con el contexto político y social del momento.

Efectivamente, la decisión del Consejo Europeo de Colonia de encargar la elaboración de una CDFUE tiene precisamente como precedente en el tiempo una crisis de credibilidad de las instituciones europeas. Así, la decisión es tomada después de la dimisión colectiva de los miembros de la Comisión Europea ante las acusaciones de corrupción e incompetencia.²⁷

Tampoco debemos considerar ajeno a la decisión de iniciar la elaboración de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea la gran abstención registrada en las últimas elecciones europeas.

Todo ello parece indicar la existencia de una crisis de credibilidad y legitimidad de la UE, por lo que no debe sorprendernos que, como veremos a continuación, uno de los principales motivos, el único expresamente citado en las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia, de la elaboración de dicha Carta sea precisamente la legitimación de la UE ante sus ciudadanos. La necesidad de incrementar la legitimidad de la UE explicaría también, según De Búrca, la elección de la elaboración de una CDFUE de entre otras muchas iniciativas posibles propuestas por los expertos con anterioridad.²⁸

27. Lenaerts, *op. cit.*, pág. 576.

28. «[...] el origen de esta particular iniciativa reside en la presidencia alemana de la Unión en la primera mitad de 1999. [...] Después del Informe del Comité de Sabios de 1996 sobre derechos civiles y sociales, otros dos informes sobre derechos humanos fueron presentados en 1998 y 1999 respectivamente: primeramente, el informe [...] que estableció una “agenda” de derechos humanos firmado por A. Cassesse, C. Lalumière, P. Leuprecht y Mary Robinson junto con un informe y acompañado de un volumen de ensayos; segundo, el informe del grupo de expertos en derechos fundamentales [...]. La presidencia alemana no mostró ningún entusiasmo hacia muchas de las sugerencias sustanciales que se realizaron en el primero y más detallado de los informes [...], pero le atrajo el tema del segundo de los informes, centrado en la percibida necesidad de una Declaración de Derechos para la UE. [...] Su intención de proponer una Carta europea fue formalmente anunciada por primera vez en abril de 1999, en una conferencia titulada “Towards a new Charter of Fundamental Rights?”, organizada por el ministro de Justicia alemán y por la representación de la Comisión en Alemania, unos meses antes del Consejo Europeo de Colonia», en De Búrca, *op. cit.*, pág. 128-129.

b) Visibilidad de los derechos fundamentales y legitimación de la UE ante sus ciudadanos

Del encargo de la elaboración de la Carta en el Consejo Europeo de Colonia (antes reproducido) deben destacarse:

- Las referencias a la legitimidad de que se dota a la UE mediante los derechos fundamentales.
- La referencia al estado actual de desarrollo de la Unión.
- La finalidad de poner de manifiesto, de hacer visible ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales.

Se trata de una cuestión de «visibilidad» de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos a fin de incrementar o poner de manifiesto ante ellos la legitimidad de la UE, ya que «[...] el respeto de los derechos fundamentales es la condición indispensable para la legitimidad de una Unión europea que se ocupa cada vez más de ámbitos que afectan directamente al individuo; existe [...] una necesidad real de fijar de forma visible su importancia excepcional y su contenido exacto».²⁹ Se trata, en fin, de mandar un mensaje a la opinión pública europea: «Vuestra Europa no es solamente una máquina burocrática [...], no es solamente una máquina económica, monetaria y comercial, es también un conjunto de valores comunes [...]».³⁰

Puesto que, como hemos podido comprobar *supra*, los derechos fundamentales ya se hallan reconocidos y protegidos, se trataría de sistematizarlos, de codificarlos y presentarlos a la ciudadanía. El punto de partida inicial es, pues, desesperanzador. Parece que los objetivos se asemejan más a los de una operación de *marketing* sin ninguna aportación nueva. La voluntad política de reforzar la legitimidad de la Unión Europea ante sus ciudadanos parece primar sobre los posibles efectos jurídicos de la Carta como tal,³¹ ya que «[...] debía ser un ejercicio de visibilidad o un “escaparate” como lo expresó uno de los miembros británicos del órgano redactor, una forma de probar lo que la Unión Europea decía haber hecho en materia de derechos humanos, y declarar sus compromisos en un proceso público que ayudara a asegurar un alto grado de legitimidad popular a una entidad política que continúa siendo contestada y cuestionada».³² Aunque, con Wathélet, debemos preguntarnos si al final del camino «[...] los efectos de la adopción de la Carta serán esencialmente de orden jurídico, al tiempo que los objetivos políticos no tendrán los efectos previstos».³³ No son ajenas a esta última posibilidad las dificultades encontradas en Niza para proceder a la reforma de los tratados, que enmascararon la proclamación de la CDFUE.³⁴

29. Fernández Sola, *op. cit.*, pág. 596.

30. Wathélet, *op. cit.*, pág. 585-586.

31. Dix, «Chartre des Droits Fondamentaux et Convention. De nouvelles voies pour réformer l'UE?», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 448, mayo de 2001, pág. 306.

32. «El aseguramiento de un mayor grado de legitimidad popular, pues, fue expresamente uno de los objetivos primarios de la propuesta política de la elaboración de la Carta. No debía ser una iniciativa política nueva, mas un ejercicio de búsqueda de apoyos para la actual actividad de la Unión Europea», en De Búrca, *op. cit.*, pág. 127 y 131.

33. Wathélet, Melchior, *op. cit.*, pág. 585-586.

34. Wathélet, Melchior, *ibid.*

Entre los objetivos que, al parecer de la Comisión, se persiguen con la elaboración de la CDFUE se encuentra el de «poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance». Dicho objetivo se corresponde con «un trabajo de revelación más que de creación, un trabajo de compilación más que de innovación».³⁵

Efectivamente, para la Comisión parte de los objetivos fundamentales perseguidos mediante la elaboración de la Carta son de carácter político:³⁶

«Se impone ahora una Carta de los derechos fundamentales porque la Unión Europea ha entrado en una nueva fase de su integración, *decididamente política*. La Carta será un hito muy importante de la *Europa política*, que se erige en un espacio integrado de libertad, seguridad y justicia, consecuencia inherente a la ciudadanía. Constituye un instrumento indispensable de legitimidad política y moral, tanto para los ciudadanos como para la clase política, las administraciones y los poderes nacionales, y para los operadores económicos y sociales. Expresa los *valores comunes* que inspiran la esencia de nuestras sociedades democráticas.»

