

ESTUDIS

ELEMENTOS DE TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Guillermo Escobar Roca*

- I. Planteamiento
- II. El catálogo de los derechos
 - II.1. *¿Numerus apertus o numerus clausus?*
 - II.2. *¿Derechos y principios?*
 - II.3. *¿Derechos de configuración legal-estatal?*
- III. Los sujetos de los derechos
 - III.1. Titulares
 - III.2. Obligados
 - III.2.1. La Unión Europea
 - III.2.2. Los Estados miembros
 - III.2.3. *¿Obligados privados de los DFC?*
- IV. El contenido y la interpretación de los derechos.
 - IV.1. Sentido y límites de la interpretación de los derechos
 - IV.2. La interpretación sistemática
 - IV.3. La interpretación según el CEDH
 - IV.4. La interpretación según las tradiciones constitucionales comunes
 - IV.5. La regla interpretativa del estándar máximo
 - IV.6. La interpretación según las Explicaciones del Praesidium
- V. Las intervenciones y los límites de los derechos

* Guillermo Escobar Roca, director del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica y profesor titular de derecho constitucional, Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho. C/ Libreros 19. 28801 Alcalá de Henares, Madrid, guillermo.escobar@uah.es.
 Artículo recibido el 10.06.2008. Evaluación: 16.06.2008 y 7.07.2008. Fecha de aceptación de la versión final: 14.07.2008.

I. Planteamiento

La firma, el 13 de diciembre de 2007, del Tratado de Lisboa (cuya ratificación por España ha sido autorizada por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, desde ahora llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), da al traste, al parecer *sine die*, con la pretensión, nunca seria del todo¹, de *constitucionalizar* Europa. Sin embargo, según el nuevo artículo 6 TUE, «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo² [CDF], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». De esta forma se mantiene la principal pretensión del fallido Tratado constitucional en materia de derechos fundamentales: incorporarlos con plenitud al Derecho comunitario.

Si no hay una auténtica Constitución Europea tampoco podría hablarse, propiamente, de derechos fundamentales, como término unido a la idea misma de Constitución³, al menos hasta el momento⁴. Adoptemos, por ejemplo, el punto de vista de los ciudadanos, que paradójicamente a menudo se olvida. Los derechos que los europeos tienen siguen siendo, ante todo, los reconocidos

1. Aun cuando hubiera llegado a aprobarse una llamada Constitución europea, esta no sería una *auténtica* Constitución, a menos que otorgáramos a este término un sentido distinto al comúnmente utilizado hasta ahora: pese a ser una norma jurídica con un contenido político similar al propio de las Constituciones carecería de dos elementos esenciales de las mismas: la aprobación popular y, sobre todo, la supremacía incondicionada.

2. Esta versión, publicada en el DOCE de 14 de diciembre de 2007 y reproducida en el BOE de 31 de julio de 2008, es la misma que la contenida en el frustrado Tratado constitucional (distinta a su vez al texto de 2000), cambiando únicamente las referencias «a la Constitución» por las referencias «a los Tratados».

3. Por ejemplo, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005, p. 27 y ss. Excusenos el lector de incluir aquí, por razones de espacio, referencias a la (todavía escasa) Teoría española de los derechos fundamentales, cuyas aportaciones esenciales pueden sin embargo encontrarse en el anexo de la obra recién citada, al que remitimos *in totum*.

4. Bien es cierto que, por parte sobre todo de los constitucionalistas estudiosos del Derecho comunitario (que son ya legión), van apareciendo propuestas de redefinición de lo constitucional, que minimizan la centralidad de la supremacía (la aprobación popular parece que interesa menos, pero para nosotros es irrenunciable), noción esta construida pensando en un único ordenamiento y no en la situación actual de pluralidad de ordenamientos. Entre la amplia bibliografía, últimamente, por todos, Möllers, C., «Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation», en Von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2007, pp. 183 y ss.

en su Constitución nacional, y sólo en determinados ámbitos, seguramente poco representativos, los derechos de la CDF. Creemos sin embargo que, con las cautelas oportunas, puede utilizarse el término *derechos fundamentales* para referirse a los proclamados en la CDF (para marcar las diferencias, derechos fundamentales comunitarios o DFC). Siendo esto así, los grandes problemas de la teoría general de los derechos fundamentales (catálogo, sujetos, contenido e interpretación, intervenciones y límites)⁵ se proyectan también en el ámbito comunitario. A la hora de analizar esta cuestión vamos básicamente a seguir las previsiones de los Tratados y de la CDF al respecto, y ello con la pretensión de construir una teoría de los derechos *jurídicamente adecuada*. La mayor parte de estas previsiones provenían ya de la CDF de 2000, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) o habían sido propuestas, aunque de manera más bien fragmentaria⁶, por la doctrina.

II. El catálogo de los derechos

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

La primera cuestión a dilucidar en el análisis de los DFC es, obviamente, cuáles son estos, y en concreto, si sólo los de la CDF, si también otros incluidos en los Tratados o si incluso alguno más, llegado de fuentes externas al Derecho comunitario.

