

ELEMENTS DE TEORIA DELS DRETS FONAMENTALS DE LA UNIÓ EUROPEA

Guillermo Escobar Roca *

Sumari

I. Plantejament

II. El catàleg dels drets

1. *Numerus apertus o numerus clausus?*
2. Drets i principis?
3. Drets de configuració legal-estatal?

III. Els subjectes dels drets

1. Titulars
2. Obligats
 - 2.1. La Unió Europea
 - 2.2. Els estats membres
 - 2.3. Obligats privats dels DFC?

IV. El contingut i la interpretació dels drets

1. Sentit i límits de la interpretació dels drets
2. La interpretació sistemàtica
3. La interpretació segons el CEDH
4. La interpretació segons les tradicions constitucionals comunes
5. La regla interpretativa de l'estàndard màxim
6. La interpretació segons les Explicacions del Praesidium

V. Les intervencions i els límits dels drets

* Guillermo Escobar Roca, director del "Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica" i professor titular de dret constitucional, Universitat d'Alcalá, Facultad de Derecho. C/ Libreros 19. 28801 Alcalá de Henares, Madrid, guillermo.escobar@uah.es.

Article rebut el 10.06.2008. Avluació: 16.06.2008 i 7.07.2008. Data d'acceptació de la versió final: 14.07.2008.

I. Plantejament

La firma, el 13 de desembre de 2007, del Tractat de Lisboa (està pendent que Espanya el ratifiqui en el moment d'escriure aquest treball), pel qual es modifiquen el Tractat de la Unió Europea (TUE) i el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea (TCE, d'ara endavant anomenat Tractat de Funcionament de la Unió Europea, TFUE), acaba, pel que sembla sine die, amb la pretensió, mai seriosa del tot,¹ de *constitucionalitzar* Europa. Tanmateix, segons el nou article 6 TUE, "la Unió reconeix els drets, les llibertats i els principis enunciats a la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2000, tal com es va adaptar el 12 de desembre de 2007 a Estrasburg² [CDF], la qual tindrà el mateix valor jurídic que els tractats". Així es manté la pretensió principal del Tractat constitucional fallit en matèria de drets fonamentals: incorporar-los amb plenitud al dret comunitari.

Si no hi ha una autèntica constitució europea, tampoc no es podria parlar, pròpiament, de drets fonamentals, com a terme unit a la idea mateixa de constitució,³ almenys fins aquest moment.⁴ Adoptem, per exemple, el punt de vista dels ciutadans, que paradoxalment s'oblida sovint. Els drets dels europeus continuen sent, abans que res, els reconeguts en la seva constitució nacional i només en determinats àmbits, segurament poc representatius, els drets de la CDF. Creiem, tanmateix, que, amb les cauteles oportunes, es pot utilitzar el terme *drets fonamentals* per referir-se als que proclama la CDF (per marcar les diferències, drets fonamentals comunitaris o DFC). Si això és així, els grans problemes de la teoria general dels drets fonamentals (catàleg, subjectes, contingut i interpretació, intervencions i límits)⁵ es projecten també en l'àmbit comunitari. A l'hora d'analitzar aquesta qüestió, seguirem bàsicament les previsions dels tractats i de la CDF sobre aquesta qüestió, amb la pretensió de construir una teoria dels drets *jurídicament adequada*. La major part d'aquestes previsions ja provenien de la CDF del 2000, de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) o havien estat proposades, encara que d'una manera més aviat fragmentària,⁶ per la doctrina.

¹ Encara que s'hagués arribat a aprovar una constitució europea, no seria una constitució *autèntica*, llevat que atorguéssim a aquest terme un sentit diferent al que s'utilitza comunament fins ara: malgrat ser una norma jurídica amb un contingut polític similar al que és propi de les constitucions, li mancarien dos elements essencials: l'aprovació popular i, sobretot, la supremacia incondicionada.

² Aquesta versió, publicada al DOCE de 14 de desembre de 2007, és la mateixa que la del Tractat constitucional frustrat (i diferent, per la seva banda, al text del 2000). Només hi canvien les referències "a la Constitució" per les referències "als tractats".

³ Per exemple, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005, pàg. 27 i seg. El lector ens haurà d'excusar per no incloure aquí, per motius d'espai, referències a la teoria espanyola dels drets fonamentals (encara escassa). Tanmateix, se'n poden trobar algunes aportacions essencials a l'annex de l'obra que acabem d'esmentar, al qual remetem *in totum*.

⁴ És cert que, sobretot per part dels constitucionalistes estudiosos del dret comunitari (que ja són una legió), van apareixent propostes de redefinició d'allò que és constitucional, que minimitzen la centralitat de la supremacia (l'aprovació popular sembla que interessa menys, però per a nosaltres és irrenunciable), noció construïda pensant en una única ordenació i no en la situació actual de pluralitat d'ordenacions. Entre l'àmplia bibliografia, últimament, per tots, vegeu Möllers, C., «Pouvoir Constituant - Constitution - Constitutionalisation», a Von Bogdandy, A. i Bast, J. (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2007, pàg. 183 i seg.

⁵ Ha de quedar fora, per raons d'espai, el tema de les garanties, d'un menor interès per a la dogmàtica. Assenyalem, tanmateix, que la doctrina sempre va mostrar la seva insatisfacció perquè el dret processal comunitari no preveu mecanismes especials de protecció dels DFC i perquè es manté la línia restrictiva de la legitimació dels ciutadans per accedir al TJCE. Vegeu també les notes 38 a 40.

⁶ Lamentant l'escàs desenvolupament d'una dogmàtica dels drets fonamentals de dret comunitari i advocant per la seva necessitat, últimament, vegeu Kühling, J., «Fundamental Rights», a Von Bogdandy, A. i Bast, J. (ed.), *op. cit.*, pàg. 515 i seg.

II. El catàleg dels drets

1. *Numerus apertus* o *numerus clausus*?

La primera qüestió que cal dilucidar en l'anàlisi dels DFC és, òbviament, quins són i, concretament, si només ho són els de la CDF o també altres inclosos als tractats o si, fins i tot, algun més arribat de fonts externes al dret comunitari.

D'entrada, cal assenyalar que entre la CDF i els tractats no hi ha nivells diversos de normativitat (tots els textos són paràmetre de control de *constitucionalitat* pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea –TJUE–, gairebé idèntic, d'altra banda, en l'estructura i les funcions, al Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees –TJCE), ni, com es veurà, procediments especials de garantia, motiu pel qual, d'entrada, totes les figures jurídico-subjectives contingudes en la CDF i els tractats es poden considerar DFC.

La CDF conté una clàusula doble d'obertura del catàleg dels DFC, que permet connectar-los amb els drets humans:⁷

1) Segons el nou article 6.3 TUE, "els drets fonamentals que garanteix el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals [CEDH] i els que són fruit de les tradicions constitucionals comunes als estats membres formen part del dret de la Unió com a principis generals". Cal notar que el precepte exclou implícitament el dret internacional general i no parla en realitat de DFC sinó de principis generals del dret de la Unió. A primera vista, aquesta redacció implicaria una disminució important de la vinculació: no drets, sinó principis; no *constitucionals*, sinó simplement de "dret de la Unió". Tanmateix, aquesta fórmula va ser precisament la que va utilitzar el TJCE per crear, de forma pretoriana, els DFC abans del Tractat de Lisboa.⁸ És per això que es pot afirmar que el nou article 6.3 TUE està pensant en l'entrada d'uns veritables DFC per la via del CEDH i de les tradicions constitucionals comunes.⁹

En realitat, si se'n comparen els catàlegs, a la CDF no li manca gaire cosa del que hi ha al CEDH; més que d'obertura per drets nous es podria parlar d'obertura per protocols futurs, d'una banda, i d'interpretació (extensiva) dels drets per part del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), de l'altra; això darrer exigeix un altre precepte, l'article 52.3 CDF, al qual ens referirem més endavant. Quant a l'obertura per remissió a les "tradicions constitucionals comunes", també més endavant parlarem dels problemes que planteja interpretar aquesta expressió, els quals dificulten que penetrin drets nous per aquesta via.¹⁰

2) L'article 1 CDF configura la dignitat humana com un DFC.¹¹ Així, com acostuma a passar en la jurisprudència comparada, es permet l'obertura del catàleg a noves figures,¹² que no hi són contingudes expressament.

⁷ Doble clàusula comuna en el dret constitucional comparat; per exemple, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pàg. 35-36. La CDF es mou en la línia de les tendències més recents, favorables a l'evolució del catàleg dels drets; així, per exemple, Díaz Crego, M., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, pàg. 164.

⁸ Almenys des de *Stauder* (29/69, de 12 de novembre de 1969): "Els drets fonamentals de la persona estan compresos dins dels principis generals de dret comunitari, el respecte del qual és garantit pel Tribunal de Justícia".

⁹ Així, referint-se a l'anterior redacció, Brand, M., «Towards the Definitive Status of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Political Document or Legally Binding Text», *German Law Journal*, núm. 4, 2003, pàg. 400-401.

¹⁰ De qualsevol manera, tant en aquest cas com en l'anterior, segurament calgui donar la raó a Maduro quan afirma que els drets que penetrin per aquesta doble via exigeixen a l'intendent una certa càrrega argumentativa, innecessària per als drets reconeguts expressament; vegeu Maduro, M. P., «The Double Constitutional Life of the European Charter of Fundamental Rights», a Hervey, T. i Kenner, J. (ed.), *Economic and Social Rights under the European Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart, Oxford, 2002, pàg. 281.

¹¹ Malgrat això, pel seu fonament i el seu contingut, s'assembla més a un principi que a un dret, tal com passa en la major part de les ordenacions constitucionals nacionals. Vegeu, sobre això, Serna, P., «La dignidad humana en la Constitución Europea», a Álvarez Conde, E. i Garrido Mayol, V. (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, València, 2004, pàg. 194 i seg., o Mathieu, B., *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008

2. Drets i principis?

Un segon problema del catàleg consisteix a determinar si totes les figures reconegudes en la CDF són, efectivament, *drets*. Sembla que la finalitat de l'article 52.5 CDF és establir una mena de vinculació menor de determinades disposicions de la CDF i, concretament, de totes les que no reconeixen drets subjectius fonamentals sinó simples *principis*. Amb un document polític, com era la CDF abans del Tractat de Lisboa, no es plantejava el vell problema de l'efectivitat jurídica de l'estat social i dels riscos que aquest estat social comporta per a la concepció dominant (liberal) de l'estat i dels drets. Aquest problema apareix ara en tota la seva magnitud amb el Tractat de Lisboa, que atorga a la CDF eficàcia directa i imposa, per això, obligacions jurídiques a la Unió i, en menor mesura, com veurem després, als estats. Sembla que la Convenció redactora del Tractat constitucional (d'ara endavant, la Convenció) va constatar, a l'octubre del 2002, que la CDF va anar massa lluny a l'hora d'exigir obligacions als poders públics i va intentar donar marxa enrere amb aquest precepte,¹³ encara que d'una manera ambigua, com si la rectificació o la regressió es fes a mitges, gairebé furtivament, i traslladés el problema a l'interpret futur de la CDF.¹⁴

La primera i principal dificultat interpretativa que planteja el precepte és determinar les disposicions de la CDF que contenen principis, qüestió que el Tractat de Lisboa deixa en la foscor. La doctrina anterior ja va avançar algunes propostes, sobretot dues:¹⁵

1) Els principis són els drets socials o, segons altres versions, els drets de prestació. Aquesta posició s'ha de descartar per complet, ja que equivaldria a disminuir extraordinàriament la naturalesa *iusfundamental* d'una part essencial de la CDF i seria contrària, a més, a la seva interpretació literal, que reiteradament qualifica els drets socials o de prestació com a drets, la qual cosa, en l'ús consolidat del terme, implica, abans que res, drets subjectius. Se sustenta en una *precomprensió* liberal dels drets que, en l'estat social i en la doctrina més avançada, es pot considerar superada.¹⁶

2) Els principis són els drets que necessiten desenvolupament legislatiu. Aquesta posició, similar en substància a l'anterior, tampoc no resulta admissible. Tot i que tractarem el tema més endavant, ja avancem que quan el Tractat de Lisboa realitza remissions, al dret de la Unió o bé a les lleis i les pràctiques nacionals, està indicant únicament dues coses: que determinats drets inclouen, com a part del seu contingut, actuacions positives dels poders públics, i que hi ha un cert marge de maniobra per determinar el contingut esmentat per part del legislador comunitari i, si s'escau, del legislador estatal. Per tant, d'aquestes remissions, no se'n pot derivar, de cap manera, que els drets corresponents no siguin drets autèntics, és a dir, drets exigibles. Entendre-ho així

«Article II-61», a Burgorgue-Larsen, L., Levade, A. i Picod, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, Bruylant, Brussel·les, 2005, pàg. 41.