Los motivos explicitados de elaboración de la Carta en el mandato del Consejo Europeo de Colonia parecen apuntar, pues, hacia un texto sin ninguna voluntad de introducir mayor novedad³⁷ en el panorama jurídico de los derechos fundamentales en Europa que la de una mayor concienciación de la ciudadanía europea sobre el compromiso de las instituciones europeas en cuanto al respeto y protección de aquellos.

2. *Legitimidad para una constitución de la UE: el constituyente europeo*

Como ha indicado Díez-Picazo, «Los derechos fundamentales no confieren solamente facultades de defensa a los ciudadanos ante los poderes públicos. En toda la tradición del constitucionalismo los derechos fundamentales son concebidos como los valores fundamentales sobre los que se basa toda la organización política liberal y democrática. El objetivo último y la primera justificación del Estado de derecho democrático son la salvaguardia de los derechos fundamentales [...]. Las declaraciones de derechos [...] son el presupuesto del pacto constituyente o, si se prefiere, del contrato social [...]. La ausencia de declaración de derechos significa, en la tradición del constitucionalismo, una falta de objetivos, de fundamento y de legitimación».³⁸ Por ello, debemos entrar a analizar en qué medida incide la elaboración de CDFUE en el debate sobre una futura Constitución europea.

Una constatación debe hacerse al inicio. Si bien los redactores de la Carta han apartado esta cuestión en aras de la obtención de un mayor consenso que permitiese su elaboración.³⁹ Efectivamente, este debate no ha jugado ningún papel explícito

35. COM(2000) 559 final.

36. COM(2000) 559 final

37. «El segundo párrafo de las Conclusiones confirma la impresión de que se trataba de un proceso de consolidación más que de un proceso innovativo...», en De Búrca, *op. cit.*, pág. 130.

38. Díez-Picazo, «La constitutionnalisation de l'Europe...», *op. cit.*, pág. 189.

39. «Una controversia sobre una constitución de la Unión o sobre la asimilación de esta última a un Estado habría ciertamente comprometido el acuerdo sobre el texto», en Dix, *op. cit.*, pág. 307.

ni en el mandato de elaboración de la Carta ni en el proceso de su elaboración ni en el resultado final de su contenido, pero se ha mantenido latente.

Por otra parte, hay quien considera prematuro siquiera plantearse esta cuestión:

«Algunos ven también el embrión de una Constitución europea, mas es sin duda prematuro preguntarse al respecto. En efecto, una constitución no se limita al reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales, cualquiera que sea su importancia [...]»⁴⁰

Para otros, el hecho de que la UE elabore una CDFUE es irrelevante desde el punto de vista de la existencia o no de una Constitución europea o de la necesidad de elaborar una Constitución europea. Esta línea de opinión, excesivamente formalista a mi entender, separa el concepto de constitución del debate ético-jurídico sobre lo que sería una buena constitución. La elaboración de la CDFUE contribuiría a que la Constitución europea fuera una buena constitución desde el punto de vista ético-jurídico, pero no sería el elemento determinante para considerar que efectivamente existe una constitución europea. Se trata de una concepción que sostiene que puede ya hablarse de Constitución si se trata de un acto normativo escrito que, en el ámbito de un ordenamiento jurídico dado, sea considerado como la «ley superior».⁴¹

Pero si se habla de la Comunidad debe abordarse la cuestión desde otra perspectiva. La Comunidad/UE es una organización que proclama su «adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho»,⁴² la pertenencia a la cual está condicionada precisamente al respeto permanente de dichos principios (artículos 6.1, 7 y 49 del TUE) y cuya actuación debe respetar los derechos fundamentales (artículo 6.2). En este sentido, el respeto y promoción de los derechos fundamentales es un elemento constitutivo de la Comunidad/UE sin cuyo respeto, además, probablemente no sería posible la pertenencia a la misma de los estados que actualmente la componen. Por todo ello, si la Comunidad/UE tiene o debe tener una constitución debe aspirar a que ésta sea una buena constitución desde el punto de vista ético-jurídico y, en especial, en lo que se refiere al elemento de protección de los derechos fundamentales.⁴³ En este sentido, la elaboración de una CDFUE es un paso hacia una constitución europea.

Efectivamente, el sistema de protección de los derechos fundamentales en el seno de la UE existente hasta la fecha no podía ser considerado como «[...] una base axiológica sobre la que edificar una nueva forma de organización política [...].

40. Wathelet, *op. cit.*, pág. 586.

41. Siendo «irrelevante [...] su contenido [...] [y] su derivación popular», en Anzon, «La costituzione europea come problema», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, pág. 635.

42. Preámbulo del Tratado de la Unión Europea.

43. Por otra parte, véase el interesante artículo de Alexy en el que defiende la tesis que su concepción de los derechos humanos sólo puede ser realizada de forma extensa en un estado constitucional democrático, es decir, los derechos humanos necesitan estar reconocidos en una constitución para ser tales. Alexy, «La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año V, núm. 8, enero-junio de 2000, pág. 21-41.

El artículo F2 del Tratado de Maastricht no es más que el reflejo de los que se ha venido en llamar “Derecho constitucional sin constitución”: reenvía a una elaboración puramente jurisprudencial de las garantías de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...]. Le falta la fuerza simbólica necesaria para crear un nuevo sujeto político compuesto del conjunto de los ciudadanos europeos; [...] se limita a conceder algo que los ciudadanos ya poseen». ⁴⁴ Dicha situación ha sido corregida con la elaboración de la CDFUE.

Algunos consideran como un elemento que impide hablar de la existencia de una Constitución europea la falta de un acto constituyente del pueblo europeo: ⁴⁵ «los Tratados de la Unión Europea hablan de “los pueblos” y no “del Pueblo” [...]. Pero todavía puede imaginarse la posibilidad de un texto constitucional básico de la UE preparado por una Asamblea Constituyente y sometido a la aprobación de los pueblos de los estados miembros, mediante un referéndum a escala europea. [...] Sería un gran paso, ya que el poder de la UE derivaría entonces directamente de sus ciudadanos, y no de sus estados miembros.» ⁴⁶

Ante esta eventualidad el efecto legitimante de la UE ante sus ciudadanos, que aparecía como uno de los objetivos de la CDFUE, adquiere un nuevo significado: se trataría de fomentar la idea de un pueblo europeo como una comunidad de valores compartidos ⁴⁷ que pudiera devenir un constituyente europeo con una conciencia de ser tal en sentido político. Efectivamente, «La Europa como comunidad de valores es definida esencialmente [...] como comunidad jurídica y cultural, como comunidad de cultura jurídica». ⁴⁸ Se trataría, pues, de dar carta de naturaleza a la ya existente comunidad de cultura jurídica. No es ajeno a ello tampoco el efecto legitimante adquirido a través del proceso de elaboración de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que entronca relativamente con las reflexiones ético-jurídicas sobre la democracia deliberativa en la línea de Habermas. ⁴⁹

44. Díez-Picazo, «La constitutionnalisation de l'Europe...», *op. cit.*, pág. 191.

45. Véase también Anzon, *op. cit.*, pág. 654-655.

46. Aunque el mismo autor considera este paso como improbable. Piris, «Does the European Union have a Constitution? Does it need one?», *European Law Review*, 24, diciembre de 1999, pág. 575-576. La versión francesa en *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 35(4), octubre-diciembre de 1999, pág. 599-635).