De entrada, hay que señalar que en la CDF y los Tratados no hay niveles variados de normatividad (todos los textos son parámetro de control de *constitucionalidad* por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, casi idéntico, por otra parte, en su estructura y funciones, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE) ni, como se verá, procedimientos especiales de

5. Quede ahora fuera, por razones de espacio, el tema de las garantías, de menor interés para la dogmática. Señalemos, sin embargo, que la doctrina siempre mostró su insatisfacción por la no previsión en el Derecho procesal comunitario de mecanismos especiales de protección de los DFC y por el mantenimiento de la línea restrictiva de la legitimación de los ciudadanos para acceder al TJCE. Vid. también las notas 37 a 40.

6. Lamentando el escaso desarrollo de una dogmática de los derechos fundamentales de Derecho comunitario y abogando por su necesidad, últimamente, Kühling, J., «Fundamental Rights», en Von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *op. cit.*, pp. 515 y ss.

garantía, por lo que, de entrada, todas las figuras jurídico-subjetivas contenidas en la CDF y en los Tratados pueden considerarse DFC.

La CDF contiene una doble cláusula de apertura del catálogo de los DFC, que permite conectar a estos con los derechos humanos⁷:

1) Según el nuevo artículo 6.3 TUE, «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CEDH] y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Nótese que el precepto implícitamente excluye el Derecho internacional general y no habla en realidad de DFC sino de principios generales del Derecho de la Unión. A primera vista, esta redacción implicaría una importante disminución de vinculación: no derechos sino principios; no *constitucionales* sino meramente de «Derecho de la Unión». Sin embargo, esta fórmula fue precisamente la utilizada por el TJCE para crear, de forma pretoriana, los DFC antes del Tratado de Lisboa⁸. Es por ello que puede afirmarse que el nuevo artículo 6.3 TUE está pensando en la entrada de auténticos DFC por la vía del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes⁹.

En realidad, comparando los catálogos del CEDH y de la CDF, no es mucho lo que de aquel falta en esta; más que de apertura por derechos nuevos podría hablarse de apertura por futuros Protocolos, por un lado, y de interpretación (extensiva) de los derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por otro; esto último es algo que exige otro precepto, el artículo 52.3 CDF, al que nos referiremos después. En cuanto a la apertura por remisión a las «tradiciones constitucionales comunes», también más adelante hablaremos de

7. Doble cláusula común en el Derecho constitucional comparado; por ejemplo, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pp. 35-36. La CDF se mueve en la línea de las tendencias más recientes, favorables a la evolución del catálogo de los derechos; así, por ejemplo, Díaz Crego, M., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, 2005, p. 164.

8. Al menos desde *Stauder* (29/69, de 12 de noviembre de 1969): «Los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales de Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia».

9. Así, refiriéndose a la anterior redacción, 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*, n.º 4, 2003, pp. 400-401.

los problemas que plantea la interpretación de esta expresión, los cuales hacen difícil que por esta vía penetren derechos nuevos¹⁰.

2) El artículo 1 CDF configura la dignidad humana como un DFC¹¹. De esta forma, como es habitual en la jurisprudencia comparada, se permite la apertura del catálogo a nuevas figuras¹², no expresamente contenidas en el mismo.

II.2. ¿Derechos y principios?

Un segundo problema del catálogo consiste en determinar si todas las figuras reconocidas en la CDF son, efectivamente, *derechos*. El artículo 52.5 CDF parece tener por finalidad establecer una suerte de menor vinculación de determinadas disposiciones de la CDF, y en concreto de todas aquellas que no reconocen derechos subjetivos fundamentales sino meros «principios». Con un documento político, como lo era la CDF antes del Tratado de Lisboa, no se planteaba el viejo problema de la efectividad jurídica del Estado social y de los riesgos que este conlleva para la concepción dominante (liberal) del Estado y de los derechos. Este problema aparece ahora en toda su magnitud con el Tratado de Lisboa, que otorga a la CDF eficacia directa, imponiendo por ello obligaciones jurídicas a la Unión y, en menor medida, como después veremos, a los Estados. Parece que la Convención redactora del Tratado constitucional (en adelante, la Convención) constató, en octubre de 2002, que la CDF fue demasiado lejos en la exigencia de obligaciones a los poderes públicos e intentó dar marcha atrás

10. De cualquier modo, tanto en este caso como en el anterior, seguramente haya que dar la razón a Maduro cuando afirma que los derechos que penetren por esta doble vía exigen al intérprete una cierta carga argumentativa, innecesaria para los derechos expresamente reconocidos; vid. Maduro, M. P., «The Double Constitutional Life of the European Charter of Fundamental Rights», en Hervey, T. y Kenner, J. (eds.), *Economic and Social Rights under the European Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart, Oxford, 2002, p. 281.

11. Pese a ello, por su fundamento y contenido, se asemeja más a un principio que a un derecho, tal y como sucede en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales nacionales. Vid., al respecto, Serna, P., «La dignidad humana en la Constitución Europea», en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 194 y ss., o Mathieu, B., «Article II-61», en Burgogues-Larsen, L., Levade, A. y Picod, F. (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, Bruylant, Bruselas, 2005, p. 41.