¹² Per a això, resulta especialment útil acudir a la concreció de la dignitat en les ordenacions que la configuren com un dret específic, tal com passa sobretot a Alemanya. Per tots, Enders, C., *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Verlag J.C.B. Mohr, Leipzig, 1997, esp. pàg. 101 i seg.

¹³ També les Explicacions del Praesidium manifesten aquesta preocupació: els principis "no donen lloc a drets immediats d'accions positives de les institucions de la Unió o de les autoritats dels estats membres, cosa que és coherent tant amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia [...] com amb el plantejament dels sistemes constitucionals dels estats membres respecte als principis, en particular, en l'àmbit del dret social".

¹⁴ De fet, les Explicacions del Praesidium no han convençut els partidaris de la naturalesa *iusfundamental* dels drets socials, que continuen insistint en la necessitat de reconèixer, almenys, un contingut prestacional mínim exigible (per exemple, Burgorgue-Larsen, L., «Article II-112», a Burgorgue-Larsen, L., Levade, A. i Picod, F. (dir.), *op. cit.*, pàg. 683 i seg.): la polèmica general sobre aquest punt, per tant, roman oberta després del Tractat de Lisboa.

¹⁵ Apuntades totes dues, sense una opció clara en favor de cap, a Rodríguez Ruiz, B., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos», a Gómez Corona, E., Gutiérrez Vega, P. i Leñero Bohórquez, R. (coord.), *Una Constitución para la ciudadanía en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pàg. 191.

implicaria, com en la posició anterior, fer prevaler una concepció liberal dels drets sobre la interpretació *constitucionalment adequada* de l'article 52.5 CDF.

Segons la nostra opinió, per determinar quins són els principis de la CDF s'ha de partir de tres *topoi* interpretatius propis de la dogmàtica constitucional, els dos primers, estris per a la interpretació sistemàtica, i el tercer, per a la interpretació autèntica: en primer lloc, els principis són una cosa contraposada als "drets i llibertats" (paràgraf final del Preàmbul de la CDF) o als "drets" (art. 51.1 CDF i títol de l'art. 52); en segon lloc, segons l'article 51.1 els principis s'observen i es promouen (a diferència dels drets, que únicament es respecten); i finalment, segons l'Informe final del Grup II, antecedent immediat de l'apartat que comentem, els principis guarden relació "especialment" (és a dir, no en tots els casos) amb la "legislació de caràcter social", única concreció material que trobem del grup de disposicions que es poden entendre com a principis.

Segons el nostre parer, dels elements anteriors, se'n pot deduir que els principis de la CDF només poden ser els que compleixen una doble condició: no recullen drets¹⁷ (ja que els drets es contraposen als principis) i inclouen polítiques actives amb un cert contingut social,¹⁸ en el sentit ampli de l'expressió. Aquesta doble condició només es pot predicar dels articles 11.2 *in fini* (principi de pluralisme dels mitjans de comunicació), 22 (principi de diversitat cultural, religiosa i lingüística), 23, segon paràgraf (principi de discriminació positiva per raó de sexe), 33 (principi de protecció de la família), 35, segona frase (principi de protecció de la salut), 37 (principi de protecció del medi ambient) i 38 (principi de protecció dels consumidors).

A aquests set principis de la CDF, s'hi adrecen dues regles, una de positiva i una altra de negativa:

1) Els principis "es podran aplicar mitjançant actes legislatius i executius adoptats per les institucions i els organismes de la Unió, i mitjançant actes dels estats membres quan apliquin el dret de la Unió". Aquesta regla no afegeix res de rellevant, ja que es podia deduir fàcilment tant del deure de vinculació de la Unió i els estats als drets fonamentals (art. 51), com del contingut mateix dels principis, encaminats tots, clarament, envers polítiques actives dels poders públics.

2) Els principis "només es podran al·legar davant un òrgan jurisdiccional referent a la interpretació i el control de la legalitat dels actes esmentats ". Aquesta fórmula, que guarda una semblança aparent amb la frase final de l'article 53.3 CE,¹⁹ és l'eix de tot l'article 52.5 i concreta el sentit de la categoria dels principis i en quina mesura no són drets *autèntics*. Per definició, els drets fonamentals són directament exigibles davant els tribunals. En contrast, els principis només serien exigibles²⁰ de forma indirecta, quan s'hagi produït un acte executiu o legislatiu; és a dir, a diferència dels drets, no es poden invocar davant l'absència total d'actuació del poder públic. Tanmateix, no es pot descartar del tot l'exigibilitat dels principis quan la legislació corresponent prevegi l'acte administratiu presumpte, en cas de silenci administratiu.

En el supòsit indicat, els principis no es poden exigir, però es poden invocar; si no es poguessin invocar, no serien normes jurídiques sinó simple retòrica. Per exemple, es poden utilitzar per justificar intervencions sobre els drets fonamentals (per exemple, el pluralisme com a límit de la llibertat d'expressió o la discriminació

¹⁶ En efecte, no hi ha res en l'estructura dels drets socials o de prestació que impedeixi considerar-los drets *autèntics*. Vegeu Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pàg. 58 i seg.

¹⁷ Els preceptes que recullen drets són els que esmenten literalment el terme *dret* (o el seu equivalent *llibertat*) i aquells en els quals aquest terme es pot deduir amb facilitat del sentit del text.

¹⁸ En la CDF només trobem un precepte que no inclou ni un dret (autònom) ni una política activa dels poders públics: l'article 8.3.

¹⁹ La doctrina espanyola s'ha afanyat a establir-hi equivalències, sense advertir que entre ambdós preceptes hi ha una diferència essencial: des de la lectura "canònica" de l'article 53.3 (per a una interpretació alternativa, Escobar Roca, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pàg. 71-76), els principis del capítol 3 del títol 1 CE exigeixen una llei prèvia de desenvolupament; per contra, per a l'exigibilitat dels principis de la CDF n'hi ha prou amb un acte legislatiu o executiu que *afecti* el dret en qüestió.

²⁰ En realitat, el text diu "al·legables" i la traducció és correcta (es pot comparar, si no, amb altres versions lingüístiques: *judicially cognisable, leur invocation n'est admise, essere invocate, herangezogen werden*), però el que el text vol dir és "exigible": tot pot ser al·legable davant els tribunals.

positiva com a límit de la igualtat formal) o per interpretar-ne extensivament el contingut (per exemple, la diversitat religiosa en relació amb la llibertat religiosa, o la protecció del medi ambient en relació amb el dret a la protecció de la salut). En aquests darrers exemples, els principis es podrien exigir a través d'altres drets fonamentals.

És important destacar, finalment, que, tant en l'exigència com en l'al·legació dels principis, el paràmetre de control que cal considerar no és la llei en sentit formal (noteu la diferència essencial amb el nostre article 53.3 CE) sinó en sentit material (és a dir, el bloc de la legalitat, presidit aquí per la CDF); entendre-ho altrament portaria a l'absurd d'haver de contrastar la llei amb si mateixa.

3. Drets de configuració legal-estatal?

Els drets són fonamentals si resulten vinculants des del seu simple reconeixement en la Constitució (en el nostre cas, en la CDF), sense necessitat d'esperar-ne el desenvolupament legislatiu (en el nostre cas, al dret comunitari o al dret dels estats membres): parlar de drets fonamentals de configuració legal o estatal resulta una contradicció en els seus propis termes.²¹ L'article 52.6 CDF inclou una fórmula preocupant pel que fa a aquesta qüestió, que en realitat no afegeix res de nou a les mencions específiques que la mateixa CDF fa a les lleis nacionals, en uns casos, o a les lleis i les pràctiques nacionals, en altres.²² Atesa la remissió que el precepte mateix fa ("segons el que s'especifica en aquesta Carta") i atès l'Informe final del Grup II, antecedent immediat de l'article 52.6, sembla que aquest apartat inclou, més que una regla adreçada específicament a l'interpret, un recordatori per a tots els poders públics sobre la no-afectació de la CDF al sistema de distribució de competències entre la Unió i els estats, ja afirmada per l'article 51, com veurem més endavant.

Els preceptes que contenen les remissions citades en l'article 52.6 són els següents: a les lleis nacionals, els articles 9 (de dret a contreure matrimoni i a fundar una família), 10.2 (dret d'objecció de consciència) i 14.3 (llibertat de creació de centres docents); i a les lleis i les pràctiques nacionals, els articles 16 (llibertat d'empresa), 27 (dret a la informació i consulta dels treballadors en l'empresa), 28 (dret de negociació i acció col·lectiva), 30 (dret a la protecció en cas d'acomiadament injustificat), 34 (dret d'accés a les prestacions de seguretat social i serveis socials), 35 (de dret a la protecció de la salut) i 36 (dret d'accés als serveis d'interès econòmic general). El grup d'aquests deu drets resulta heterogeni, tant per la seva estructura com pel seu contingut. El criteri de selecció sembla haver estat el de major diversitat existent entre les regulacions nacionals corresponents. A més, tots aquests drets podrien tenir un contingut diferent, segons l'orientació política en el poder (per exemple, per "família" pot entendre quelcom diferent un govern conservador o progressista, o la intervenció sobre la llibertat d'empresa serà més gran amb governs socialdemòcrates que liberals), i aquí la CDF pretén respectar expressament aquesta autonomia política dels estats. Aquesta opció resulta especialment significativa si tenim en compte que sobre molts dels drets esmentats (en especial, la llibertat d'empresa i els drets dels treballadors) la Unió disposa de títols competencials que podrien permetre còmodament la seva intervenció.

El sentit de l'article 52.6 és ben diferent del propi dels articles 52.4 (remissió a les tradicions constitucionals comunes) i 53 (remissió a les constitucions nacionals). Com es veurà més endavant, aquests dos darrers preceptes contenen regles adreçades a interpretar els DFC, sense admetre una diversitat de continguts nacionals. El precepte que comentem ara, per contra, té la finalitat de recordar que, en relació amb deu figures específiques, la Unió pot exercir les seves competències només limitadament i li està vedat determinar-ne completament el contingut, el qual, d'aquesta manera, exigiria una bipartició: un contingut constitucional, igual

²¹ Per exemple, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pàg. 29.

²² Així, Cruz Villalón, P., *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, pàg. 125.
Revista catalana de dret públic, núm. 37, 2008

per a tota la Unió (dret fonamental comunitari), i un contingut addicional, diferent per a cada estat (dret fonamental nacional).²³ Així, és evident que la naturalesa *comunitària* d'aquestes figures queda notablement desdibuixada.²⁴

III. Els subjectes dels drets

1. Titulars

No hi ha cap referència en les disposicions horitzontals de la CDF als titulars dels DFC i hi resulten les consideracions comunes, procedents sobretot de la jurisprudència constitucional comparada,²⁵ a l'entorn de qüestions com el començament i el final de la personalitat,²⁶ els drets dels menors i d'altres col·lectius o grups amb desavantatges,²⁷ les relacions de subjecció especial i els drets de les persones jurídiques.²⁸

Cal esmentar especialment el tema de l'estrangeria, avui qüestió central de la titularitat dels drets fonamentals. En un text més proper, pel seu contingut i la seva posició jurídica, al dret internacional que a les constitucions estatals, resulta lògic que la solució adoptada sigui més respectuosa amb el principi d'universalitat,²⁹ que s'arriba fins i tot a reconèixer amb caràcter general: "Es prohibeix qualsevol discriminació per raó de nacionalitat en l'àmbit d'aplicació de la Constitució i sense perjudici de les seves disposicions particulars" (art. 21.2). Així, els únics drets que es reconeixen als ciutadans europeus, i per tant no (expressament) als estrangers, són els tres següents:³⁰ dret de sufragi en les eleccions al Parlament Europeu (art. 39.1) i en les eleccions municipals de l'estat membre on resideixin (art. 40); llibertat de circulació i residència (art. 45), amb la possibilitat, en aquest cas, d'un reconeixement posterior del dret als nacionals de països tercers que resideixin legalment en el territori d'un estat membre; i protecció diplomàtica i consular (art. 46). Cal notar la manca de coordinació entre la CDF i el nou article 20.2 TFUE, el qual, entre els drets propis dels ciutadans de la Unió, a més dels que acabem d'esmentar, n'assenyala tres més: el dret de petició davant el Parlament Europeu, el dret de queixa davant el Defensor del Poble Europeu i el dret a l'ús de les llengües dels tractats davant les institucions i els òrgans consultius de la Unió. Com s'aprecia amb la simple lectura de les normes de reconeixement d'aquests drets en la CDF (respectivament, art. 44, 43 i 41.4), es tracta de drets de titularitat universal, tot i que restringida als residents del territori de la Unió.

²³ Seria contradictori admetre un dret fonamental, el contingut del qual pogués variar d'un país a l'altre. La situació no és gaire diferent de la que es produeix quan el TEDH pren en consideració el "marge d'apreciació" dels estats a l'hora de determinar el contingut d'un dret.

²⁴ En aquest sentit, García Manrique, R., «Los derechos de la Carta Europea de Derechos», *Derechos y Libertades*, núm. 11, 2002, pàg. 381-382.