47. «[...] Una Carta de derechos fundamentales es también una manifestación de una “comunidad de valores” europea (*Wertegemeinschaft*) y podría tener un efecto legitimante para toda la Unión. La ministra federal de Justicia, Herta Dübler-Gmelin, opina “que una Carta de derechos fundamentales de carácter constitucional vendría a ser el punto de referencia para la identificación de los logros de la integración europea, en la forma de un *Verfassungspatriotismus* (patriotismo constitucional)”. La ministra vincula la elaboración de la Carta con un refuerzo de la Unión política; la Carta de derechos fundamentales es vista como “un paso importante en el camino para completar una constitucionalización de la Unión en sentido político”», en Dorau/Jacobi, «The Debate over a “European Constitution”: Is it Solely a German Concern?», *European Public Law*, volumen 6, fascículo 3, 2000, pág. 420-421.

48. Häberle, «La cultura jurídica europea», en *La costituzione europea tra cultura e mercato*, Riodola (dir.), Roma, 1997, pág. 36-37.

49. Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, 1991; *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, 1988. *Vid.* también Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 1998 (edición a cargo de Fernando Vallespín).

3. *Un mismo estándar de protección de los derechos fundamentales a nivel interno y externo y una primera contribución a la seguridad jurídica: la Carta para los estados solicitantes de ingreso*

La Comisión Europea establece como uno de los objetivos de la CDFUE el fijar de forma clara el catálogo de derechos que la Comunidad debe respetar al ejecutar sus políticas en el ámbito interno y en el externo (en especial en las políticas exteriores y de cooperación y en la política de seguridad), y que debe ser exigido a los estados que aspiran a integrarse en la Unión.⁵⁰ La Comisión precisa que la adopción de la Carta no significa la imposición de nuevas condiciones a los estados que aspiran a ingresar en la Unión Europea, sino que únicamente añade certeza a las obligaciones que dichos estados ya tenían como aspirantes al ingreso en la UE.⁵¹

La Comisión concibe la elaboración de un solo y mismo nivel de protección de los derechos fundamentales para todos los ámbitos de actuación de la UE (incluidas las políticas exterior y de seguridad y las condiciones de acceso de los nuevos estados a la Unión) como «una respuesta clara a los que acusan a la Unión de tener dos raseros en materia de derechos humanos, uno externo y otro interno».⁵²

En este sentido, la CDFUE deviene un instrumento esencial en la aplicación de lo previsto en el artículo 7 del TUE al fijar el criterio bajo el cual deben formarse la opinión las instituciones intervinientes en el proceso sancionador de aquel estado miembro en el que se constate la existencia de una violación grave y persistente de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del TUE: libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho.

Los estados candidatos a la ampliación de la UE han expresado sus quejas en cuanto a la falta de certeza sobre los criterios con los que serán evaluadas sus candidaturas en términos de derechos fundamentales.⁵³ Ello se debe en parte, aunque no únicamente, a la falta de un catálogo de derechos fundamentales cuya ausencia viene a suplir la CDFUE, siendo el instrumento clave también para evaluar las candidaturas de los estados a la ampliación de la UE.

En ambos de los sentidos mencionados en este epígrafe (artículos 6.1, 7 y 49 del TUE), la Carta actúa únicamente como un instrumento político (como política es en el fondo la decisión sobre el ingreso de un nuevo estado en la UE),⁵⁴ como una guía para la supervisión de los estados en aras de la toma de una decisión política⁵⁵ que no puede ser revisada por el TJCE.

50. El artículo 49 TUE establece como condiciones para el ingreso de nuevos estados en la Unión el respeto de los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y al Estado de derecho, contenidos en el artículo 6.1 del TUE.

51. Puntos 12 y 13 COM(2000)559 final.

52. Punto 12 COM(2000)559 final.

53. Lenaerts, *op. cit.*, pág. 596-597.

54. Wachsmann, *op. cit.*, pág. 187.

55. «El Tratado de Amsterdam otorga a la Unión el poder de desarrollar una política general sobre democracia y derechos humanos [...] y una competencia general de supervisión. [...] La Carta propuesta —que [...] expresa valores comunes— tendrá una función natural el servir de guía para dicha función de supervisión. Esta función de la Carta en la supervisión general de los estados miembros no resulta excluida por el artículo 50 de la Carta, ya que dicha supervisión es una actividad de las instituciones de la Unión», en Von Bogdandy, *op. cit.*, pág. 1318-1319.

Finalmente, hemos visto que la Comisión concibe la adopción de la CDFUE como una respuesta a las críticas que acusaban a las instituciones de utilizar diferentes niveles de protección de los derechos fundamentales en función del ámbito de actuación, política exterior o actuación en el seno de la UE. En este sentido, la Carta proporciona un mismo catálogo de derechos con un mismo contenido a proteger en las actuaciones de las instituciones de la Comunidad, pero no introduce ningún cambio sobre los mecanismos de protección de los derechos humanos.

Es en este último sentido donde la crítica sobre diferentes niveles de protección puede persistir. Así, una actuación de la Comunidad que, por ejemplo, no dedujese del art. 7 TUE ninguna obligación de establecer una política de derechos humanos de supervisión general de su protección en todos los estados miembros, incluso cuando no actúan en el ámbito del derecho comunitario, nos llevaría a la paradoja de que aquellos estados con acuerdos de asociación con la UE o que han presentado candidatura de ingreso en la misma son objeto de un escrutinio sobre la protección de los derechos humanos mucho más estricto que el de los propios estados miembros de la UE (insistimos en que estamos hablando también de la actuación de los estados fuera del ámbito del derecho comunitario). Es en este último sentido que cabe entender las propuestas de algunos estados miembros de establecer un sistema de aplicación del art. 7 TUE que tenga en consideración una tarea preventiva de las violaciones de los derechos humanos, como, por ejemplo, un sistema de avisos previos.⁵⁶

4. Carta de derechos fundamentales y seguridad jurídica

De acuerdo con la Comunicación de la Comisión sobre la CDFUE, «Más allá de la visibilidad de los derechos fundamentales, es preciso destacar que la Carta aporta una significativa *seguridad jurídica*. Con ello permitirá mejorar el nivel de protección actual de los derechos fundamentales en la Unión, superando el actual sistema, de carácter esencialmente pretoriano».⁵⁷

Para analizar esta cuestión debe establecerse en primer lugar en qué sentido el sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE produce inseguridad jurídica.