12. Para ello resulta especialmente útil acudir a la concreción de la dignidad en los ordenamientos que la configuran como un derecho específico, tal y como sucede sobre todo en Alemania. Por todos, Enders, C., *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Verlag J.C.B. Mohr, Leipzig, 1997, esp. pp. 101 y ss.

con este precepto¹³, aunque de forma ambigua, como si la rectificación o regresión se hiciera a medias, casi a hurtadillas, trasladando el problema al futuro intérprete de la CDF¹⁴.

La primera y principal dificultad interpretativa que plantea el precepto es determinar las disposiciones de la CDF que contienen principios, cuestión esta que el Tratado de Lisboa deja en la penumbra. La doctrina anterior avanzó ya algunas propuestas; sobre todo, dos¹⁵:

1) Los principios son los derechos sociales o, según otras versiones, los derechos de prestación. Esta posición debe descartarse de raíz, por cuanto equivaldría a disminuir extraordinariamente la naturaleza *iusfundamental* de una parte esencial de la CDF, contrariando además la interpretación literal de la misma, que con reiteración califica los derechos sociales o de prestación como derechos, lo que, en el uso consolidado del término, implica, ante todo, derechos subjetivos. Se sustenta en una *precomprensión* liberal de los derechos que en el Estado social y en la doctrina más avanzada puede considerarse superada¹⁶.

2) Los principios son los derechos que precisan desarrollo legislativo. Esta postura, similar en sustancia a la anterior, tampoco resulta admisible. Aunque el tema será tratado después, adelantemos ya que cuando el Tratado de Lisboa realiza remisiones, bien al Derecho de la Unión, bien a las leyes y prácticas nacionales, está indicando únicamente dos cosas: que determinados derechos inclu-

13. También las Explicaciones del Praesidium manifiestan esta preocupación: los principios «no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los principios, en particular en el ámbito del Derecho social».

14. De hecho, las Explicaciones del Praesidium no han convencido a los partidarios de la naturaleza *iusfundamental* de los derechos sociales, que siguen insistiendo en la necesidad de reconocer, al menos, un mínimo contenido prestacional exigible (por ejemplo, Burgorgue-Larsen, L., «Article II-112», en Burgorgue-Larsen, L., Levade, A. y Picod, F. (dirs.), *op. cit.*, pp. 683 y ss.): la polémica general sobre este punto permanece por tanto abierta tras el Tratado de Lisboa.

15. Apuntadas ambas, sin una opción clara en favor de ninguna de ellas, en Rodríguez Ruiz, B., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos», en Gómez Corona, E., Gutiérrez Vega, P. y Leñero Bohórquez, R. (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 191.

16. En efecto, nada hay en la estructura de los derechos sociales o de prestación que impida considerarlos *auténticos* derechos. Vid. Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

yen, como parte de su contenido, actuaciones positivas de los poderes públicos, y que hay un cierto margen de maniobra para la determinación de dicho contenido por parte del legislador comunitario y, en su caso, del legislador estatal. Por tanto, de esas remisiones no cabe derivar, en modo alguno, que los derechos correspondientes no sean auténticos derechos, esto es, derechos exigibles. Entenderlo así implicaría, como en la postura anterior, hacer prevalecer una concepción liberal de los derechos sobre la interpretación *constitucionalmente adecuada* del artículo 52.5 CDF.

En nuestra opinión, la determinación de cuáles son los principios de la CDF debe partir de tres *topoi* interpretativos propios de la Dogmática constitucional, los dos primeros útiles para la interpretación sistemática y el tercero, para la interpretación auténtica: en primer lugar, los principios son algo contrapuesto a los «derechos y libertades» (párrafo final del Preámbulo de la CDF) o a los «derechos» (art. 51.1 CDF y título del art. 52); en segundo lugar, según el artículo 51.1 los principios se observan y promueven (a diferencia de los derechos, que únicamente se respetan); por último, según el Informe final del Grupo II, antecedente inmediato del apartado que comentamos, los principios guardan relación «especialmente» (es decir, no en todos los casos) con la «legislación de carácter social», única concreción material que encontramos del grupo de disposiciones que cabe entender como principios.

A nuestro juicio, de los elementos que anteceden cabe deducir que los principios de la CDF sólo pueden ser aquellos que cumplen una doble condición: no recogen derechos¹⁷ (ya que estos se contraponen a los principios) e incluyen políticas activas con un cierto contenido social¹⁸, en el sentido amplio de la expresión. Esta doble condición sólo es predicable de los artículos 11.2 *in fine* (principio de pluralismo de los medios de comunicación), 22 (principio de diversidad cultural, religiosa y lingüística), 23, 2º párrafo (principio de discriminación positiva por razón de sexo), 33 (principio de protección de la familia), 35, 2ª frase (principio de protección de la salud), 37 (principio de protección del medio ambiente) y 38 (principio de protección de los consumidores).

17. Los preceptos que recogen derechos son los que mencionan literalmente el término *derecho* (o su equivalente *libertad*), y aquellos en los que este término puede deducirse con facilidad del sentido del texto.