²⁵ Per a una panoràmica de la *communis opinio* sobre això, novament, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, pàg. 67 i seg.

²⁶ L'article 3 CDF ofereix pautes noves en el dret constitucional comparat.

²⁷ Articles 22 a 26 CDF, tot i que no sempre amb la forma de dret fonamental.

²⁸ Reconeguts expressament, aquests drets, en alguns preceptes (per exemple, art. 42 a 44), cosa que no impedeix que es puguin admetre també en altres.

²⁹ Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, pàg. 67-78 i 71-72.

³⁰ Com a mostra de l'extensió del principi d'universalitat, compareu, per exemple, els articles 14 CE i 20 CDF, 35.1 CE i 29 CDF o 47 CE i 24.3 CDF. Algun autor (per exemple, Arnall, A., «From Charter to Constitution and Beyond», *Public Law*, 2003, pàg. 778-779) ha criticat que apareguin al catàleg drets de titularitat no universal, però és quelcom comú en el dret constitucional comparat (i, fins i tot, en certa mesura, en el dret internacional mateix) i no hauria de sorprendre.

També relacionat amb la qüestió de l'estrangeria, queda el dubte de si les remissions a les lleis i les pràctiques nacionals permeten atribuir la titularitat dels drets respectius només als ciutadans comunitaris.³¹ Si bé caldrà ajustar-se a la lletra i al context de cada precepte en particular, d'entrada i amb caràcter general ens inclinem per una resposta negativa: la referència habitual a "modalitats" i "condicions" al·ludeix més aviat al contingut de les prestacions (gairebé sempre es tracta de drets de prestació) i no a la titularitat dels drets, qüestió que, per la seva importància, no hauria de quedar a les mans dels estats.

2. Obligats

2.1. La Unió Europea

L'obligat natural pels DFC és la mateixa Unió Europea, vinculació que queda clara en l'article 51.1 CDF, primer amb la fórmula "van adreçades"³² i després amb la trilogia "respectaran", "observaran" i "promouran". D'aquesta manera, les "institucions, òrgans i organismes de la Unió" són els primers destinataris de la CDF, i és només a ells que els DFC s'adrecen amb tota la intensitat. Aquesta vinculació no és cap novetat i no canvia substancialment la situació anterior: com s'ha dit en moltes ocasions, procedeix d'una antiga jurisprudència del TJCE, incorporada més tard al TUE.³³ El Tractat de Lisboa aporta ara, sobretot, dues novetats: més certesa, ja que fixa en un catàleg quins són els drets que vinculen la Unió, i un major grau d'exigència, ja que aposta per un llistat que inclou força figures noves, moltes desconegudes pel CEDH i per les mateixes constitucions nacionals.

Dins de la Unió, la vinculació s'adreça, com dèiem, a totes les "institucions, òrgans i organismes de la Unió". No sempre hi ha una distinció clara entre les tres categories en els tractats; en qualsevol cas, la diferenciació no és rellevant per al nostre tema. A les unes o les altres pertanyen el Parlament Europeu, el Consell Europeu, el Consell de Ministres, la Comissió Europea, el Tribunal de Justícia, el Tribunal de Comptes, el Banc Central Europeu, el Comitè de les Regions, el Comitè Econòmic i Social, i el Banc Europeu d'Inversions. La supressió, per part de la Conferència del 25 de juny de 2004, de la referència a les agències del text anterior obre el dubte de si es troben resten excloses de la vinculació als DFC (per exemple, l'Agència Europea de Defensa). Segons el nostre parer, des d'una consideració àmplia del terme *òrgans i organismes* i, sobretot, des de la interpretació finalista del conjunt del precepte, no es pot acceptar aquesta exclusió. Finalment, a l'hora de resoldre els dubtes que es plantegin sobre la determinació més exacta dels subjectes obligats, es pot acudir, *mutatis mutandis*, a la jurisprudència del TJCE sobre el primer paràgraf de l'article 230 TCE.³⁴

L'estructura i el contingut de cada DFC determina inicialment la forma de vinculació de la Unió, una qüestió que apunta (sense gaire encert, com veurem) la trilogia "respectaran", "observaran" i "promouran". En el catàleg de DFC trobem els dos tipus bàsics, reconeguts per la dogmàtica dels drets:³⁵ drets de defensa (que protegeixen davant l'agressió externa i exigeixen abans que res l'abstenció dels poders públics) i drets de

³¹ Sembla clar que no és possible atribuir la titularitat dels DFC només als nacionals. Per a més detalls, Elvira Perales, A., «La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad», a Álvarez Conde, E. i Garrido Mayol, V. (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, València, 2004, pàg. 105 i seg.

³² Hagués estat més adequat utilitzar una expressió més forta, com "vinculen", que es fa servir, per exemple, en els articles 1.3 LFB i 53.1 CE.

³³ Per a una valoració sintètica de tota aquesta evolució, Escobar Roca, G., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: análisis y comentarios», a Chamorro Mora, R. i Molina del Pozo, C. F. (coord.), *Derecho Comunitario Comparado*, Imprimatur, Managua, 2003, pàg. 279 i seg. Per a una anàlisi més àmplia, vegeu, per tots, Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

³⁴ La legitimació passiva del recurs d'anul·lació no ha resultat especialment problemàtica. Entre l'escassa jurisprudència, vegeu l'STJCE de 23 d'abril de 1986 (294/83).

³⁵ Últimament, per exemple, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pàg. 53 i seg. Revista catalana de dret públic, núm. 37, 2008

prestació, en el sentit ampli del terme (que imposen actuacions positives als poders públics, de caire divers: prestacions materials, serveis públics, creació d'òrgans i procediments). En l'estadi actual d'evolució dels drets, moltes de les figures tenen una estructura complexa i comparteixen les característiques de tots dos tipus; així, per exemple, avui es considera que els drets de defensa inclouen normalment una faceta prestacional, necessària per gaudir-ne millor en condicions d'igualtat. És important destacar que, amb independència que s'admeti o no aquesta faceta prestacional dels drets de defensa, l'amplíssim reconeixement en la CDF dels drets de prestació imposa necessàriament una forma concreta de vinculació de la Unió: sense actuacions positives de les seves "institucions, òrgans i organismes", els drets d'aquest tipus perdrien el sentit i es convertiria la idea de vinculació en una fórmula buida i gairebé la meitat del catàleg, en lletra morta. Des d'aquesta perspectiva, la trilogia esmentada pel precepte no és gaire encertada: els termes *observaran* i *promouran* reflecteixen amb massa pal·lidesa la vinculació activa especial, característica d'una gran part de les figures.

La precisió de la forma de vinculació de la Unió correspon a la dogmàtica pròpia de cada figura concreta de dret fonamental. Tanmateix, cal cridar l'atenció sobre una forma de vinculació relativament feble, però no per això menys rellevant, que afecta tots els poders de la Unió, en relació amb la totalitat del catàleg de drets: en la línia del que s'ha apuntat, abans de la CDF del 2000, pel TJCE, en el seu Dictamen 2/94, de 28 de març de 1996, sobre l'adhesió al CEDH, la comprensió dels drets com a "principi horitzontal" o "objectiu transversal", destinat a inspirar la posada en pràctica de totes les polítiques sectorials i la interpretació de tot el dret comunitari. Això darrer és el transsumpte de la regla, ben coneguda en dret constitucional comparat, d'interpretar les normes d'acord amb els drets fonamentals. En relació amb el TJUE, aquesta idea hauria d'alterar la concepció tradicional del TJCE sobre els drets, marcada excessivament per la perspectiva econòmica.

D'altra banda, és clar que la intensitat de la vinculació no és idèntica per a tots els poders de la Unió: cada un ocupa una posició institucional diferent, la qual cosa no deixa d'incidir en aquesta matèria. El Tractat de Lisboa manté la confusió de poders característica del TCE, per la qual cosa no és adient recórrer aquí al clàssic criteri de classificació del dret constitucional estatal, procedent de Montesquieu (legislatiu, executiu i judicial), sinó a altres formulacions, com la de García Pelayo, que distingeixen entre funcions de decisió, d'execució i gestió i de control.³⁶ Correlativament al grau de discrecionalitat política, la vinculació als drets serà més intensa en els òrgans de control, intermèdia en els òrgans d'execució i gestió, i menys intensa en els òrgans de decisió.

Quant al control de la vinculació, el Tractat de Lisboa guarda silenci sobre com fer efectiva la vinculació de la Unió als DFC. La Unió Europea es basa en el principi de l'estat de dret (nou art. 2 TUE), per la qual cosa la garantia d'aquesta vinculació ha de ser, predominantment o en darrera instància, de tipus jurisdiccional.³⁷ L'absència d'un procediment específic adreçat a assegurar la vinculació de la Unió als drets fonamentals³⁸ no suposa un obstacle per a aquesta vinculació, que es pot aconseguir, sobretot, mitjançant els procediments dels nous articles 263 i 265 TFUE (recursos d'anul·lació i omissió), tal com passava abans del Tractat de Lisboa.³⁹ Juntament amb això, una concepció més generosa de la legitimació dels particulars, en aquests i en altres processos, resulta gairebé exigida per l'existència mateixa d'un catàleg de DFC.⁴⁰

³⁶ García Pelayo, M., «Estado», a *Diccionario del sistema político español*, Akal, Barcelona, 1984, pàg. 251.

³⁷ Per exemple, Von Bogdandy, A., «Constitutional Principles», a Von Bogdandy, A. i Bast, J. (ed.), *op. cit.*, pàg. 17. Encara que, com hem dit, no tractarem aquesta qüestió aquí, no deixa de semblar-nos una plasmació feble del principi de l'estat de dret la inexistència d'un procediment específic de tutela judicial dels DFC en els tractats.

³⁸ Procediment ja proposat reiteradament per la doctrina. A Espanya, per exemple, Alonso García, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», a García de Enterría, E. i Alonso García, R. (dir.), *La enrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pàg. 170.

³⁹ Sens dubte, pràcticament tots els procediments davant el TJCE són vàlids per protegir els drets fonamentals. L'escassa utilització fins ara del recurs per omissió s'hauria de subvertir en un futur pròxim, vist l'ampli reconeixement de drets de prestació, que per la seva naturalesa exigeixen actuacions positives de la Unió.

⁴⁰ Vegeu, per exemple, Alonso García, R., *op. cit.*, pàg. 168-170. Es destaquen les noves possibilitats d'accés obertes pel Tractat constitucional a Díaz Crego, M., *op. cit.*, pàg. 168 i seg.

2.2. Els estats membres

Els estats membres estan vinculats, d'una manera menys intensa que la Unió ("*únicament* quan apliquin el dret de la Unió"), als DFC. Aquesta menor intensitat deriva de dues consideracions elementals: els estats ja es troben vinculats a un catàleg similar de drets per les seves respectives constitucions, i el fet d'exigir una vinculació més alta equivaldria a tant com degradar, a escala legislativa, la part material (abans anomenada dogmàtica) de les constitucions esmentades,⁴¹ quelcom políticament inacceptable en el moment actual de la integració europea.

A l'hora de resoldre els dubtes que es plantegin sobre la determinació més exacta de quins òrgans concrets, dins cada estat, estan vinculats als DFC, es pot acudir, *mutatis mutandis*, a la jurisprudència del TJCE sobre l'article 226 TCE.⁴²

La vinculació dels estats als DFC es produeix en dues circumstàncies:

1) En l'aplicació del dret de la Unió. Com recorden les Explicacions del Praesidium de la Convenció Europea (d'ara endavant, el Praesidium), el fet de limitar la vinculació estatal als drets fonamentals als casos d'aplicació del dret comunitari prové "inequívocament" de la jurisprudència del TJCE. Segons aquesta jurisprudència, la vinculació estatal es produïa en dues circumstàncies: supòsits d'aplicació, en el sentit ampli (aplicació i desenvolupament) del dret comunitari⁴³ i supòsits de no aplicació del dret comunitari gràcies a excepcions previstes pel mateix dret comunitari.⁴⁴ Aquest segon tipus de supòsits ha estat matisat per la mateixa jurisprudència en diverses ocasions⁴⁵ i un sector minoritari de la doctrina ha arribat a defensar que queden exclosos de control per l'article 51 CDF.⁴⁶ Aquesta interpretació restrictiva del precepte no sembla acceptable,⁴⁷ perquè suposa un pas enrere en la vinculació dels estats als drets fonamentals, cosa que contraria la finalitat de la mateixa CDF.⁴⁸

Acceptada la vinculació dels estats en els dos supòsits admesos tradicionalment pel TJCE, quedaria en peu el problema de determinar amb exactitud en quins casos concrets resulta possible el control. En la recerca d'un criteri unificador, la doctrina ha proposat solucions diverses: per exemple, que el que és decisiu per al desplegament del control comunitari és la consideració de l'estat com a "agent comunitari" o la inclusió dels actes estatals "en el camp del dret comunitari", fórmula sens dubte molt extensiva que permetria fins i tot controlar les normes i els actes aprovats en virtut d'un títol competencial estatal que, en hipòtesi, podrien ser desplaçats pel dret de la Unió si decidís regular la matèria corresponent.⁴⁹ Tant si s'adopta una concepció com

⁴¹ Aquesta absència de vinculació *general* de l'estat als DFC és un argument més per afirmar que, estrictament, els tractats comunitaris no tenen valor constitucional, almenys des del concepte predominant (tradicional, si es vol) de *constitució*.