En general, dicha inseguridad jurídica se deriva de:

56. «[...] la delegación belga presentó un proyecto de reforma del artículo 7 TUE, conteniendo un mecanismo de aviso destinado a la prevención de una violación grave y persistente por parte de un estado miembro de los principios establecidos en el artículo 6 TUE [...]. Propuso además sustituir el requerimiento actual de unanimidad en el Consejo, reunido en su composición de jefes de estado o de gobierno, por uno de mayoría cualificada para determinar la existencia de una violación grave y persistente [...]. La delegación austriaca presentó a la Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros un proyecto de reforma de los artículos 7 y 46 TUE, con la voluntad de introducir un mecanismo de avisos (a diferencia de la propuesta belga, el Consejo debería decidir por unanimidad en esta fase), de asegurar la consulta debida con el estado miembro afectado durante cada fase del procedimiento, de obligar a los estados miembros a tomar únicamente medidas —proporcionadas— en el marco del artículo 7, y de extender la jurisdicción del Tribunal de Justicia a las medidas tomadas con base en el artículo 7», en Lenaerts, *op. cit.*, nota 48.

57. COM(2000) 559 final, punto 10.

- a) La inexistencia de un catálogo escrito de aquellos derechos fundamentales que se deducen de la tradición constitucional común de los estados miembros (sí existe en cuanto se encuentre reconocido en el Convenio europeo de derechos humanos), lo que imposibilita a los particulares el conocer con anterioridad a que su caso llegue al TJCE si un nuevo derecho les será reconocido y con qué contenido.
- b) La posibilidad de contradicción entre el TJCE y el TEDH.
- c) La imposibilidad del TJCE de desarrollar todos los derechos que potencialmente podría reconocer hasta que no aparece un caso con suficiente contenido de contencioso comunitario; es decir, que la formulación de un derecho fundamental no depende únicamente de su vulneración, sino de la existencia de un contencioso relacionado con el derecho comunitario sobre el que el TJCE sea competente.⁵⁸

Así, como ha señalado Díez-Picazo, «los derechos fundamentales prácticamente no funcionan como genuinos derechos subjetivos: y ello porque, ante la falta de un reconocimiento previo al momento litigioso, no puede decirse que los particulares gocen de ciertas facultades de hacer, participar o recibir, que sólo en caso de ser desconocidas puedan ser hechas valer ante el TJCE. En pocas palabras, antes de que en cada caso se pronuncie el propio TJCE, no existe derecho fundamental alguno. Pero es más: esta pura determinación jurisprudencial de los derechos fundamentales conlleva dos ulteriores consecuencias. De un lado, no existe a priori un mínimo de certidumbre acerca de qué derechos fundamentales ostentan los individuos y cuál es el contenido razonablemente presumible de aquellos [...]. De otro, tampoco existe un marco mínimo que encauce y dote de sentido a la actividad jurisprudencial misma, de suerte que no sólo el TJCE es libre de decidir qué aspiraciones son dignas de ser elevadas a la categoría de derechos fundamentales, sino que, además, ello depende en gran medida de qué demandas han logrado, por razones que no siempre tienen que ver con su mérito sustancial, llegar ante él; y, de esta manera, el cuadro de los derechos fundamentales claramente reconocidos por el TJCE es, sin duda, fragmentario».

a) Catálogo de derechos fundamentales y seguridad jurídica

Resulta evidente que añadir codificación donde antes sólo existía un conjunto de sentencias del TJCE y una dispersa legislación comunitaria representa un avance en materia de seguridad jurídica, ya que: «La ausencia de referencia explícita a los derechos conlleva un grado de incertidumbre no negligible. La política jurisprudencial consistente en reconocer los derechos fundamentales caso por caso no impide únicamente conocer con carácter previo los derechos de que pueden gozar los ciudadanos europeos; dota también al Tribunal de Justicia de un gran margen de poder discrecional difícilmente justificable en una materia tan fundamental y delicada [...]».⁵⁹

No podemos pasar por alto la afirmación de la Comisión que la Carta representa la superación del actual sistema, que se encuentra básicamente en manos del TJCE.⁶⁰

58. Díez-Picazo, «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1991, núm. 32, pág. 148.

59. Díez-Picazo, «La constitutionnalisation de l'Europe...», *op. cit.*, pág. 189.

60. Punto 10 COM(2000)559 final.

Parece obvio que el TJCE no podrá obviar su contenido y deberá tenerlo en consideración de una u otra forma. El contenido de la CDFUE debe configurar a partir de ahora el catálogo de derechos fundamentales y el contenido de los derechos. Ahora bien, ello, a mi entender, no significa que la tarea creativa del TJCE en materia de derechos fundamentales haya concluido, al menos si no se produce una reforma de los tratados al efecto. Así, nada en el texto de la Carta nos lleva a concluir que con ella se cierra absolutamente la posibilidad de que el TJCE continúe derivando ciertos derechos fundamentales de las tradiciones constitucionales de los estados miembros. Es más, todo parece indicar lo contrario, puesto que la Carta incluye en su artículo 51.2 la clarísima afirmación de que «la presente 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.»

Así, de no mediar una modificación de otros artículos de los tratados, ni siquiera la eventual incorporación de la Carta a los tratados significaría una eliminación de la competencia del TJCE de deducir de las tradiciones constitucionales de los estados miembros principios generales del derecho comunitario protectores de derechos fundamentales. Se puede interpretar en este mismo sentido la afirmación de la Comisión de que «La Carta no modificará los recursos y la arquitectura jurisdiccionales ofrecidos por los tratados [...]».⁶¹

Por otra parte, resulta obvio que el texto de la Carta y el mismo TJCE, al haber construido un sistema de protección de los derechos fundamentales en el seno de la UE que en buena medida se centra en una referencia a un sistema externo, el CEDH, deben estar abiertos a las evoluciones de la jurisprudencia del TEDH. En consecuencia, no puede tratarse la Carta como un sistema autónomo, autorreferenciado y cerrado de protección de los derechos fundamentales. Todo ello, vuelve a introducir un cierto grado de inseguridad jurídica.

b) Imposibilidad del TJCE de desarrollar todos los derechos que potencialmente podría reconocer por el difícil acceso a la jurisdicción comunitaria

Ya hemos enfatizado más arriba que la imposibilidad del TJCE de desarrollar todos los derechos que potencialmente podría reconocer mientras no aparezca un caso con suficiente contenido de contencioso comunitario es un elemento que contribuye a crear una cierta inseguridad jurídica. Como hemos podido constatar anteriormente, la capacidad del TJCE de deducción de nuevos principios generales del derecho comunitario protectores de derechos fundamentales se mantiene.