18. En la CDF sólo encontramos un precepto que no incluye ni un derecho (autónomo) ni una política activa de los poderes públicos: el artículo 8.3.

A estos siete principios de la CDF se dirigen dos reglas, una positiva y otra negativa:

1) Los principios «podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión». Esta regla no añade nada relevante, pues podía deducirse fácilmente tanto del deber de vinculación de la Unión y los Estados a los derechos fundamentales (art. 51) como del contenido mismo de los principios, encaminados todos ellos, claramente, hacia políticas activas de los poderes públicos.

2) Los principios «sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos». Esta fórmula, que guarda aparente semejanza con la frase final del artículo 53.3 CE¹⁹, es el eje de todo el artículo 52.5 y viene a concretar el sentido de la categoría de los principios, en qué medida estos no son *auténticos* derechos. Por definición, los derechos fundamentales son directamente exigibles ante los tribunales. En contraste, los principios sólo serían exigibles²⁰ de forma indirecta, cuando se haya producido un acto ejecutivo o legislativo; es decir, a diferencia de los derechos, no pueden invocarse ante la ausencia total de actuación del poder público. Sin embargo, no cabe descartar del todo la exigibilidad de los principios cuando la legislación correspondiente prevea el acto administrativo presunto, en caso de silencio administrativo.

En el supuesto indicado, los principios no pueden exigirse, pero pueden ser invocados; si no pudieran ser invocados no serían normas jurídicas sino mera retórica. Por ejemplo, pueden ser utilizados para justificar intervenciones sobre los derechos fundamentales (por ejemplo, el pluralismo como límite de la libertad de expresión o la discriminación positiva como límite de la igualdad formal)

19. La doctrina española se ha apresurado a establecer equivalencias, sin advertir que entre ambos preceptos existe una diferencia esencial: desde la lectura «canónica» del artículo 53.3 (para una interpretación alternativa, Escobar Roca, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 71-76), los principios del Capítulo III del Título I CE exigen una ley previa *de desarrollo*; por el contrario, para la exigibilidad de los principios de la CDF basta un acto legislativo o ejecutivo que *afecte* al derecho en cuestión.

20. En realidad, el texto dice «alegables», y la traducción es correcta (compárese, si no, con otras versiones lingüísticas: *judicially cognisable*, *leur invocation n'est admise*, *essere invocate*, *herangezogen werden*), pero lo que el texto quiere decir es «exigibles»: todo puede ser alegable ante los tribunales.

o para interpretar extensivamente el contenido de los mismos (por ejemplo, la diversidad religiosa en relación con la libertad religiosa o la protección del medio ambiente en relación con el derecho a la protección de la salud). En estos últimos ejemplos los principios podrían ser exigidos a través de otros derechos fundamentales.

Es importante destacar, por último, que tanto en la exigencia como en la alegación de los principios el parámetro de control a considerar no es la ley en sentido formal (nótese la diferencia esencial con nuestro art. 53.3 CE) sino en sentido material (esto es, el bloque de la legalidad, presidido aquí por la CDF); entender lo contrario llevaría al absurdo de tener que contrastar la ley consigo misma.

II.3. ¿Derechos de configuración legal-estatal?

Los derechos son fundamentales si resultan vinculantes desde su mero reconocimiento en la Constitución (en nuestro caso, en la CDF), sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo (en nuestro caso, al Derecho comunitario o al Derecho de los Estados miembros): hablar de derechos fundamentales de configuración legal o estatal resulta una contradicción en sus propios términos²¹. El artículo 52.6 CDF incluye una fórmula preocupante a este respecto, que en realidad no añade nada nuevo a las menciones específicas que la propia CDF realiza a las leyes nacionales, en unos casos, o a las leyes y prácticas nacionales, en otros²². A la vista de la remisión que el propio precepto realiza («según lo especificado en la presente Carta») y del Informe final del Grupo II, antecedente inmediato del artículo 52.6, parece que este apartado incluye, más que una regla dirigida específicamente al intérprete, un recordatorio a todos los poderes públicos de la no afectación de la CDF al sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados, ya afirmada por el artículo 51, como después veremos.

Los preceptos que contienen las remisiones citadas en el artículo 52.6 son los siguientes: a las leyes nacionales, los artículos 9 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia), 10.2 (derecho de objeción de conciencia) y 14.3

21. Por ejemplo, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., p. 29.

22. Así, Cruz Villalón, P., *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, p. 125.

(libertad de creación de centros docentes); y a las leyes y prácticas nacionales, los artículos 16 (libertad de empresa), 27 (derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa), 28 (derecho de negociación y acción colectiva), 30 (derecho a protección en caso de despido injustificado), 34 (derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y servicios sociales), 35 (derecho a la protección de la salud) y 36 (derecho de acceso a los servicios de interés económico general). El grupo de estos diez derechos resulta heterogéneo, tanto por su estructura como por su contenido. El criterio de selección parece haber sido el de la mayor diversidad existente entre las regulaciones nacionales correspondientes. Además, todos estos derechos podrían tener un contenido diferente, según la orientación política en el poder (por ejemplo, por «familia» pueden entender algo distinto gobiernos conservadores o progresistas, o la intervención sobre la libertad de empresa será mayor con gobiernos socialdemócratas que con liberales), y la CDF pretende aquí respetar expresamente esa autonomía política de los Estados. Esta opción resulta especialmente significativa si tenemos en cuenta que sobre muchos de los derechos citados (en especial, la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores) la Unión dispone de títulos competenciales que podrían permitir cómodamente su intervención.