⁴² La jurisprudència és molt abundant. En síntesi, són legitimats passivament en aquest recurs d'incompliment tots els òrgans de l'estat, amb independència del poder a què pertanyin (legislatiu, executiu o judicial) i del tipus (territorial o institucional) i grau d'autonomia que tinguin. D'altra banda, per saber si una empresa és pública i, per tant, objecte de control s'analitzen, entre altres elements, el nomenament dels òrgans directius, la participació estatal en el capital o la possibilitat que l'estat defineixi els objectius de l'empresa.

⁴³ Per exemple, les STJCE de 13 de juliol de 1989 (5/88), 24 de març de 1994 (2/92), 13 d'abril de 2000 (292/97) i 12 de desembre de 2002 (C-442/00).

⁴⁴ Per exemple, STJCE de 28 d'octubre de 1975 (36/75), 18 de juny de 1991 (C-260/89), 25 de novembre de 1986 (201 i 202/85), 26 de juny de 1997 (C-368/95) i 11 de juliol de 2002 (C-60/00).

⁴⁵ Per exemple, les STJCE d'11 de juliol de 1985 (60 i 61/84) i de 30 de setembre de 1987 (12/86).

⁴⁶ Tesi, per exemple, de De Búrca, G., exposada i criticada per Biglino Campos, P., «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, pàg. 54 i seg.

⁴⁷ En aquesta línia, vegeu l'STJCE *Carpenter*, d'11 de juliol de 2002 (C-60/00).

⁴⁸ Aprofundeix en aquest argument Alonso García, R., *op. cit.*, pàg. 156-158.

⁴⁹ Així, Rodríguez, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pàg. 264-268, amb suport a Weiler. *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008

l'altra, el marge d'indeterminació de la fórmula "quan apliquin el dret de la Unió" romandrà temps i caldrà esperar la jurisprudència del TJUE, inevitablement casuística, sobre aquest precepte, per tal d'assolir criteris més fermes.

La vinculació dels estats als DFC quan apliquin el dret de la Unió pot ser controlada pels tribunals nacionals, que són, com se sap, els jutges ordinaris del dret comunitari en els seus respectius estats.⁵⁰ D'aquesta manera, en el supòsit previst a l'article 51, els DFC es convertirien en el darrer paràmetre de validesa de l'actuació dels poders públics nacionals i substituirien la Constitució mateixa; això no és excessivament nou, si s'accepta la primacia del dret comunitari sobre el dret intern, inclosa la Constitució. A Espanya, aquesta substitució no ha estat acceptada fins ara pel Tribunal Constitucional (tampoc, per tant, la primacia del dret comunitari sobre la CE), que ha preferit seguir el camí de l'article 10.2 i no el de l'article 93 per integrar en la nostra ordenació les normes comunitàries relatives als drets fonamentals.⁵¹ Resta per veure si el nostre Alt Tribunal, des de sempre reticent a situar el TCE en el nivell de la CE, acceptarà fàcilment la solució imposada amb rotunditat pel Tractat de Lisboa.

El control per part dels tribunals nacionals de la vinculació dels poders públics nacionals als DFC pot resultar problemàtic en supòsits puntuals, per dos tipus de motius:

a) Formals. Si una llei que desenvolupa el dret de la Unió (aplica aquest dret, en el sentit ampli que atorga a aquesta expressió el TJCE), vulnera els DFC, qualsevol tribunal nacional podria no aplicar la llei esmentada.⁵² A Espanya, aquesta circumstància xoca amb el monopoli de control del legislador per part del Tribunal Constitucional (art. 163 CE).

b) Materials. Hi pot haver casos d'actes o normes emanats dels poders públics espanyols, en aplicació del dret comunitari, que respectin els DFC i que alhora vulnerin drets fonamentals de la CE, o viceversa. En aquests casos, l'obligació del jutge d'aplicar els tractats constitutius xoca amb la posició de la CE com a norma superior de l'ordenació jurídica espanyola.

Actualment, per aquests dos tipus de supòsits manca una solució jurídica clara i només es poden resoldre políticament o bé acudint a una teoria constitucional renovada que, amb independència de les previsions del dret positiu (que, com dèiem, no resolen res), prengués part inevitablement a favor de l'aplicació d'un ordre *constitucional* o altre. Considerem, tanmateix, que aquesta problemàtica és més teòrica que real i que aquest tipus de supòsits seran escassíssims a la pràctica. En gran manera, uns i altres podrien eludir-se, a més, des d'una interpretació coordinada d'ambdós catàlegs de drets, interpretació que en qualsevol cas exigeixen els articles 10.2 CE i 53 CDF.

2) En l'aplicació del dret intern. L'article 51 introdueix una fórmula que, malgrat tenir una ambigüïtat gairebé enigmàtica, es pot entendre com una crida a augmentar vinculació als DFC dels estats membres: els estats membres han de garantir els DFC "d'acord amb les seves [...] competències", cosa que deixa oberta la possibilitat (que reconeixem com a difícilment compatible amb les expressions "únicament" i "per tant") d'una certa incidència dels DFC fora de l'aplicació estricta del dret de la Unió. Segons el nostre parer, aquesta

⁵⁰ Aquesta circumstància pot donar lloc a disparitats inevitables entre la interpretació del TJUE i la dels tribunals nacionals, que només pot resoldre parcialment la jurisprudència del primer. D'aquí la fórmula de l'article 53, que analitzarem més endavant.

⁵¹ STC 28/1991 i 64/1991, criticades oportunament per la doctrina: per exemple, Pérez Tremps, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pàg. 163 i seg., o López Castillo, A., *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996, pàg. 491 i seg.

⁵² Almenys des de *Simmmenthal* (STJCE de 9 de març de 1978, 106/77), és doctrina admesa que "el jutge nacional encarregat d'aplicar, en el marc de la seva competència, les disposicions del dret comunitari, està obligat a garantir l'eficàcia plena de les normes esmentades i a deixar inaplicades, si s'escau, per la seva pròpia iniciativa, les disposicions contràries de la legislació nacional, encara que siguin posteriors, sense que estigui obligat a sol·licitar-ne o a esperar-ne la derogació prèvia per via legislativa o per qualsevol altre procediment constitucional". Com recorda la doctrina, citant precisament *Simmmenthal* i en relació amb el tema que abordem, s'introdueix així "una certa dosi de justícia constitucional difusa en tots els estats membres" (Díez-Picazo, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pàg. 37).

incidència es desenvolupa, sobretot, mitjançant la influència dels DFC sobre els drets fonamentals de les constitucions nacionals, bàsicament per obra de la jurisprudència dels estats. A Espanya, es pot dur a terme sense subvertir les competències estatals (cosa que prohibiria el mateix article 51), amb fonament en l'article 10.2 CE. La Declaració 1/2004, del Tribunal Constitucional, basa la seva defensa de la constitucionalitat dels articles II-111 i II-112 (actuals articles 51 i 52 CDF) del Tractat constitucional frustrat precisament en aquest precepte. Per al Tribunal Constitucional, és clar que, des del punt de vista de l'ordenació espanyola, l'anomenada Constitució europea, igual que el TCE, és un tractat internacional que, entre moltes altres matèries, regula drets fonamentals.⁵³ D'això, se'n dedueix el deure dels òrgans estatals a tenir en compte els DFC per determinar el contingut dels drets fonamentals de la CE. És previsible que aquesta regla penetri amb facilitat en el raonament dels tribunals espanyols, ja que no qüestiona la superioritat jeràrquica de la CE, i, de fet, la CDF, fins i tot quan quedava fora del bloc normatiu de l'article 10.2 CE, ja va ser tinguda en compte ocasionalment pel nostre Tribunal Constitucional.⁵⁴

2.3. Obligats privats dels DFC?

No es diu res, en les disposicions horitzontals de la CDF, sobre la vinculació dels DFC als particulars i, de tot el que hem assenyalat, se'n desprèn que en aquest àmbit no hi ha, estrictament, cap vinculació. Potser és aquest el lloc on més clarament es fan paleses les limitacions intrínseques del Tractat de Lisboa i la seva manca de valor constitucional: no hi ha res que s'assembli, per exemple, a l'article 9.1 CE, i l'article 51.1, interpretat *a contrario sensu*, exclou qualsevol altra vinculació que no sigui la del poder públic. Sens dubte, si el dret de la Unió crea obligacions dels particulars en matèria de DFC,⁵⁵ hi haurà vinculació,⁵⁶ però per a això abans s'hauria d'acceptar la tesi de la *Drittwirkung* mediata o indirecta, que no és la correcta en matèria de drets fonamentals.⁵⁷

IV. El contingut i la interpretació dels drets

1. Sentit i límits de les regles sobre la interpretació

La determinació del contingut dels drets només es pot fer mitjançant la interpretació jurídica.⁵⁸ La interpretació d'un dret fonamental (*rectius*, la interpretació de la seva norma de reconeixement) és un procés complex que només es pot dur a terme en tota l'extensió en els casos concrets. Fins i tot per a una interpretació al marge dels casos concrets, la normativitat jurídica (que opera sobretot per limitar un possible subjectivisme judicial) esdevindria insuficient per guiar totalment el procés esmentat. Així, l'article 52 CDF, que és el precepte clau en

⁵³ La interpretació jurisprudencial del bloc normatiu al qual al·ludeix l'article 10.2 CE ha estat extensiva. Vegeu, per a més detalls, Sáiz Arnáiz, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, pàg. 91 i seg.

⁵⁴ STC 290/2000, 292/2000, 53/2002, 138/2005, 273/2005, 17/2006 i 41/2006. Vegeu, així mateix, Arzo Santisteban, X., «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, pàg. 63 i seg. i Díaz Crego, M., *op. cit.*, pàg. 149 i seg.

⁵⁵ Vegeu, per exemple, les directives en matèria laboral, bona part de les quals desenvolupen drets dels treballadors continguts ara en la CDF.

⁵⁶ En matèria penal i sancionadora, sense gaire possibilitat d'aplicació efectiva, mentre no s'incorpori al dret dels estats.

⁵⁷ Així, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, pàg. 79.

⁵⁸ *Ibidem*, pàg. 85 i seg.

la matèria, no ofereix altra cosa que un mínim, un fragment si es vol, de les normes que l'interpret ha de seguir. En la resta de coses, són aplicables les regles generals d'interpretació, consolidades en la dogmàtica.⁵⁹

L'article 52 ratifica i augmenta la vinculació anterior del TJCE (futur TJUE), mai acceptada del tot, a dues fonts externes al dret comunitari: el CEDH i les tradicions constitucionals comunes als estats membres. Es pot dir que, des d'aquest precepte, l'activitat del màxim òrgan judicial de la Unió està subjecta a unes limitacions majors, fins al punt que es pot afirmar que la seva llibertat interpretativa és, en aquesta matèria, menor que la pròpia del TEDH i els tribunals constitucionals nacionals, atès que, almenys sobre el paper, ni els uns ni l'altre no estan subjectes a la jurisprudència de cap altre tribunal.

Els destinataris de les regles d'interpretació de l'article 52 són, sobretot, els jutges: el TJUE, en tots els casos, i els tribunals nacionals, quan apliquin el dret de la Unió. Els altres poders públics estan també vinculats indirectament a aquestes regles, per tal com la seva activitat és objecte d'un control judicial posterior.

2. La interpretació sistemàtica

Segons l'article 52.2 CDF, "els drets reconeguts per aquesta Carta que constitueixen disposicions dels tractats s'exerciran en les condicions i dins els límits que els tractats determinin". Malgrat que sembla que el destinatari principal de la norma siguin els titulars dels drets ("s'exerciran"), en realitat es tracta d'una regla d'interpretació, adreçada, per tant, preferentment als tribunals.