Efectivamente, el sistema de acceso al TJCE restringe mucho las posibilidades de los particulares de ver su caso residenciado en sede comunitaria,⁶² de forma que en la situación anterior a la aprobación de la Carta «no sólo el TJCE es libre de decidir cuáles son los principios generales del derecho sino que, además, esto depende de las demandas que han conseguido llegar hasta él y esto no siempre depende del mérito sustancial de tales demandas».⁶³

61. Punto 14 c) COM(2000)559 final.

62. Véanse los artículos 232 y 235 a 288 del TCE y 234 del TCE.

63. Astola Madariaga, *op. cit.*, pág. 94.

Dicha situación tiene como posible solución la reforma de las vías de acceso al TJCE, pudiéndose plantear la creación de algún tipo de recurso directo para la protección de los derechos fundamentales contenidos en la CDFUE. De todas formas, parece obvio que la Carta no aborda esta situación, sino que más bien apuesta por mantener inalteradas las competencias de las instituciones europeas. Ya hemos visto que la misma Comisión insiste en que la Carta no tiene ningún impacto en los canales de acceso a los tribunales comunitarios.

En este sentido, la CDFUE no contribuye a la reducción de la inseguridad jurídica del sistema de protección de derechos fundamentales de la UE en la medida en que no resuelve la cuestión del difícil acceso a los tribunales comunitarios.

c) La posibilidad de contradicción entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por encima de los estados, conviven en el seno de la UE dos sistemas de protección de los derechos fundamentales (el Convenio de Roma y el propio de la UE). Ante la posibilidad de la vulneración de los derechos fundamentales por los actos de las Comunidades Europeas o de sus estados miembros en aplicación del derecho comunitario, el TEDH se ha autorrestringido al establecer la regla de que no es competente para conocer de los asuntos que incumban a una organización internacional receptora de transferencias de poderes, siempre y cuando los derechos fundamentales reciban una protección equivalente a la que provee el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerando asimismo que la (entonces) Comunidad Europea no sólo establece derechos fundamentales, sino que provee mecanismos para asegurar su respeto.⁶⁴ En este sentido, a los estados miembros también les es aplicable dicha restricción en la medida en que aplican en su territorio la legislación proveniente de las instituciones comunitarias.

El mismo TEDH ha precisado esta doctrina. Efectivamente, en la Sentencia dictada *Matthews v. United Kingdom*,⁶⁵ precisa las condiciones bajo las cuales los estados miembros pueden ser considerados responsables de una violación del CEDH por actos provenientes de las instituciones europeas. Se trata de la exclusión de Gibraltar de las elecciones al Parlamento Europeo de acuerdo con la decisión del Consejo de la (entonces) Comunidad Europea 76/787, tomada según lo previsto en el artículo 138.3 TCE, y su posterior aplicación en el Reino Unido. El pasaje determinante de la Sentencia del TEDH es el siguiente:

«La Decisión del Consejo [...] constituyó un instrumento internacional que fue libremente incorporado en el Reino Unido. Realmente, la Ley de 1976 no puede ser recurrida ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la razón de que no es un acto “normal” de la Comunidad, sino un tratado en el seno del ordenamiento jurídico comunitario.»

Lo que sucede es que no se da la circunstancia que permite excluir la competencia del TEDH. Así, se excluye la intervención del TJCE, por lo que no se puede ga-

64. *M. & Co. vs. Alemania*, Sentencia de 9 de febrero de 1990.

65. Sentencia TEDH de 18 de febrero de 1999, dictada en el caso *Matthews v. United Kingdom*.

rantizar el nivel de protección de los derechos humanos propio de la comunidad, que debe ser equivalente al ofrecido por el TEDH.⁶⁶ En este caso el TEDH ha apreciado una violación del artículo 3 del CEDH.

Uno de los motivos de que el sistema de protección de los derechos humanos en la UE genere inseguridad jurídica es el de la posibilidad de contradicción entre las sentencias del TJCE y el TEDH. Efectivamente, la posibilidad de contradicción en las interpretaciones de los derechos fundamentales del TEDH y del TJCE persiste en la medida en que el último reconoce como fuente de derechos a proteger como principios generales de derecho comunitario (y, por tanto, a interpretar por el propio TJCE) el Convenio de Roma.

Es evidente que los redactores de la CDFUE tuvieron muy presente esta cuestión. En el preámbulo de la Carta se dice que la misma «reafirma [...] los derechos reconocidos especialmente por [...] el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Además, en la parte dispositiva⁶⁷ se hace claramente referencia a la protección dispensada a los derechos fundamentales por el CEDH. Así, el artículo 52.3, dedicado al alcance de los derechos garantizados en el seno de la Carta dispone que:

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

A su vez, el artículo 53, que se ocupa del nivel de protección que debe otorgarse a los derechos reconocidos en la Carta que nos ocupa, dispone también lo siguiente:

«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 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los estados miembros.»

Existía, pues, la preocupación evidente entre los redactores de la CDFUE de evitar las divergencias entre la interpretación de los derechos fundamentales del TJCE y del TEDH; posibles divergencias que se han intentado atajar mediante los precitados artículos, que obligan a tener presente en todo caso la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de los derechos reconocidos en la Carta, y mediante la inclusión en los proyectos de la Carta de explicaciones de cada artículo en las que se incluyen los textos de los artículos del CEDH y una sucinta referencia a los criterios jurisprudenciales del TEDH en relación con el contenido de dichos artículos.⁶⁸

66. Lenaerts, *op. cit.*, pág. 584-585.

67. Se deja para más adelante la discusión sobre el valor de la CDFUE, por lo que nos referiremos a ella, en aras de la claridad de la exposición, como si se tratase de un texto normativo.

68. Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Bruselas, 11 de octubre de 2000 (18.10) (OR.fr), Carta 4473/00, Convención 49.