El sentido del artículo 52.6 es bien distinto al propio de los artículos 52.4 (remisión a las tradiciones constitucionales comunes) y 53 (remisión a las Constituciones nacionales). Como después se verá, estos dos últimos preceptos contienen reglas dirigidas a interpretar los DFC, sin admitir una diversidad de contenidos nacionales. El precepto que ahora comentamos, por el contrario, tiene por finalidad recordar que, en relación con diez figuras específicas, la Unión sólo limitadamente puede ejercer sus competencias, resultándole vedada una determinación completa de su contenido, el cual, de esta forma, exigiría una bipartición: un contenido constitucional, igual para toda la Unión (derecho fundamental comunitario), y un contenido adicional, distinto para cada Estado (derecho fundamental nacional)²³. De esta forma, es evidente que la naturaleza *comunitaria* de estas figuras queda notablemente desdibujada²⁴.

23. Resultaría contradictorio admitir un DFC cuyo contenido pudiera variar de un país a otro. La situación no es muy distinta a la producida cuando el TEDH toma en consideración el «margen de apreciación» de los Estados a la hora de determinar el contenido de un derecho.

24. En este sentido, García Manrique, R., «Los derechos de la Carta Europea de Derechos», *Derechos y Libertades*, n.º 11, 2002, pp. 381-382.

III. Los sujetos de los derechos

III.1. Titulares

No hay ninguna referencia en las disposiciones horizontales de la CDF a los titulares de los DFC, resultando aplicables al caso las consideraciones comunes, procedentes sobre todo de la jurisprudencia constitucional comparada²⁵, en torno a cuestiones tales como el comienzo y fin de la personalidad²⁶, los derechos de los menores y de otros colectivos o grupos desaventajados²⁷, las relaciones de sujeción especial y los derechos de las personas jurídicas²⁸.

Mención especial requiere el tema de la extranjería, cuestión hoy central de la titularidad de los derechos fundamentales. En un texto más cercano, por su contenido y posición jurídica, al Derecho internacional que a las Constituciones estatales, resulta lógico que la solución adoptada sea más respetuosa con el principio de universalidad²⁹, que llega incluso a reconocerse con carácter general: «Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones particulares» (art. 21.2). Así, los únicos derechos que se reconocen a los ciudadanos europeos, y por tanto no (expresamente) a los extranjeros, son los tres siguientes³⁰: derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 39.1) y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan (art. 40); libertad de circulación y residencia (art. 45), con la posibilidad, en este caso, de reconocimiento posterior del derecho «a los nacionales de terceros países que residan

25. Para una panorámica de la *communis opinio* al respecto, nuevamente, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pp. 67 y ss.

26. El artículo 3 CDF ofrece pautas novedosas en el Derecho constitucional comparado.

27. Artículos 22 a 26 CDF, si bien no siempre con la forma de derecho fundamental.

28. Reconocidos expresamente, estos derechos, en algunos preceptos (por ejemplo, arts. 42 a 44), lo que no impide que puedan admitirse también en otros.

29. Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pp. 67-68 y 71-72.

30. En muestra de la extensión del principio de universalidad, compárense, por ejemplo, los artículos 14 CE y 20 CDF, 35.1 CE y 29 CDF o 47 CE y 24.3 CDF. Algún autor (por ejemplo, Arnulf, A., «From Charter to Constitution and Beyond», *Public Law*, 2003, pp. 778-779) ha criticado que figuren en el catálogo derechos de titularidad no universal, pero esto es algo común en el Derecho constitucional comparado (e incluso, en cierta medida, en el propio Derecho internacional) y que no debería sorprender.

legalmente en el territorio de un Estado miembro»; y protección diplomática y consular (art. 46). Nótese la falta de coordinación existente entre la CDF y el nuevo artículo 20.2 TFUE, el cual señala, entre los derechos propios de los ciudadanos de la Unión, además de los recién citados, otros tres más: el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, el derecho de queja ante el Defensor del Pueblo Europeo y el derecho al uso de las lenguas de los Tratados ante las instituciones y órganos consultivos de la Unión. Como se aprecia con la mera lectura de las normas de reconocimiento de estos derechos en la CDF (respectivamente, arts. 44, 43 y 41.4), se trata de derechos de titularidad universal, si bien restringida a los residentes en el territorio de la Unión.

También en relación con la cuestión de la extranjería, queda la duda de si las remisiones a las leyes y prácticas nacionales permiten atribuir la titularidad de los derechos respectivos sólo a los ciudadanos comunitarios³¹. Si bien habrá de estarse a la letra y al contexto de cada precepto en particular, de entrada y con carácter general nos inclinamos por una respuesta negativa: la referencia habitual a «modalidades» y «condiciones» alude más bien al contenido de las prestaciones (casi siempre se trata de derechos de prestación) y no a la titularidad de los derechos, cuestión esta que, por su importancia, no debería quedar en manos de los Estados.