La finalitat de l'apartat transcrit és recordar una regla bàsica d'interpretació sistemàtica, que s'hauria imposat de tota manera, sense necessitat d'esmentar-la de manera explícita. Cal tenir en compte, però, que hi ha moltes més possibilitats d'interpretació sistemàtica que les esmentades en el precepte; pensem, per exemple, en el possible ús argumentatiu de molts objectius i competències esmentats als tractats, respectivament com a límits dels drets o com a habilitacions per regular-los. Al que es refereix més aviat l'article 52.2 és a la relació de les normes de reconeixement de drets de la CDF amb les normes sobre drets (que "esmenten" drets fonamentals, segons diu literalment el precepte) incloses als tractats, i no amb altres normes que, indirectament, puguin incidir sobre els drets.⁶⁰

Alguns drets fonamentals de la CDF s'esmenten, directament o indirectament, en els tractats. Així mateix, molts dels preceptes d'aquests tractats contenen normes sobre drets fonamentals relacionades, majoritàriament, amb drets socials de la CDF. Aquestes normes dels tractats es poden classificar així: normes reiteratives, que no afegeixen res al que assenyala el seu correlatiu en la CDF; normes que regulen determinades formes d'exercici del dret fonamental, i normes que imposen determinades polítiques als poders públics de la Unió, destinades, almenys en part, a fer efectius drets socials de la CDF.

Vistes totes aquestes normes sobre drets dels tractats, es planteja el dubte de si desplacen (tal com podria suggerir potser una lectura precipitada de l'article 52.2) o no les normes correlatives de la CDF i les seves disposicions generals del títol 7. Segons el nostre parer, la resposta ha de ser negativa en ambdós casos, atès que entendre el contrari convertiria força preceptes de la CDF en simple retòrica. Així, per exemple, és evident que l'enunciació de determinats elements del contingut d'un dret en els tractats no impedeix reconèixer-ne d'altres,⁶¹ o que la referència a límits en els tractats no tanca, per als drets esmentats, l'entrada en joc de l'article 52.1 i, per tant, la possibilitat d'establir uns límits diferents. Com dèiem al principi, l'apartat que ara comentem no és altra

⁵⁹ *Ibidem*, esp. pàg. 87 i seg.

⁶⁰ Per tal de distingir entre normes de reconeixement de drets, normes sobre drets i normes que incideixen sobre drets, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pàg. 78 i seg.

cosa que un simple recordatori de la regla de la interpretació sistemàtica, a la qual l'interpret hagués arribat igualment acudint a les pràctiques habituals de la dogmàtica.

Una altra qüestió rellevant, que aquí només podem abordar d'una manera tangencial, és la relativa a la posició de les normes que reconeixen drets no inclosos al catàleg de la CDF. N'és un exemple el nou article 10.3 TUE, que reconeix un dret general de participació política, curiosament no previst en el títol 5 de la CDF. Aquí el mètode interpretatiu segurament més encertat consistirà a determinar extensivament el contingut de les figures de la CDF, per incloure-hi els drets dels tractats. Si això no fos possible, el règim d'aquests *drets dispersos* es podria entendre com a substancialment equivalent al propi dels drets de la CDF: en principi, les vies de protecció són les mateixes i s'hi poden aplicar per analogia les disposicions generals dels articles 51 al 54 CDF.

3. La interpretació segons el CEDH

Una de les qüestions centrals del debat entorn dels drets fonamentals a Europa és la relació entre els sistemes de protecció del Consell d'Europa i de la Unió Europea. Tenint en compte que tots els membres de les comunitats europees eren part del CEDH i atesa la nodrida i prestigiosa jurisprudència del TEDH, el TJCE va tenir en compte des de bell inici el CEDH a l'hora d'incorporar drets fonamentals al dret comunitari, per la via dels principis generals.⁶² Tanmateix, el CEDH es va utilitzar més aviat com una simple font d'inspiració o d'"indicacions que convé tenir en compte en el marc del dret comunitari"⁶³ i no com a norma estrictament vinculant, situació que no va canviar, en essència, després de l'entrada en vigor de l'article 6.2 TUE. Així, el problema de divergències interpretatives entre el TJCE i el TEDH estava servit,⁶⁴ tot i els lloables esforços de la doctrina per evitar-ho.⁶⁵

Amb el Tractat de Lisboa, la situació és ben diferent (catàleg propi de drets fonamentals) però el problema per calia resoldre (les divergències interpretatives) s'ha mantingut essencialment idèntic. Mentre no es produeixi l'adhesió al CEDH, l'article 52.3 CDF s'enfronta fermament al risc de les divergències interpretatives, fins i tot a costa de limitar l'autonomia tradicional del dret comunitari.

Segons les Explicacions del Praesidium, davant la lletra del precepte, el bloc normatiu que cal considerar no és només el CEDH, sinó també els seus protocols (amb independència, pel que sembla, que els ratifiquin o no tots els estats membres)⁶⁶ i la jurisprudència relativa a aquests texts, tant del TEDH com del TJCE. La referència a la jurisprudència és encertada, ja que en matèria de drets fonamentals és més important que el text mateix la interpretació que se'n faci, i les divergències eventuais (les que el precepte vol combatre) procediran, normalment, més d'aquesta segona que del primer. La doble al·lusió, per la seva banda, a la jurisprudència prèvia del TEDH i del TJCE és especialment delicada, sobretot en els supòsits de decisions contradictòries entre ambdós tribunals, ja que el dret comunitari no afirma quin té superioritat. De la lògica del CEDH i del precepte

⁶¹ Entre altres motius, perquè el contingut dels drets fonamentals ha de romandre, en essència, substancialment obert. Vegeu Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pàg. 31 i seg.

⁶² Almenys, des de l'STJCE de 28 d'octubre de 1975 (36/75).

⁶³ STJCE de 13 de juliol de 1989 (5/88).

⁶⁴ Com a exemples de divergència se solen citar la inviolabilitat del domicili de les persones jurídiques i el dret a no autoincriminar-se en el camp del dret de la competència. No obstant això, no tots els autors sostenen que en aquests casos hi hagi una divergència real; vegeu R Alonso García, R., op. cit., pàg. 159, amb abundant bibliografia. De qualsevol manera, cal destacar que sembla que aquests exemples de divergència són cada vegada menys freqüents, ja que la jurisprudència més recent del TJCE tendeix a interpretar els DFC tal com els interpreta el TEDH. Desdramatitzen ja la divergència Rodríguez Iglesias, G. C. i Valle, A., «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*, núm. 1, 1997, pàg. 346.

⁶⁵ Per tots, Jimena Quesada, L., *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006.

⁶⁶ Vegeu la diferència amb l'article 53.

mateix es derivaria la primacia del TEDH, però es podria arribar també a la solució contrària atenent la lògica del Tractat de Lisboa. Al nostre entendre, també en aquest punt l'autonomia tradicional del dret comunitari hauria de cedir i seria desitjable una autocontenció del TJUE quan el TEDH hagi pres ja un partit clar.

Els drets que són objecte de la regla interpretativa de l'article 52 són únicament els que "corresponen a drets garantits" pel CEDH, en el sentit ampli que acabem d'atribuir a aquest terme. Seguint el mandat del Consell Europeu de Colònia (3 i 4 de juny de 1999), la CDF va incloure tots els drets del CEDH i dels seus protocols, però també molts altres. Creiem que no seria difícil seleccionar quins drets procedeixen del CEDH i quins no, ja que ens podem guiar, com a instrument auxiliar de la selecció, per les Explicacions del Praesidium, tant en el mateix article 52 com en els articles precedents. D'acord amb la interpretació de l'article 52.2 que hem sostingut, l'esment a un dret en el tractats no impedeix l'aplicació de la regla interpretativa de l'article 52.3.

Un cop determinats l'objecte i el paràmetre de la interpretació, l'operativitat de la regla que analitzem no estarà exempta de problemes pràctics. El sentit principal de la regla és, segons el nostre parer, imposar al TJUE que acati la jurisprudència del TEDH, llevat dels casos en què entri en joc la clàusula de l'estàndard màxim de l'article 53, regla especial d'interpretació que prevaldria sobre la regla general de l'article 52. En primer lloc, no sempre serà fàcil determinar en cada cas la idoneïtat i la intensitat de la vinculació a la jurisprudència.⁶⁷ A més, fins i tot en el cas d'un seguiment estricte del TJUE a la jurisprudència del TEDH, el perill de divergències interpretatives no desaparèixer completament, entre d'altres motius perquè el TEDH es reserva la competència per controlar l'aplicació que fan els estats del dret comunitari, quan aquesta aplicació afecti el CEDH.⁶⁸ Aquestes divergències són inevitables i, fins i tot, saludables per al desenvolupament progressiu dels drets fonamentals.⁶⁹ Si cada Tribunal es manté en el respecte mutu, els conflictes sempre seran excepcionals i conjunturals,⁷⁰ mai estructurals ni definitius.

4. La interpretació segons les tradicions constitucionals comunes

Entre les fonts dels DFC acceptades tradicionalment pel TJCE, hi havia les "tradicions constitucionals comunes als estats membres", font que després l'article 6.2 TUE reconeixerà expressament.⁷¹ Aquesta perspectiva canvia substancialment en vista de l'article 52.4 CDF, que no conté una regla d'incorporació de drets sinó una simple regla interpretativa, adreçada a determinar l'abast dels drets ja incorporats al catàleg de la CDF.

La primera qüestió que cal dilucidar en analitzar l'article 52.4 és què es pot entendre per "tradicions constitucionals comunes", la qual cosa obliga a donar sentit als tres termes que componen la fórmula, interpretats en el seu context:

1) El terme *tradicions* no remet a la Història (com fa, per exemple, el paràgraf tercer del Preàmbul de la mateixa CDF), cosa que seria gairebé absurda en el context del precepte,⁷² sinó a una continuïtat, a una certa permanència de les normes. En definitiva, per tal que hi hagi una tradició no n'hi ha prou de constatar la

⁶⁷ El problema és, evidentment, general, i deriva, essencialment, del fet que es considerin com a norma *general* texts l'origen dels quals és la solució de casos *concrets*.

⁶⁸ STEDH *Matthews*, de 18 de febrer de 1999. Vegeu, sobre aquest punt, Alonso García, R., *op. cit.*, pàg. 161 i seg.

⁶⁹ En aquest sentit, vegeu Conforti, B., «La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione Europea dei Diritti Umani», a Rossi, L. S., (ed.), *Carta dei Diritti Fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milà, 2002, pàg. 17.

⁷⁰ Per això, creiem que no es necessari instaurar mecanismes de coordinació o consulta prèvia entre tribunals, tal com va proposar el mateix Consell d'Europa en la seva aportació de 19 de setembre de 2000 al debat sobre l'elaboració de la primera CDF (4475/00, contr. 326).

⁷¹ Per tots, Pi Llorens, M., *op. cit.*, pàg. 69 i seg. Aquesta autora subratlla la gran llibertat del TJCE a l'hora d'utilitzar les tradicions constitucionals comunes com a font de drets, llibertat que, com veurem, ara s'hauria de limitar.

⁷² La interpretació històrica dels drets avui és un mètode utilitzat rarament per la dogmàtica; en qualsevol cas, mai com a únic mètode d'interpretació.

presència d'una norma aïllada, sinó que cal comprovar que s'hi crea una *communis opinio*. Amb les matisacions que farem a continuació, en principi el que és rellevant per tal de valorar l'existència d'una tradició, en el sentit del precepte, no és tant la forma de reconeixement com el contingut que es pren en consideració: qualsevol contingut que impliqui una decisió material rellevant per interpretar els drets de la CDF.

2) Allò que és *constitucional* s'ha d'entendre en sentit ampli: no només el que prové directament de les constitucions formals sinó també, i sobretot, de la jurisprudència dels tribunals constitucionals respectius. S'ha d'exigir, en qualsevol cas, una vinculació mínima amb la Constitució formal. Basem aquesta afirmació en tres arguments: en primer lloc, la remissió no es fa, com en altres preceptes de la CDF, a "la legislació i les pràctiques nacionals"; en segon lloc, cal salvar la coherència amb la regla interpretativa de l'article 53, que remet només a les constitucions dels estats; finalment, no s'ha d'alterar més enllà del necessari la lògica de la integració, perquè això impediria una excessiva entrada de fonts externes al dret comunitari a l'hora de determinar-ne el contingut.

3) Allò que és *comú* als estats membres no es pot concebre com el que és comú a *tots* els estats membres: seria molt improbable trobar plantejaments unànimes en la Constitució o en la jurisprudència constitucional dels estats i, en cas que n'hi hagués, segurament ja s'haurien incorporat de manera expressa als tractats. D'acord amb la jurisprudència prèvia del TJCE⁷³, aplicable aquí *mutatis mutandis*, i per no privar pràcticament d'eficàcia l'article 52.4, n'hi hauria prou, per considerar comuna la norma en qüestió, que pertanyés a les tradicions constitucionals d'un nombre significatiu de països.⁷⁴

Un cop s'ha delimitat així l'àmbit de les tradicions constitucionals comunes, cal precisar a quins drets es refereix la regla d'interpretació de l'article 52.4. Literalment, el precepte no al·ludeix a tots els de la CDF, sinó exclusivament als "resultants de les tradicions constitucionals comunes dels estats membres". Ara bé, quins són aquests drets? El mandat del Consell Europeu de Colònia (3 i 4 de juny de 1999), precedent directe de la CDF del 2000 i indirecte de la CDF vigent, va encarregar a la Convenció que incorporés al catàleg "els drets de llibertat i igualtat i els principis processals fonamentals, tal com es recullen en el [CEDH] i en les tradicions constitucionals comunes". Tanmateix, ambdues fonts coincideixen en moltes figures i, encara que en les Explicacions del Praesidium algunes es relacionen directament amb les tradicions esmentades,⁷⁵ és evident que aquesta menció de les Explicacions no és exhaustiva. Aleshores, caldrà atènyer-se a l'anàlisi de cada figura de dret fonamental, tot tenint a la vista la jurisprudència precedent del TJCE, per comprovar si prové o no d'aquesta font de drets. Tant si s'arriba a una conclusió com a l'altra, encara que no fos amb la força d'obligar que és característica del Tractat de Lisboa, no seria excessiu acudir a les tradicions constitucionals comunes a l'hora d'interpretar tots els drets.⁷⁶

Finalment, com han de procedir els tribunals per tal d'incorporar les tradicions constitucionals comunes a la interpretació de cada figura de dret fonamental? Encara que la regla dóna una gran llibertat a l'interpret

⁷³ Vegeu Pi Llorens, M., *op. cit.*, pàg. 71-72.