La CDFUE no representa ningún cambio en la forma cómo han venido desarrollándose las relaciones entre la jurisprudencia del TJCE y del TEDH, con recientes divergencias⁶⁹ entre las decisiones de los altos tribunales, ante lo que el contenido de la Carta no parece introducir ninguna garantía suplementaria.

Por otra parte, la Comisión parece contemplar el contenido de los artículos citados, no como una solución definitiva ante el riesgo de divergencia entre las jurisprudencias del TJCE y del TEDH, sino como un «mal menor» ante la imposibilidad, por el momento, de la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH:

«Del mismo modo, la Comisión comparte plenamente la voluntad de velar porque no se desarrollen en Europa concepciones divergentes de los derechos fundamentales, en el caso de que, contrariamente a los deseos formulados por la Comisión en numerosas ocasiones, no pudiera efectuarse la adhesión al Convenio de Roma. Por tanto, la Comisión apoya la disposición del anteproyecto (artículo 50.3) encaminada a garantizar la homogeneidad entre la interpretación de las disposiciones del Convenio de Roma y las correspondientes disposiciones de la Carta, respetando al mismo tiempo el principio de autonomía del derecho comunitario.»⁷⁰

Por ello, la Comisión insiste sobre el hecho de que la Carta no imposibilita pero tampoco requiere la adhesión de la Comunidad al CEDH:

«La Carta ni implica ni impide la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. La elaboración de la Carta replantea la cuestión de la posible adhesión de la Comunidad o la Unión al Convenio. Habida cuenta del mandato conferido a la Convención por el Consejo Europeo de Colonia, está claramente entendido desde el inicio de los trabajos que esta cuestión no es de competencia de la Convención.

»Pero la existencia de la Carta no aminorará el interés de esta adhesión, que tendría por efecto establecer una tutela externa de los derechos fundamentales de la Unión. Del mismo modo, la adhesión al CEDH en absoluto privaría de interés la elaboración de una Carta de la Unión Europea. La cuestión es también de actualidad a la luz de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo relativa a un acto de derecho comunitario primario (demanda núm. 24833/94 en el asunto *Matthews* contra el Reino Unido, Sentencia de 18 de febrero de 1999).»⁷¹

69. «Son bien conocidas las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que contradicen la interpretación dada a ciertos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] Cfr. sentencias del Tribunal de Estrasburgo *Chapell* (serie A, vol. 152-A) y *Nimietz* (serie A, vol. 251-B) con la sentencia *Hoechst* del Tribunal de Luxemburgo (as. 46/87 y 227/88, Rec. 1989, pág. 2859), o la sentencia *Open Door et Dublin Well Woman* (serie A, vol. 246) del Tribunal Europeo y la sentencia *Grogan* del Tribunal Comunitario (as. C-159/90, Rec. 1991, pág. I-4685)», en Fernández Sola, *op. cit.*, pág. 597 y nota 5. A dichas sentencias Wachsmann añade la divergencia «[...] sobre la compatibilidad entre un monopolio público de radiodifusión con las exigencias de la libertad de expresión [...]. En su Sentencia de 18 de junio de 1991, *Elleniki Radiophonia Tiléorassi*, as. C-260/89, Rec. pág. 2965, el Tribunal de Luxemburgo admite sin dificultad la compatibilidad, mientras que el Tribunal de Estrasburgo considera que el monopolio público austriaco viola el art. 10 [...] [Sentencia *Informationsverein Lentia y otros c. Austria*, 24 nov. 1993, D. 1995]», en Wachsmann, *op. cit.*, pág. 178-179 y nota 9.

70. Punto 29 COM(2000)559 final.

71. Punto 14 d) COM(2000)559 final.

En este sentido la CDFUE no parece aportar nada a la resolución del problema de seguridad jurídica expuesto en este epígrafe y con anterioridad. Como parece apuntar la Comisión, la resolución definitiva del riesgo de divergencia entre la jurisprudencia del TEDH y del TJCE sólo puede venir de la adhesión de la UE al CEDH,⁷² o de la instauración de mecanismos que permitan la coordinación entre los dos tribunales, cuestiones prejudiciales, por ejemplo. La Carta no conjura la posibilidad de contradicción entre el TJCE y el TEDH. «La adopción de la Carta no debe en principio modificar la situación actual de coexistencia entre el derecho comunitario/derecho de la Unión y el derecho del CEDH; uno y otro conservan su autonomía y su justificación respectivas; los riesgos de divergencia de interpretación entre los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo subsisten pero no son agravadas.»⁷³

V. Conclusiones y reflexiones sobre el valor jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea

Para establecer el valor jurídico de la CDFUE debe procederse en primer lugar a una recapitulación de los elementos de reflexión que se han aportado hasta el momento.

La CDFUE no conjura la posibilidad de contradicción entre la jurisprudencia del TJCE y del TEDH al mantener la remisión externa al sistema de protección de los derechos humanos del CEDH. Sigue abierto, pues, el debate sobre la incorporación de la UE al CEDH.

La elaboración de la Carta añade seguridad jurídica al sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE al permitir el conocimiento previo de los derechos reconocidos.

A pesar de ello la Carta no se configura como un sistema autónomo, autorreferenciado y cerrado de protección de los derechos fundamentales, sino que siguen manteniéndose dos vías de apertura. La primera de ellas es la apertura a la jurisprudencia del TEDH, a cuya evolución el TJCE deberá estar atento y adaptarse. En segundo lugar, la Carta no significa (si no media una reforma de los tratados) que la tarea creativa del TJCE en materia de derechos fundamentales haya concluido, ya que nada en el texto nos lleva a concluir que se cierre absolutamente la posibilidad que el TJCE continúe derivando ciertos derechos fundamentales de las tradiciones constitucionales de los estados miembros.

La Carta, al no introducir cambios en las vías de acceso a la jurisdicción del TJCE, no resuelve la inseguridad jurídica derivada de la imposibilidad del TJCE de

72. «En este sentido, la adhesión de la Comunidad y la Unión al Convenio europeo de derechos humanos deviene una necesidad urgente: sólo ello permitirá salvaguardar verdaderamente la unidad de interpretación de las disposiciones del Convenio relativas a los derechos fundamentales», en Wachsmann, *op. cit.*, pág. 184.

73. La autora añade que «El único procedimiento susceptible verdaderamente de eliminar toda divergencia de interpretación y de establecer una jerarquía entre los sistemas sería la adhesión de la Comunidad o de la Unión al CEDH. La existencia de la Carta no constituye un obstáculo para dicha adhesión [...]. El debate permanece abierto [...]». En Dutheil de la Rochère, «La charte des droits fondamentaux de l'union européenne...», *op. cit.*, pág. 679.

desarrollar todos los derechos que potencialmente podría reconocer por el difícil acceso a la jurisdicción comunitaria.