III.2. Obligados

III.2.1. La Unión Europea

El obligado natural por los DFC es la propia Unión Europea, vinculación que deja clara el artículo 51.1 CDF, primero con la fórmula «están dirigidas»³² y después con la trilogía «respetarán», «observarán» y «promoverán». De esta forma, las «instituciones, órganos y organismos de la Unión» son los primeros destinatarios de la CDF, y sólo a ellos los DFC se dirigen con toda su intensidad. Esta vinculación no es ninguna novedad y no cambia sustancialmente la situación

31. Parece claro que no resulta posible atribuir la titularidad de los DFC sólo a los nacionales. Para más detalles, Elvira Perales, A., «La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad», en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 105 y ss.

32. Más adecuado hubiera sido utilizar una expresión más fuerte, como «vinculan», utilizada, por ejemplo, por los arts. 1.3 LFB y 53.1 CE.

anterior: como ha sido relatado en muchas ocasiones, procede de una vieja jurisprudencia del TJCE, después incorporada al TUE³³. El Tratado de Lisboa aporta ahora, sobre todo, dos novedades: una mayor certeza, al fijar en un catálogo cuáles son los derechos que vinculan a la Unión, y un mayor grado de exigencia, al apostar por un listado que incluye bastantes figuras nuevas, muchas de ellas desconocidas por el CEDH y las propias Constituciones nacionales.

Dentro de la Unión, la vinculación se dirige, como decíamos, a todas las «instituciones, órganos y organismos de la Unión». No siempre hay una distinción clara en los Tratados entre las tres categorías; en todo caso, la diferenciación carece de relevancia para nuestro tema. A unas u otras pertenecen el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo, el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social y el Banco Europeo de Inversiones. La supresión por la Conferencia de 25 de junio de 2004 de la referencia del texto anterior a las agencias abre la duda de si las mismas (por ejemplo, la Agencia Europea de Defensa) se encuentran excluidas de la vinculación a los DFC. A nuestro juicio, desde una consideración amplia del término «órganos y organismos» y, sobre todo, desde la interpretación finalista del conjunto del precepto, no puede aceptarse esta exclusión. Por último, a la hora de resolver las dudas que se planteen sobre la más exacta determinación de los sujetos obligados puede acudir, *mutatis mutandis*, a la jurisprudencia del TJCE sobre el primer párrafo del artículo 230 TCE³⁴.

La estructura y contenido de cada DFC determina inicialmente la forma de vinculación de la Unión, cuestión apuntada (sin demasiado acierto, como veremos) por la trilogía «respetarán», «observarán» y «promoverán». En el catálogo de DFC encontramos los dos tipos básicos, reconocidos por la dogmática de los derechos³⁵: derechos de defensa (que protegen frente a la agresión externa y exigen ante todo la abstención de los poderes públicos) y derechos de prestación, en el amplio

33. Para una valoración sintética de toda esta evolución, Escobar Roca, G., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: análisis y comentarios», en Chamorro Mora, R. y Molina del Pozo, C. F. (coords.), *Derecho Comunitario Comparado*, Imprimatur, Managua, 2003, pp. 279 y ss. Para un análisis más amplio, vid., por todos, Pi i Llorens, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

34. La legitimación pasiva del recurso de anulación no ha resultado especialmente problemática. Entre la escasa jurisprudencia, vid. la STJCE de 23 de abril de 1986 (294/83).

35. Últimamente, por ejemplo, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

sentido del término (que imponen actuaciones positivas a los poderes públicos, de variado signo: prestaciones materiales, servicios públicos, creación de órganos y procedimientos). En el estadio actual de evolución de los derechos, muchas de las figuras tienen una estructura compleja y participan de las características de ambos tipos; así por ejemplo, hoy se considera que los derechos de defensa incluyen normalmente una faceta prestacional, necesaria para su mejor disfrute en condiciones de igualdad. Es importante resaltar que, con independencia de que se admita o no esta faceta prestacional de los derechos de defensa, el amplísimo reconocimiento en la CDF de los derechos de prestación impone necesariamente una forma concreta de vinculación de la Unión: sin actuaciones positivas de sus «instituciones, órganos y organismos», los derechos de este tipo perderían su sentido, convirtiendo la idea de vinculación en una fórmula vacía y en letra muerta casi la mitad del catálogo. Desde esta perspectiva, la trilogía mencionada por el precepto no resulta muy acertada: los términos «observarán» y «promoverán» reflejan con demasiada palidez la especial vinculación activa característica de buena parte de las figuras.