⁷⁴ Aquest és el plantejament implícit en l'STJCE Omega, de 14 d'octubre de 2004 (C-36/02). No podem coincidir amb els qui sembla que neguen que hi hagi *communis opinio* europea en matèria de drets fonamentals (per exemple, Díez-Picazo, L. M., «¿Una Constitución sin declaración de derechos?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pàg. 151, on s'afirma que "l'únic que tenen en comú els estats membres és una *concepció política dels drets fonamentals*" –cursiva de l'autor– i es conclou que hi ha una manca de "vies i directrius efectives externes al Tribunal mateix"; vegeu també Rodríguez, A., *op. cit.*, pàg. 315-316). De punts en comú, n'hi ha, al nostre parer, molts, com es fa palès llegint bona part de les monografies sobre drets fonamentals editades en els darrers anys al nostre país. Per això mateix, tampoc no coincidim amb el risc de fragmentació anunciat, per exemple, per De Búrca, G., «The Language of Rights and European Integration», a Shaw, J. i More, G. (ed.), *New Legal Dynamics of EU*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pàg. 46.

⁷⁵ Així, l'objecció de consciència (art. 10.2), el dret a l'educació (art. 14) i el dret a la proporcionalitat de les penes (art. 49).

⁷⁶ El mètode comparat d'interpretació, cada vegada més freqüent en la dogmàtica constitucional europea (en castellà, vegeu, per exemple, la contribució d'Häberle, P., a López Pina, A. (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pàg. 271-273) i, no del tot desconegut pel TJCE (per exemple, Koopmans, T., «The Birth of European Law and the CrossRoads of Legal Traditions», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39, 1991, pàg. 505), està potenciat clarament en la CDF (així, Díaz Crego M., *op. cit.*, pàg. 164-166).

(manifestada amb la fórmula "en harmonia amb", que contrasta amb la que s'empra a l'article precedent 52.3), es deriven clarament del precepte algunes formes de procedir: en primer lloc, la necessitat de prendre en consideració el dret comparat en el raonament,⁷⁷ especialment en els casos controvertits i no resolts pel dret comunitari ni pel TEDH;⁷⁸ en segon lloc, l'obligació d'optar per la solució dels tribunals nacionals, quan, de l'anàlisi prèvia del dret comparat, se'n pugui concloure la presència d'una línia interpretativa més o menys consolidada a Europa. Tot això exigiria, almenys, un canvi d'actitud considerable del futur TJUE en relació amb el TJCE, que en la seva argumentació només ha fet ús del dret constitucional dels estats d'una manera molt succinta i excepcional.⁷⁹

5. La regla interpretativa de l'estàndard màxim

La regla de l'estàndard màxim de l'article 53 CDF presenta diferències importants amb el model tradicional, exemplificat a l'article 53 CEDH. Aquestes diferències deriven de la mateixa dicció del precepte, que incorpora algunes peculiaritats (referents, en síntesi, a l'àmbit de la comparació), i, sobretot, de la posició jurídica diversa de l'òrgan cridat naturalment a aplicar-la. A continuació, assajarem una proposta d'interpretació del precepte que el doti de contingut jurídic, encara que això exigeixi matisar determinats plantejaments, segurament majoritaris en la doctrina, sobre la relació entre les ordenacions nacional i comunitària.⁸⁰ Com comprovarem de seguida, l'expressió més controvertida de l'article 53, clau per a qualsevol solució de les dificultats interpretatives que planteja, és la que diu "en el seu àmbit respectiu d'aplicació". Per entendre-la adequadament, convindrà analitzar separadament les diverses possibilitats d'aplicació dels DFC.⁸¹

La comparació s'ha de realitzar entre el nivell de protecció atorgat per la CDF, d'una banda, i l'atorgat per un conjunt heterogeni de normes, de l'altra. Aquestes normes són:

1) El dret de la Unió. Aquesta primera referència reitera el que es diu en la darrera frase de l'article 52.3, en relació amb la interpretació dels drets segons el CEDH. Especialment el Consell de Ministres, el Parlament Europeu i la Comissió poden exercir, gairebé sempre de forma coordinada, unes competències determinades de regulació que afecten, directament o indirectament, els drets fonamentals. D'aquesta regulació es poden derivar estàndards de protecció diferents als que es deriven dels tractats; si són inferiors, seran invàlids i anul·lables els exarticles 260 a 262 TFUE; si són superiors, prevaldran sobre els tractats. Aquesta prevalença no implica una

⁷⁷ Això implica una càrrega considerable de treball per als tribunals, especialment si s'han de tenir en compte tantes tradicions constitucionals com estats membres hi ha. El TJCE i algun tribunal constitucional disposen d'un cos de lletrats destinat, de manera total o parcial, a aquesta tasca.

⁷⁸ Com destaca Gautron, el recurs al CEDH relleva el TJCE d'endinsar-se en la recerca incerta de tradicions constitucionals comunes Gautron, J. C., «Common Fundamental Rights in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities», en *The constitutional heritage of Europe. Proceedings of the UNIDem Seminar*, Consell d'Europa, Estrasburg, 1997, pàg. 160-161.

⁷⁹ Detectem aquí un cert solipsisme del TJCE, que és més greu quan és la conducta d'un estat el que hi ha en joc. Les justificacions adduïdes fins ara per la doctrina per evitar citar el dret constitucional comparat, amb el risc de caure en el diletantisme i les dificultats de construir un llenguatge comú, no són defensables avui: el primer es resol amb una plantilla adequada de lletrats de suport i les segones se superen sense gaire esforç. Entre els autors favorables, amb arguments diferents, a una penetració més gran del dret constitucional comparat en la jurisprudència del TJCE es poden esmentar: Weiler, J., «Human Rights, Constitutionalism and Integration: Iconography and Fetichism», *International Law Forum du droit international*, núm. 3, 2001, pàg. 233; Brand, M., *op. cit.*, pàg. 400, o Maduro, M. P., *op. cit.*, pàg. 296.

⁸⁰ Assenyala amb raó Díaz Crego (a *op. cit.*, pàg. 163) que l'article 53 "contradiu els principis sobre els quals el dret comunitari ha construït tradicionalment les seves relacions amb les ordenacions nacionals". Aquesta posició, per cert, és bastant comuna en la doctrina estrangera: per tots, Curtin, D. i Dekker, I., «The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity», a Beaumont, P. R., Lyons, C. i Walker, N. (ed.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002, pàg. 76.

⁸¹ A la doctrina espanyola, una proposta d'interpretació d'aquesta expressió, adreçada a dotar de contingut jurídic el precepte, en la línia que defensem, es pot trobar a Alonso García, R., *op. cit.*, pàg. 172, nota 94.

superioritat jeràrquica del dret ordinari de la Unió sobre els tractats,⁸² sinó una simple regla de desplaçament en l'aplicació, en determinats casos. Tampoc no es pot deduir de la prevalença que el nivell *legal* de protecció d'un dret s'incorpori sense més al nivell *constitucional*: allò en què l'estàndard superior supera l'estàndard inferior formaria part, en principi, del contingut addicional del dret.⁸³ Per exemple, els supòsits de concessió d'asil que reconeguéssin una norma comunitària, més enllà del que es pot deduir de la Convenció de Ginebra i del CEDH (és a dir, del contingut constitucional del dret fonamental comunitari d'asil), formarien part del contingut addicional del dret de l'article 18 CDF i quedarien fora, per tant, estrictament, de la garantia característica d'aquest precepte.

2) El dret internacional. Es poden entendre així els tractats internacionals no inclosos en el grup següent, és a dir, els no ratificats per la Unió com a tals o per la totalitat dels estats membres, així com les fonts no convencionals del dret internacional, com ara el costum o els principis generals del dret.⁸⁴

3) Els convenis internacionals dels quals formen part la Unió o tots els estats membres⁸⁵ i, en particular, el CEDH. Aquesta darrera referència al CEDH és supèrflua, ja que no afegeix res a la primera frase de l'article 52.3 CDF: si l'interpret té el deure d'atorgar als DFC, almenys, el mateix nivell de protecció ("el seu sentit i abast seran iguals") que el CEDH, ja es fa innecessari exigir la prevalença d'un hipotètic estàndard superior del CEDH.

4) Les constitucions dels estats membres. A diferència de les formulacions típiques de l'estàndard màxim (art. 5.2 PIDCP, 5.2 PIDESC, 32 CSE i 53 CEDH), la CDF no s'ha de comparar amb l'ordenació d'un estat, considerat en el seu conjunt, sinó amb les constitucions nacionals. La diferència és significativa i es pot veure com un reconeixement de la primacia de les constitucions nacionals sobre les lleis dels estats membres, almenys quan aquests estats "apliquin el dret de la Unió" (art. 51.1). És en aquest punt on es manifesta amb més intensitat la fallida dels principis clàssics del dret comunitari.⁸⁶

La regla interpretativa de l'estàndard màxim vincula, en primer lloc, l'interpret natural del dret comunitari, és a dir, el TJUE. La posició d'aquest òrgan jurisdiccional és ben diferent de la del TEDH: el TJUE no és un tribunal de cassació ni un òrgan competent per resoldre subsidiàriament les queixes dels ciutadans contra els estats; els procediments adreçats contra els estats tenen una via específica (art. 258 TFUE) que no deriva d'un procés previ en l'estat respectiu, i no existeix un dret de l'afectat a exigir al seu tribunal nacional que interposi una qüestió prejudicial (art. 267 TFUE i STC 201/1996). Així, l'eficàcia de la regla no pot ser de caire processal (com passava amb el TEDH), sinó material.⁸⁷

En essència, els àmbits d'aplicació de la regla de l'article 53 CDF són dos:

1) Controlar la vinculació de la Unió Europea als DFC. En resoldre els recursos d'anul·lació i d'omissió, el TJUE pot, respectivament, anul·lar els actes contraris als DFC i imposar determinades actuacions a favor dels DFC. Si del dret de la Unió o dels convenis internacionals dels quals formen part la Unió o tots els estats membres, se'n dedueix, en un cas concret, un estàndard superior, aquest estàndard prevaldrà sobre el propi dels tractats. Ara bé, la prevalença es pot quedar en una prevalença del cas concret i no implicar necessàriament una

⁸² En realitat, aquí no es dona el pressupost típic d'aplicació del principi de jerarquia, la contradicció entre normes (vegeu, De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1984, pàg. 91); com veurem, no és contradictori, necessàriament, que dues normes incloguin estàndards diferents de protecció d'un mateix dret.

⁸³ Sobre aquesta categoria, vegeu, per exemple, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., esp. pàg. 84-85.

⁸⁴ Tal com adverteix, entre d'altres, R. Higgins («The ICJ, the ECJ and the integrity of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, pàg. 1 i seg.), no serà fàcil aplicar aquestes fonts a un context aliè, en principi, al dret internacional.

⁸⁵ Resta per veure si el TJCE continuarà aplicant la seva doctrina anterior segons la qual les normes convencionals no es poden invocar contra normes comunitàries: per exemple, STJCE de 9 d'octubre de 2001 (C-377/98), de 12 de març de 2002 (C-27/00), de 10 de desembre de 2002 (C-491/01) o de 9 de gener de 2003 (C-76/00).

⁸⁶ Vegeu la nota 80. No falten, però, autors que, infravalorant la interpretació literal, neguen aquesta fallida (per exemple, Liisberg, J., «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?», *Jean Monnet Working Paper*, núm. 4, 2001, pàg. 39 i seg.); una forma subtil de negar l'evidència, al nostre entendre.

⁸⁷ Aquest no és el moment d'abordar el tema de les dificultats d'aplicació de la fórmula, ben conegudes per la doctrina. Vegeu sobre això, per tots, Pi Llorens, M., op. cit., pàg. 73 i seg. *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008

alteració en la jurisprudència prèvia sobre el DFC. L'equilibri és difícil, ja que en ocasions el Tribunal haurà de garantir l'estàndard superior (legal –comunitari o internacional) del dret sense acceptar, amb caràcter general, és a dir, *en el nivell constitucional europeu*, la configuració del dret que el mateix Tribunal adopta com a pressupòsit.