La Carta garantiza el nivel general de protección de los derechos fundamentales exigido por algunos tribunales constitucionales nacionales para no someter a examen de constitucionalidad la legislación comunitaria.

Mediante la Carta se añade certeza a las obligaciones de los estados solicitantes de ingreso en la UE. La Carta es, por tanto, un instrumento imprescindible para la aplicación del art. 6.1 en relación con el 49 TUE, y del artículo 7 TUE.

En este último sentido la Carta representa un mismo estándar interno y externo de protección de los derechos fundamentales. Ello resulta cierto en cuanto al catálogo de derechos, pero no en cuanto a su uso. En el estado actual de las cosas la Carta será utilizada para el examen de protección de los derechos fundamentales de los estados candidatos al ingreso en la UE en todos los ámbitos, pero, en cambio, el TJCE sólo revisará la actuación de los estados miembros en el ámbito del derecho comunitario y el artículo 7 TUE sólo se aplicará en caso de violación grave y persistente de los derechos humanos. La solución de dicha situación reside en entender que del artículo 7 TUE se deduce una competencia comunitaria de supervisión de la protección de los derechos fundamentales en los estados miembros.

La Carta representa un paso hacia una constitución europea tanto desde el punto de vista ético-jurídico (si la UE debe tener una constitución ésta debe ser una buena constitución), como desde el punto de vista de dotar de contenido a la ciudadanía europea como punto de partida necesario para la existencia de un pueblo europeo como una comunidad de valores compartidos con suficiente entidad para devenir un constituyente europeo con conciencia de ser tal en sentido político.

La Carta es actualmente un texto sin valor jurídico reconocido, pendiente de la decisión que sobre la misma debe tomarse en cuanto a su incorporación a los tratados.

Es éste último uno de los temas más debatidos desde la proclamación de la CD-FUE, si bien el mandato del Consejo Europeo de Colonia (reproducido *supra*) establece que debe dejarse a un debate posterior la posibilidad de incorporar la Carta a los tratados y que, por lo pronto, propondrá su proclamación solemne, que se produjo en Niza.

La convención encargada de la elaboración de la Carta abordó dicha cuestión mediante la actitud de obviar cuál sería el valor finalmente otorgado a la misma, pero con la mirada puesta en su posible incorporación a los tratados, en lo que se ha venido en llamar la doctrina del «como si».⁷⁴ Efectivamente, el discurso del presidente de la Convención de elaboración de la Carta expresa la ambivalencia política sobre el eventual estatus de la carta: «Vamos a elaborar un texto que no será inmediatamente

74. «En primer lugar, ha habido una reconocida incertidumbre sobre la naturaleza del documento propuesto, especialmente sobre si debía ser jurídicamente vinculante y justiciable o no. Ello es conocido como la doctrina del “como si”: mientras el documento debía ser elaborado como si fuera a incorporarse en los tratados, la decisión sobre su vinculatoriedad no sería tomada hasta que el proyecto estuviese terminado, y dicha decisión correspondía al Consejo Europeo quien —como lo han probado los hechos— era muy reticente a convertirlo en un documento jurídicamente vinculante», en De Búrca, *op. cit.*, pág. 128.

vinculante como derecho europeo o comunitario. A pesar de ello, debemos tener en mente permanentemente que la Carta que estamos elaborando será, en un futuro no muy lejano, jurídicamente vinculante.» De todas formas, el primero de los vicepresidentes, Mendes de Vigo en representación del Parlamento Europeo, expresó un punto de vista algo diferente sobre el mandato del Consejo Europeo de Colonia, resultando clara la decisión sobre el carácter jurídicamente vinculante de la Carta: «Me gustaría dejar claro que para nosotros una simple declaración no es suficiente [...]. La Carta de derechos fundamentales debe ser vinculante y se tiene que incorporar a los tratados [...]. El hecho de que nuestra tarea finalice al mismo tiempo que la Conferencia Intergubernamental ofrece una buena oportunidad para conseguir dicho objetivo.»⁷⁵

El primero de los motivos examinados como fundamento para la elaboración de la CDFUE contribuye a argumentar la falta de efectos jurídicos de la Carta. Efectivamente, si la función de la Carta es únicamente dotar de «visibilidad» a los derechos ya existentes, no parece que tenga mucho sentido el debate sobre el valor jurídico de la CDFUE, puesto que dichos derechos ya están protegidos y sólo se procede a su reconocimiento.

Lo cierto es que una CDFUE elaborada «como si» hubiera que incorporarla a los tratados una vez proclamada y que tiene como uno de los motivos de su elaboración conseguir la «visibilidad» de los derechos, no parece que sea un texto con un presente muy halagador en cuanto a su valor jurídico.

Por otra parte, la Comisión opina que:

«[...] dado que en su elaboración participan todos los poderes legislativos y ejecutivos nacionales de la Unión representados en la Convención, la Carta, siempre, por supuesto, que su nivel de ambición sea elevado, producirá efectos “proclamatorios” con independencia del valor jurídico que en definitiva se le atribuya [...]. No obstante, y a la luz del anteproyecto, la Comisión considera que la incorporación de la Carta a los tratados permitiría poner remedio a algunas insuficiencias del sistema actual de protección de los derechos fundamentales en la Unión. Este sistema, en efecto, 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.»⁷⁶

A su vez, la doctrina sustenta diversas posiciones en cuanto al valor jurídico de la Carta en el momento presente. Hay quien niega todo valor a dicho documento si no se produce su incorporación a los tratados: «Tanto la oponibilidad de la Carta frente a las instituciones como el nivel de protección dependen de la inserción de dicho texto en los tratados constitutivos, es decir, de su reconocimiento como derecho originario. La simple declaración solemne de dichos derechos situará al texto en el marco

75. «Su punto de vista era también compartido por el representante de la Comisión, Antonio Vitorino, quien dijo en su discurso inicial que “este órgano debe, por tanto, elaborar un texto que reúna los requerimientos de forma y contenido necesarios para ser integrado en los tratados”», en De Búrca, *op. cit.*, pág. 133.