La precisión del modo de vinculación de la Unión corresponde a la dogmática propia de cada figura concreta de derecho fundamental. Sin embargo, debe llamarse la atención aquí sobre una forma de vinculación relativamente débil, pero no por ello menos relevante, que afecta a todos los poderes de la Unión, en relación con la totalidad del catálogo de derechos: en la línea de lo apuntado, antes de la CDF de 2000, por el TJCE en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión al CEDH, la comprensión de los derechos como «principio horizontal» u «objetivo transversal», destinado a inspirar la puesta en práctica de todas las políticas sectoriales y la interpretación de todo el Derecho comunitario; trasunto esto último de la regla, bien conocida en el Derecho constitucional comparado, de la interpretación de las normas de conformidad con los derechos fundamentales. En relación con el TJUE, esta idea debería alterar la tradicional concepción del TJCE de los derechos, marcada excesivamente por la perspectiva económica.

De otro lado, resulta claro que la intensidad de la vinculación no es idéntica para todos los poderes de la Unión: cada uno ocupa una posición institucional distinta, lo que no deja de incidir en esta materia. El Tratado de Lisboa mantiene la confusión de poderes característica del TCE, por lo que no resulta adecuado acudir aquí al clásico criterio de clasificación del Derecho constitucional estatal, procedente de Montesquieu (legislativo, ejecutivo y judicial), sino a otras formulaciones, como la de García Pelayo, que distinguen entre funciones

de decisión, de ejecución y gestión y de control³⁶. Correlativamente a su grado de discrecionalidad política, la vinculación a los derechos será más intensa en los órganos de control, intermedia en los órganos de ejecución y gestión y menos intensa en los órganos de decisión.

En cuanto al control de la vinculación, el Tratado de Lisboa guarda silencio sobre el modo de hacer efectiva la vinculación de la Unión a los DFC. La Unión Europea se fundamenta en el principio del Estado de Derecho (nuevo art. 2 TUE), por lo que la garantía de esta vinculación ha de ser, predominantemente o en última instancia, de tipo jurisdiccional³⁷. La ausencia de un procedimiento específico dirigido a asegurar la vinculación de la Unión a los derechos fundamentales³⁸ no es óbice para dicha vinculación, la cual puede lograrse, sobre todo, mediante los procedimientos de los nuevos artículos 263 y 265 TFUE (recursos de anulación y omisión), tal y como venía sucediendo con anterioridad al Tratado de Lisboa³⁹. Junto a ello, una concepción más generosa de la legitimación de los particulares, en estos y otros procesos, resulta casi exigida por la misma existencia de un catálogo de DFC⁴⁰.

III.2.2. Los Estados miembros

Los Estados miembros se encuentran vinculados, de forma menos intensa que la Unión («únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»), a los DFC. Esta menor intensidad deriva de dos consideraciones elementales: los Estados ya se encuentran vinculados a un catálogo similar de derechos por sus respecti-

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

37. Por ejemplo, Von Bogdandy, A., «Constitutional Principles», en Von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *op. cit.*, p. 17. Aunque, como hemos dicho, esta cuestión no será abordada aquí, no deja de resultarnos una débil plasmación del principio del Estado de Derecho la inexistencia en los Tratados de un procedimiento específico de tutela judicial de los DFC.

38. Procedimiento propuesto reiteradamente ya por la doctrina. En España, por ejemplo, Alonso García, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (dirs.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 170.

39. Desde luego, prácticamente todos los procedimientos ante el TJCE son válidos para proteger los derechos fundamentales. La escasa utilización hasta ahora del recurso por omisión debería subvertirse en un futuro próximo, dado el amplio reconocimiento de derechos de prestación, que por su naturaleza exigen actuaciones positivas de la Unión.

40. Vid., por ejemplo, Alonso García, R., *op. cit.*, pp. 168-170. Destacando las nuevas posibilidades de acceso abiertas por el Tratado constitucional, Díaz Crego, M., *op. cit.*, pp. 168 y ss.

vas Constituciones y exigir una vinculación mayor equivaldría tanto como a degradar, a escala legislativa, la parte material (antes llamada dogmática) de dichas Constituciones⁴¹, algo políticamente inaceptable en el momento actual de la integración europea.

A la hora de resolver las dudas que se planteen sobre la más exacta determinación de qué órganos concretos, dentro de cada Estado, están vinculados a los DFC, puede acudirse, *mutatis mutandis*, a la jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 226 TCE⁴².

La vinculación de los Estados a los DFC se produce en dos circunstancias:

1) En la aplicación del Derecho de la Unión. Como recuerdan las Explicaciones del Praesidium de la Convención Europea (en adelante, el Praesidium), la limitación de la vinculación estatal a los derechos fundamentales a los casos de aplicación del Derecho comunitario procede «inequívocamente» de la jurisprudencia del TJCE. Según esta, la vinculación estatal se producía en dos circunstancias: supuestos de aplicación, en sentido amplio (aplicación y desarrollo) del Derecho comunitario⁴³ y supuestos de no aplicación del Derecho comunitario gracias a excepciones previstas por el propio Derecho comunitario⁴⁴. Este segundo tipo de supuestos ha sido matizado por la propia jurisprudencia en diversas ocasiones⁴⁵ y un sector minoritario de la doctrina ha llegado a defender que quedan excluidos de control por el artículo 51 CDF⁴⁶. Esta in-

41. Esta ausencia de vinculación *general* del Estado a los DFC es un argumento más para afirmar que, estrictamente, los Tratados comunitarios no tienen valor constitucional, al menos desde el concepto predominante (tradicional, si se quiere) de Constitución.