Examinant el problema més detingudament, el TJUE tindria una doble possibilitat:

a) configurar el DFC de forma similar a l'estàndard superior del dret (legal comunitari o internacional), interpretant extensivament el precepte corresponent de la CDF. Aquesta opció només és possible en casos excepcionals, sota pena d'incórrer en falta de sistema o bé en mutació constitucional.

b) limitar-se a garantir, en el cas concret, l'estàndard superior del DFC sense acceptar, amb caràcter general, és a dir, en el nivell *constitucional* europeu, la configuració del dret que el mateix Tribunal adopta com a pressupòsit. Aquesta possibilitat s'obre sense gaire dificultat, ja que el TJUE no només és jutge dels DFC sinó també del conjunt del dret de la Unió, és a dir, també dels drets de rang legal.

2) Controlar la vinculació dels estats als DFC. En resoldre els recursos per incompliment,⁸⁸ el TJUE pot anul·lar actes dels estats contraris als DFC, sempre que hagin tingut lloc en aplicació del dret de la Unió (art. 51.1 CDF). Per raons polítiques, fàcilment comprensibles, és força improbable que la Comissió denunciï un estat per aquest motiu. Però si la denúncia arribés a produir-se, el TJUE es podria trobar davant l'obligació d'aplicar l'estàndard de la Constitució nacional, quan aquest estàndard fos superior a l'estàndard dels tractats. En aquest supòsit, sens dubte excepcional, les possibilitats obertes al TJUE són les mateixes que en el cas anterior, és a dir, interpretar extensivament els tractats o limitar la solució a la justícia del cas concret. L'opció a favor d'aquesta segona possibilitat aquí es fa, tanmateix, més problemàtica: al marge del difícil equilibri que implica, ja comentat, poden tenir lloc importants diferències de tracte segons l'estat afectat, que a la llarga serien perilloses a l'hora de consolidar un sistema pròpiament comunitari de drets i, fins i tot, per a la mateixa lògica de la integració. S'ha de tenir en compte que, mentre que en el supòsit anterior (control de la vinculació de la Unió) la comparació tenia lloc entre l'estàndard dels tractats i un estàndard comú a tots els estats membres, ara la comparació es produeix entre l'estàndard dels tractats i l'estàndard d'una constitució nacional concreta.

Les peculiaritats de cada supòsit de fet decidiran quina de les dues opcions és la més convenient. Tampoc no són previsibles aquí manifestacions clares a favor d'una o altra opció, per la qual cosa segurament s'imposaran solucions de compromís, que evitin una presa de posició explícita sobre la relació entre constitucions, tal com ha succeït en la jurisprudència prèvia del TJCE.⁸⁹

Finalment, també els tribunals nacionals, atesa la seva condició de jutges ordinaris del dret comunitari, han de controlar la vinculació dels seus respectius estats als DFC, en els supòsits d'aplicació del dret de la Unió. En aquests casos, el normal serà la interferència, almenys, dels nivells comunitari, internacional i constitucional nacional: els convenis internacionals i la Constitució nacional vinculen, *en qualsevol cas*, l'estat, tant si aplica el dret de la Unió com si no. Segons l'article 53, el jutge nacional ha d'aplicar, en cada cas concret, l'estàndard superior, que en hipòtesi podria ser qualsevol dels tres. L'habitual serà que no hi hagi antinòmies normatives⁹⁰ i que, per tant, la prevalença de l'estàndard màxim s'apliqui sense dificultat, fent abstracció de la posició jeràrquica

⁸⁸ Quedi fora el supòsit de la qüestió prejudicial, que planteja una problemàtica lleugerament diferent.

⁸⁹ Vegeu, com a cas paradigmàtic, l'STJCE de 4 d'octubre de 1991 (150/90), en la qual no s'arriba a apreciar incompatibilitat entre el dret a la vida de la Constitució irlandesa i la lliure prestació de serveis del TCE, amb l'argument que no s'hi va veure afectada, en realitat, aquesta llibertat.

⁹⁰ L'antinòmia no implica que dues normes tinguin un significat diferent sinó contradictori (vegeu, sobre això, Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pàg. 196 i seg.). Per exemple, no seria incompatible, en principi, que una norma inclogués, com a contingut del dret a la seguretat social, les prestacions A i B i que una altra norma afegís a aquest contingut la prestació C. Tanmateix, sí que seria incompatible derivar del dret a la vida, la prohibició de l'avortament en una norma i en una altra la seva permissió.

diferent de les ordenacions respectives;⁹¹ com hem apuntat anteriorment, l'article 10.2 CE aporta un nou argument jurídic a favor de la regla de l'estàndard màxim.

No es pot descartar, tanmateix, que en supòsits excepcionals pugui haver-hi una antinòmia entre ordenacions que no es pugui evitar mitjançant una interpretació flexible de les normes respectives.⁹² Centrem-nos en el supòsit que més interessa aquí, el de contradicció entre els tractats i les constitucions nacionals. A Espanya, la primacia de la CE sobre els tractats, proclamada pel Tribunal Constitucional, es pot traslladar a aquest cas, ja que, formalment, els tractats comunitaris no són diferents de la resta. Si un jutge nacional considera que el nivell de protecció dels tractats no només és diferent del propi de la CE, sinó que hi és contradictori, hauria de plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat contra el precepte corresponent dels tractats. És evident que, per raons polítiques, serà extremadament difícil tant el plantejament d'una qüestió d'aquest tipus com un pronunciament estimatori per part de la nostra jurisdicció constitucional.

6. La interpretació segons les Explicacions del Praesidium

La Conferència de Representants dels Governos va introduir, a última hora i sense debat públic, l'al·lusió expressa de l'article 52.7 CDF a les Explicacions del Praesidium, que ja apareixia en la versió del Preàmbul de la Part II del Tractat constitucional aprovada per la Convenció. Sembla que es configura així una certa obligació jurídica d'interpretació originalista, inèdita en el dret comparat. Considerem, però, que atesa la fórmula emprada, no gaire taxativa ("seran tingudes degudament en compte") la pràcticament nul·la utilització de l'argument en la jurisprudència precedent del TJCE i la presència simultània de molts altres criteris d'interpretació, recollits o no expressament en l'article 52, la llibertat de l'interpret no es veurà afectada seriosament per l'apartat 7. El que s'ha dit queda reforçat en vista de la crítica doctrinal generalitzada a la interpretació originalista⁹³ i del caràcter sovint conservador de les Explicacions (políticament i jurídicament, per tal com inclouen referències múltiples al dret comunitari derivat, en força ocasions ja derogat). Al final, creiem que a la pràctica els jutges utilitzaran les Explicacions com un més dels mètodes propis (si de cas, com un mètode privilegiat) de la dogmàtica.⁹⁴

V. Les intervencions i els límits dels drets

A l'hora de regular els límits dels drets fonamentals, la CDF renuncia a seguir la tècnica característica del CEDH (enunciació de límits específics de cada dret), a favor d'una tècnica similar a la que va iniciar l'article 29.2 DUDH⁹⁵ i seguida avui, d'una forma bastant consolidada, especialment per obra de la jurisprudència,⁹⁶ tant dels

⁹¹ Vegeu, com a cas paradigmàtic, l'STJCE de 28 d'octubre de 1999 (187/98), que ofereix una interpretació diferent a la que es va fer a Grècia del dret fonamental a la no discriminació per motiu de sexe, sense que s'apreciï, però, cap contradicció entre la Constitució grega i el TCE.

⁹² Vegeu, com a cas paradigmàtic, l'STJCE d'11 de gener de 2000 (285/98), sobre el servei militar de les dones a Alemanya.

⁹³ En relació amb un àmbit proper al nostre, vegeu, per exemple, Orakhelashvili, A., «Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 14/3, 2003, pàg. 537.

⁹⁴ En aquest sentit, entre molts d'altres, vegeu Burgorgue-Larsen, L., «Article II-112», *op. cit.*, pàg. 681-683.

⁹⁵ "En l'exercici dels seus drets i en el gaudi de les seves llibertats, qualsevol persona està només subjecta a les limitacions establertes per la llei amb l'única finalitat d'assegurar el reconeixement i el respecte dels drets i les llibertats dels altres, i de satisfer les justes exigències de la moral, de l'ordre públic i del benestar general en una societat democràtica". La comparació entre aquest precepte i l'art. 52.1 CDF exemplifica força bé l'evolució (en termes de depuració progressiva de les categories) de la dogmàtica en aquesta matèria.

⁹⁶ Amb l'excepció de l'article 18 de la Constitució portuguesa, que conté una regulació bastant completa, els texts constitucionals únicament preveuen, com a màxim, una part de la regulació dels límits. Per exemple, a Alemanya, on aquesta construcció està molt desenvolupada dogmàticament, l'article 19 LFB només inclou la reserva de llei i el contingut essencial, i en termes similars s'expressa l'article 53.1 CE. Per contra, la major part dels texts constitucionals preveuen la suspensió de drets, quelcom que no preveu la CDF.

tribunals constitucionals com del TEDH i, en certa manera, del mateix TJCE:⁹⁷ permetre la limitació dels drets fonamentals, sempre que quedi subjecta a uns *límits dels límits*. És una decisió més coherent amb la lògica d'un disseny institucional pretesament autosuficient (cosa que no es dona en el CEDH) i que permet una major flexibilitat (no hi ha un catàleg tancat de límits) a l'interpretar⁹⁸ i, indirectament, al legislador comunitari, de manera que l'aparició dels DFC no impedeixi el desenvolupament natural de l'ampli nombre de polítiques previstes als tractats.

Per comprendre millor el precepte, convé distingir entre dues categories, no diferenciades en general en els texts normatius (tampoc a l'article 52.1, que només utilitza el terme "limitació"): la intervenció i el límit en sentit estricte.⁹⁹ La intervenció, ingerència o afectació, sobre un dret és l'acció realitzada per una persona o ens obligat per aquest dret (en el nostre cas, la Unió o els poders públics nacionals quan apliquen el dret de la Unió) i que afecta negativament i significativament una o més facultats o immunitats que n'integren el contingut. Les intervencions s'han de justificar sempre en altres drets, béns o objectius constitucionals; altrament, serien il·legítimes i vulnerarien el dret en qüestió. És precisament aquesta justificació la que és qualificada com a límit en sentit estricte.

Literalment, les regles sobre els límits no s'apliquen a totes les figures de drets, sinó només als "drets i llibertats", estranya parella, procedent segurament de l'article 29.2 DUDH ja citat, de la qual només trobem unes altres dues referències en la CDF (art. 47 i 54). Segons el nostre parer, no s'ha de dotar aquesta fórmula d'un significat delimitador precís i es pot entendre sense més que el precepte es refereix, sobretot, als drets de defensa.¹⁰⁰

L'article 52.1 recull l'enumeració dels límits de les intervencions sobre els drets fonamentals que, amb unes matisacions o altres, s'ha obert pas en la jurisprudència més recent, encapçalada pel TEDH i pel Tribunal Constitucional Federal alemany. Els anomenats *límits dels límits* (en realitat, límits de les intervencions) són, segons el precepte,¹⁰¹ els quatre següents:¹⁰²

1) Contingut essencial. En primer lloc, les intervencions sobre el contingut dels drets fonamentals hauran de respectar-ne el contingut essencial. Aquesta norma, tot i que s'adreça inicialment al legislador comunitari, resulta aplicable, també *mutatis mutandis*, a les intervencions que provinguin d'altres subjectes. Si volem dotar d'un significat específic aquesta clàusula, entenent que afegeix alguna cosa a la vinculació general als drets fonamentals, el contingut essencial haurà de ser caracteritzat de manera absoluta, això és, considerant que, en relació amb aquest contingut, no hi és legítima cap intervenció.¹⁰³ Partint d'aquesta concepció, els drets

⁹⁷ Les Explicacions del Praesidium citen, per totes, l'STJCE de 13 d'abril de 2000 (C-292/97). A aquesta referència, s'hi podrien afegir, entre d'altres, les STJCE de 12 de juliol de 1989 (265/87), de 8 d'abril de 1992 (62/90) o de 30 de juliol de 1996 (C-84/95).

⁹⁸ Aquí és d'interès Pace, A., «¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pàg. 184. La doctrina s'ha afanyat a criticar la discrecionalitat judicial que s'obre amb aquesta regulació dels límits; per exemple, Beaumont, P. R., «Human Rights: Some Recent Developments and their Impact on Convergence and Divergence of Law in Europe», a Beaumont, P. R., Lyons, C. i Walker, N. (ed.), *op. cit.*, pàg. 154-155, o Weber, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pàg. 91.

⁹⁹ Per als conceptes generals que segueixen, vegeu, més àmpliament, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, pàg. 105 i seg.