76. Punto 35 COM(2000) 559 final.

del derecho programático o *soft law*, sin valor vinculante y no siendo su aplicación objeto de control por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.»⁷⁷

Otros apuntan que el valor de la Carta será el de un texto interpretativo con valor de interpretación auténtica del artículo 6 TUE: «En el futuro, el Tribunal de Justicia podrá referirse a la Carta en sus decisiones así como deberá examinar la compatibilidad de un acto específico con los derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia puede atribuir a la Carta el rango de una interpretación auténtica de los principios jurídicos mencionados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, en tanto que aprobada por todos los gobiernos y parlamentos.»⁷⁸

Incluso algún autor aporta una triplete de opciones que el Tribunal de Justicia tiene ante sí: «Es posible que, de tres maneras, los jueces se puedan referir a la Carta de derechos fundamentales. [...] Se pueden referir a ella de forma complementaria, para reforzar su interpretación, como una suerte de argumento *a fortiori* [...], el Tribunal puede igualmente velar por el respeto de los derechos establecidos en la Carta en tanto que principios generales de derecho comunitario deducidos de las tradiciones constitucionales comunes [...]. En fin, el Tribunal de justicia puede considerar que la Carta es en realidad un acuerdo interinstitucional, al que se aplicaría el principio *patere legem quam ipse fecisti*, pudiendo los particulares exigir a las instituciones que respeten los derechos que la Carta les reconoce.»⁷⁹

Esta última opción recibe la crítica de Landenburger, en el sentido de que: «Por un lado, no puede evidentemente justificar un efecto jurídico de la Carta más allá del que tendrá *vis-à-vis* las instituciones firmantes, y no ante otros organismos comunitarios o de la Unión ni, lo que resulta más problemático, ante los estados miembros actuando en aplicación del derecho de la Unión, en contra de la intención de los autores de la Carta. Por otro lado, la figura del acuerdo interinstitucional no puede más que comportar efectos favorables a los particulares. No es de ninguna ayuda en los numerosos casos de carácter “multipolar” caracterizados por un conflicto entre los derechos fundamentales de varios individuos.» Por todo ello dicho autor prefiere «[...] poner el acento, al justificar los efectos jurídicos de la Carta, sobre todo en una conceptualización de la misma como interpretación auténtica de los principios generales de derecho comunitario.»⁸⁰

De esta síntesis de las posiciones doctrinales sobre el valor jurídico de la CDFUE destaca, al menos, una posición común: sin la incorporación de la Carta a los tratados los derechos en ella reconocidos son sólo directamente invocables ante el TJCE en la medida en que dicho Tribunal así lo decida, aceptando la Carta como criterio interpretativo o como interpretación auténtica del artículo 6.2 del TUE. Sólo en el caso de la incorporación de la Carta en los tratados se abrirá de forma vinculante la vía de acceso al TJCE de los derechos fundamentales reconocidos en la misma.

77. Fernández Sola, *op. cit.*, pág. 599. En este sentido, «El texto que saldrá de los debates de la Convención [...] estará desprovisto de valor jurídico en sentido estricto», en Dutheil de la Rochère, «La convention sur...», *op. cit.*, pág. 226.

78. Dix, *op. cit.*, pág. 306.

79. Melchior Wathelet, *op. cit.*, pág. 591.

80. Landenburger, «L'application pratique de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne par la Commission Européenne», contribución presentada en la reunión del Grupo Europeo de Derecho Público, Spetses (Grecia), 14-16 de septiembre de 2001.

Dicho de otro modo, el TJCE no se halla vinculado en sentido estricto por el contenido de la CDFUE, pero es en este punto donde debemos recordar todo lo afirmado a lo largo de este trabajo sobre la legitimidad adquirida por la CDFUE mediante su proceso de elaboración y la solemnidad de su proclamación, por lo que parece difícil que el TJCE ignore el resultado obtenido, especialmente si tenemos en cuenta que contaba con representantes con rango de observadores en la Convención de elaboración de la Carta. Puede hablarse en este sentido de una vinculación del TJCE a la CDFUE en sentido amplio. Por último, el TJCE sigue siendo «el señor de los derechos fundamentales»⁸¹ como intérprete del artículo 6.2 del TUE.

Esta última es también la opinión de la propia Comisión Europea:

«Del mismo modo, 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. 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.»⁸²

En la línea citada, el Tribunal Constitucional español ha tomado la delantera en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, al utilizar la CDFUE para establecer la interpretación de la protección de datos personales.⁸³

Por su parte, el propio TJCE no ha excluido la posibilidad de aplicación de la CDFUE a un caso concreto. En su sentencia *Mannesmannröhren-Werke vs. Comisión*, de 20 de febrero de 2001, asunto T-112/98, ha establecido que la CDFUE no es aplicable al caso concreto por motivos temporales (no se encontraba en vigor en el momento en que se producen los hechos juzgados), lo que interpretado *a contrario* da pie para suponer que el TJCE piensa aplicar la Carta en el futuro.

Por su parte, los abogados generales en la presentación de sus conclusiones han tratado la CDFUE como fuente del derecho y como parámetro de legalidad del derecho comunitario.⁸⁴

Por último, la Comisión Europea ya ha establecido su política de aplicación de la Carta en cuanto al control interno y previo de la compatibilidad de las proposiciones legislativas y de los actos reglamentarios a adoptar por la Comisión, la reacción a las demandas dirigidas a la Comisión en relación con la aplicación de la Carta y la intervención de la Comisión en los procedimientos ante el TJCE.⁸⁵

En este sentido podemos decir que se ha lanzado un claro mensaje al TJCE sobre el valor jurídico de la Carta, especialmente como instrumento para la interpretación auténtica del contenido del artículo 6.2 del TUE; veremos si lo recibe.

81. Parfraseando a M. P. Chiti, «I signori del Diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del Diritto amministrativo europeo», en VV. AA., *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993, pág. 11-53.

82. Punto 10 COM(2000) 644 final.

83. Debe tenerse en consideración la peculiaridad del art. 10.2 de la Constitución española.

84. Sin ánimo de exhaustividad podemos citar las conclusiones de los abogados generales en los asuntos C-131/00, *Nilsson*; C-313/99, *Mulligan et autres*; C-309/99, *Wouters*; C-353/99 P, *Conseil vs. Hautala et autres*; C-413/99, *Baumbast et R*; C-377/98, *Pays-Bas vs. Parlement et Conseil*; C-49/00, *Commission vs. Italie*; C-133/00, *Bowden et autres*; C-270/99 P, *Z vs. Parlement*; C-122/99 P, *D vs. Conseil*; C-125/99 P y C-122/99, *D vs. Conseil*; C-173/99 BECTU; C-340/99, *TNT Traco*.

85. En este sentido *vid.* Landenburger, *op. cit.*; y Vitorino, *op. cit.*