¹⁰⁰ Quedarà per a una altra ocasió el problema de la translació del concepte d'intervenció als drets de prestació.

¹⁰¹ El que segueix és una certa reconstrucció personal (tenint en compte la *communis opinio* del dret constitucional comparat) dels límits, ja que segurament s'hagi de donar la raó a Peers quan sosté que la CDF no és una model de claredat: Peers, S., «Taking Rights Away? Limitations and Derogations», a Peers, S. i Ward, A. (ed.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Hart, Oxford, 2004, pàg. 141 i seg. En la línia de la nostra aportació, últimament, per tots, Kühling, J., «Fundamental Rights», *op. cit.*, pàg. 532 i seg., i la doctrina i la jurisprudència que s'hi esmenten.

¹⁰² En queda fora el tractament de l'abús de dret (art. 54 CDF), una institució concebuda més com una regla de determinació del contingut dels drets que com un límit dels drets mateixos.

¹⁰³ En sentit diferent, De Domingo Pérez, T. y Martínez-Pujalte, A. L., «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución europea», a Álvarez Conde, E. i Garrido Mayol, V. (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Revista catalana de dret públic, núm. 37, 2008

fonamentals admetrien una bipartició del contingut i s'hauria de diferenciar entre un contingut essencial, que mai no es podria veure afectat negativament, i un contingut no essencial,¹⁰⁴ sobre el qual, en principi, serien possibles les intervencions, tot respectant en qualsevol cas la resta dels *límits dels límits* de l'article 52.1. Òbviament, així el problema es desplaça a determinar el contingut dels drets, amb la dificultat òbvia d'haver de distingir quines facultats formen part del contingut essencial i quines del no essencial; prova d'aquesta dificultat és la menció relativament escassa a aquesta garantia en la jurisprudència constitucional més recent, fins i tot en països que la consagren expressament.¹⁰⁵

2) Fonament constitucional (límit en sentit estricte). Les intervencions s'han de justificar en "objectius d'interès general reconeguts per la Unió" o bé en els "drets i les llibertats dels altres". Es tracta d'una doble fórmula de compromís, encaminada a permetre el control de les intervencions, però sense restringir gaire el legislador comunitari. El compromís deriva del reconeixement dels termes encunyats, respectivament, per la jurisprudència del TJCE ("objectius d'interès general reconeguts per la Unió"), per a una situació lleugerament diferent (inexistència d'un catàleg de drets pròpiament dit), i també pel text internacional que s'adopta com a precedent (art. 29.2 DUDH: "drets i llibertats dels altres").

La doble referència als límits planteja dificultats serioses per tal d'entendre la posició jeràrquica de la mateixa CDF, ja que si vol ser la norma suprema del dret de la Unió, només aquí (o als tractats, que, com sabem, tenen el mateix rang que la CDF) haurien de trobar fonament les intervencions: els drets fonamentals són, per definició, vinculants per al legislador comunitari; per això, la jurisprudència constitucional accepta normalment, almenys a Espanya, que els límits dels drets fonamentals han de trobar un assentament, directe o indirecte, en la Constitució formal. És cert que, des d'aquest plantejament, es podria arribar a limitar en excés la llibertat del legislador comunitari (no sempre serà fàcil trobar l'assentament que es pretén), especialment si tenim en compte que, a diferència del CEDH i, parcialment, de les constitucions nacionals, la CDF no conté límits específics o directes dels drets que reconeix.¹⁰⁶ Ara bé, si de veritat volem prendre seriosament els DFC i la primacia dels tractats, cal optar per una interpretació *constitucionalment adequada* dels dos límits esmentats, en el sentit següent: en primer lloc, els "objectius d'interès general reconeguts per la Unió" han de trobar un assentament, directe o indirecte, als tractats;¹⁰⁷ en segon lloc, els "drets i les llibertats dels altres" s'han d'entendre, abans que res, com els drets fonamentals dels tractats¹⁰⁸ i de la CDF, sense que es descarti que els principis de la mateixa CDF puguin servir també com a límit.

València, 2004, pàg. 1577 i seg., tot i que es parteix d'una concepció sobre el contingut mateix dels drets fonamentals diferent de la que hem adoptat aquí.

¹⁰⁴ En realitat, en alguns drets de contingut i contingut essencial coincideixen, és a dir, en cap cas no poden ser objecte d'intervencions. Aquest podria ser el cas dels drets de dignitat (art. 1) i de prohibició de la tortura i de les penes o els tractes inhumans o degradants (art. 4); aquest darrer, significativament, no té límits específics en el CEDH (art. 3), amb el que es trenca la sistemàtica habitual d'aquest text.

¹⁰⁵ Sobre alguns dels motius, vegeu Pace A., *op. cit.*, pàg. 184. Des de fa temps, el TJCE ha esmentat, d'una manera més aviat tangencial i indirecta, aquesta clàusula sense pronunciar-se amb claredat a favor d'una de les seves concepcions: vegeu, per exemple, entre les més recents, les STJCE de 21 de febrer de 1991 (C-143/88 i C-92/89), de 5 d'octubre de 1994 (C-280/93), de 17 d'octubre de 1995 (C-44/94), de 28 d'abril de 1998 (C-200/96) o de 13 d'abril de 2000 (C-292/97). La tendència més clara connecta contingut essencial amb protecció eficaç del dret: per exemple, les STJCE de 14 de desembre de 1995 (C-312/93), de 15 de setembre de 1998 (c-231/96) i de 28 de novembre de 2000 (C-88/99).

¹⁰⁶ Amb l'excepció de l'article 17 (dret de propietat), que al·ludeix a una intervenció (l'expropiació) i al límit que pot justificar-la (la utilitat pública) i, en certa manera, de l'article 8.2.

¹⁰⁷ De fet, les Explicacions del Praesidium inclouen tres exemples en aquesta mateixa direcció, el primer de límit indirecte i els dos següents de límits directes: els articles 2, 30 i 39.3 TCE. Cal advertir, en qualsevol cas, que la justificació constitucional de les intervencions mitjançant objectius (límits indirectes, segons la construcció dogmàtica del dret constitucional nacional) haurà de ser especialment acurada, ja que d'una altra manera es corre el risc de reduir al no res la força normativa dels drets; sobretot, caldrà evitar tant com sigui possible el recurs a normes la finalitat de les quals estigui clarament allunyada del que podríem denominar el sistema dels drets i també, en general, el recurs a les normes de principi, amb la seva característica indeterminació que no permet obtenir resultats fiables a l'hora de resoldre aquest tipus de problemes.

¹⁰⁸ Les candidates més idònies seran, sens dubte, les llibertats comunitàries. Sembla que, de moment, s'ha conjurat el risc d'una minusvaloració de la CDF per aquesta via, en l'STJCE Omega, de 14 d'octubre de 2004 (C-36/02).

Des d'aquest plantejament, el CEDH no podria servir per justificar limitacions no previstes en la CDF. Així, l'article 53 tornaria a funcionar com una regla interpretativa especial que, com a tal, prevaldria sobre la general de l'article 52.1.

3) Reserva de llei. Segons l'apartat que comentem, "qualsevol limitació" als drets fonamentals "haurà de ser establerta per la llei". En intentar dotar de significat el terme *lleí*, els comentaristes de la CDF del 2000 van identificar l'expressió de l'article 52 CDF amb la llei material (normes generals), partint sobretot de l'argument de la inexistència de lleis formals en l'ordenació comunitària. Atesa la nova figura de l'acte legislatiu, l'argument es podria entendre en sentit contrari i considerar-se, d'acord amb les tradicions constitucionals comunes, que la reserva s'estableix a favor de l'acte "adoptat mitjançant un procediment legislatiu" (art. 289.3 TFUE).

Qualsevol interpretació de l'abast de l'esment problemàtic a la llei de l'article 52.1 s'ha de fer en coherència amb la comprensió de la reserva de llei en el conjunt del dret comunitari. En els tractats no hi ha una reserva explícita de llei a favor dels drets fonamentals, però sí una clàusula propera a la reserva general de llei, basada en l'article 290.1 TFUE ("elements no essencials de l'acte legislatiu"), que es podria i s'hauria d'utilitzar en aquest sentit, d'acord amb les tradicions constitucionals dels estats (art. 52.4) i amb la regla de l'estàndard màxim (art. 53). De forma complementària, diverses figures de drets contenen remissions al dret o a la llei, que també es poden entendre com a reserves específiques de llei.¹⁰⁹

Des de la interpretació més favorable als drets fonamentals, es pot considerar que el terme *limitació* al·ludeix tant a les intervencions com als límits en sentit estricte. Així, el poder reglamentari i l'acte administratiu comunitaris tindrien prohibides la intervenció o la justificació autònoma de les intervencions, que només serien possibles si hi hagués una norma prèvia de rang legal; recordem, a més, que, pel que fa als límits considerats estrictament, la llei ha de comptar, al seu torn, amb un assentament, directe o indirecte, en la mateixa CDF o en els tractats. No cal dir que les possibilitats de control de la vinculació als DFC que s'obren amb aquesta interpretació són amplíssimes.

4) Principi de proporcionalitat. El principi de proporcionalitat, acceptat avui, encara que amb alguns alts i baixos i imprecisions, per la jurisprudència constitucional dels estats,¹¹⁰ com a *límit dels límits* dels drets fonamentals, té un sentit diferent, tot i que amb uns elements comuns indubtables,¹¹¹ al que s'utilitza en relació amb la delimitació de competències entre la Unió i els estats (nou art. 5.4 TUE i Protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat). L'ús del principi que ens interessa aquí, i que no és desconegut per al TJCE¹¹²C-353/99, apareix també en els articles 49 CDF i 276 TFUE i s'ha de valorar com una aportació molt important de la CDF al progrés del dret constitucional formal.

Segons una doctrina consolidada, el principi de proporcionalitat, adreçat a controlar (i, si s'escau, a justificar) les intervencions sobre els drets fonamentals, es concreta, al seu torn, en tres exigències: a) adequació o idoneïtat (present en la fórmula "responguin efectivament"): la intervenció ha de resultar adequada o idònia per a la finalitat que es proposa, que no és altra que el contingut en la norma constitucional que el dota de cobertura, directa o indirecta; b) necessitat o indispensabilitat (recollit en les expressions "quan siguin necessàries" i "necessitat de protecció"): quan hi hagi dos o més mitjans, constitucionalment legítims, per aconseguir la finalitat que justifica la intervenció, s'haurà d'optar pel que menys danys provoqui als drets fonamentals; c)

¹⁰⁹ Deixant de banda les remissions a les lleis nacionals, que tenen un altre sentit, es poden esmentar els articles 3.2 a), 8.2, 16, 17.1, 27, 28, 30 o 34.

¹¹⁰ Cal tenir en compte, per exemple, que a Espanya la incorporació plena del principi és relativament recent (mitjan anys noranta).

¹¹¹ Vegeu, per exemple, Galetta, D. U., «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, esp. pàg. 83-97.

¹¹² Per exemple, entre les més recents, hi ha les STJCE de 17 d'octubre de 1995 (C-44/94), 15 de febrer de 1996 (C-63/93), 29 de febrer de 1996 (C-296 i 307/93), 30 de juliol de 1996 (C-84/95), 15 d'abril de 1997 (C-22/94), 5 de maig de 1998 (C-157/96), 17 de desembre de 1998 (C-186/96), 29 d'abril de 1999 (C-293/97), 26 d'octubre de 1999 (C-273/97), 11 de gener de 2000 (C-285/98) o 6 de desembre de 2001.

ponderació o proporcionalitat en sentit estricte: tenint en compte que, per definició, entren en col·lisió dues normes constitucionals (el dret i el seu límit) s'ha d'intentar, tant com sigui possible, que hi hagi una ponderació o un equilibri entre totes dues i cal procurar que els interessos subjacents respectius es respectin en allò essencial.

No cal dir que, finalment, els quatre criteris examinats per jutjar la constitucionalitat de les intervencions, com que moltes vegades estan tenyits de valoracions polítiques (pensem, per exemple, en la identificació dels límits dels drets en la CDF, o en la posada en pràctica dels judicis de necessitat i ponderació), s'han d'utilitzar amb cautela, especialment quan el que s'està qüestionant és l'actuació del legislador comunitari per part del TJUE; si no fos així, es podria posar en risc el principi democràtic, que també presideix la construcció institucional de la Unió (nous art. 2 i 10.1 TUE, entre d'altres). D'altra banda, els criteris al·ludits, com els mètodes d'interpretació de les normes en general, funcionen d'una manera acumulativa en l'argumentació jurídica; així, si una intervenció té un fonament feble en la CDF o en els tractats, si sembla que afecta el contingut essencial del dret i si s'ajusta discutiblement als tres elements del principi de proporcionalitat, podem esperar amb més seguretat que sigui declarada *inconstitucional* que no si la intervenció únicament hagués afectat el principi de ponderació.