42. La jurisprudencia es muy abundante. En síntesis, están legitimados pasivamente en este recurso de incumplimiento todos los órganos del Estado, con independencia del poder al que pertenezcan (legislativo, ejecutivo o judicial) y del tipo (territorial o institucional) y grado de autonomía que ostenten. De otro lado, para saber si una empresa es pública y, por tanto, objeto de control, se analizan, entre otros elementos, el nombramiento de los órganos directivos, la participación estatal en el capital o la posibilidad del Estado de definir los objetivos de la empresa.

43. Por ejemplo, SSTJCE de 13 de julio de 1989 (5/88), 24 de marzo de 1994 (2/92), 13 de abril de 2000 (292/97) y 12 de diciembre de 2002 (C-442/00).

44. Por ejemplo, SSTJCE de 28 de octubre de 1975 (36/75), 18 de junio de 1991 (C-260/89), 25 de noviembre de 1986 (201 y 202/85), 26 de junio de 1997 (C-368/95) y 11 de julio de 2002 (C-60/00).

45. Por ejemplo, SSTJCE de 11 de julio de 1985 (60 y 61/84) y 30 de septiembre de 1987 (12/86).

46. Tesis de, por ejemplo, De Búrca, G., expuesta y criticada por Biglino Campos, P., «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, 2003, pp. 54 y ss.

interpretación restrictiva del precepto no parece aceptable⁴⁷, por suponer un paso atrás en la vinculación de los Estados a los derechos fundamentales, algo que contraría la finalidad de la misma CDF⁴⁸.

Aceptada la vinculación de los Estados en los dos supuestos tradicionalmente admitidos por el TJCE, quedaría en pie el problema de determinar con exactitud en qué casos concretos resulta posible el control. En la búsqueda de un criterio unificador, la doctrina ha propuesto distintas soluciones: por ejemplo, que lo decisivo para el despliegue del control comunitario es la consideración del Estado como «agente comunitario» o la inclusión de los actos estatales «en el campo del Derecho comunitario», fórmula esta sin duda muy extensiva que permitiría incluso controlar las normas y los actos aprobados en virtud de un título competencial estatal que, en hipótesis, podrían ser desplazados por el Derecho de la Unión si este decidiera regular la materia correspondiente⁴⁹. Se adopte una u otra concepción, el margen de indeterminación de la fórmula «cuando apliquen el Derecho de la Unión» persistirá bastante tiempo, y habrá que esperar a la jurisprudencia del TJUE, inevitablemente casuística, sobre este precepto, para alcanzar criterios firmes.

La vinculación de los Estados a los DFC cuando apliquen el Derecho de la Unión puede ser controlada por los tribunales nacionales, que son, como es sobradamente conocido, los jueces ordinarios del Derecho comunitario en sus respectivos Estados⁵⁰. De esta forma, en el supuesto previsto en el artículo 51, los DFC se convertirían en el parámetro último de validez de la actuación de los poderes públicos nacionales, sustituyendo a la propia Constitución; algo no excesivamente novedoso, si se acepta la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, incluida la Constitución. En España, esta sustitución no ha sido aceptada hasta ahora por el Tribunal Constitucional (tampoco, por tanto, la primacía del Derecho comunitario sobre la CE), que ha preferido seguir el camino del artículo 10.2 y no el del artículo 93 para integrar en nuestro ordena-

47. En esta línea, vid. la STJCE *Carpenter*, de 11 de julio de 2002 (C-60/00).

48. Abunda en este argumento Alonso García, R., *op. cit.*, pp. 156-158.

49. Así, Rodríguez, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 264-268, con apoyo en Weiler.

50. Esta circunstancia puede dar lugar a inevitables disparidades entre la interpretación del TJUE y de los tribunales nacionales, que sólo parcialmente pueden ser resueltas por la jurisprudencia del primero. De ahí la fórmula del art. 53, que se analizará después.

miento las normas comunitarias relativas a los derechos fundamentales⁵¹. Está por ver si nuestro Alto Tribunal, desde siempre reacio a situar el TCE al nivel de la CE, va a aceptar fácilmente la solución impuesta con rotundidad por el Tratado de Lisboa.

El control por los tribunales nacionales de la vinculación de los poderes públicos nacionales a los DFC puede resultar problemático en supuestos puntuales, por dos tipos de motivos:

a) Formales. Si una ley que desarrolla el Derecho de la Unión (aplica dicho Derecho, en el amplio sentido dado a esta expresión por el TJCE) vulnera los DFC, cualquier tribunal nacional podría inaplicar dicha ley⁵². En España, esta circunstancia choca con el monopolio de control del legislador por parte del Tribunal Constitucional (art. 163 CE).

b) Materiales. Pueden darse casos de actos o normas emanados de los poderes públicos españoles, en aplicación del Derecho comunitario, que respeten los DFC y que a la vez vulneren derechos fundamentales de la CE, o viceversa. En estos casos la obligación del juez de aplicar los Tratados constitutivos choca con la posición de la CE como norma superior del ordenamiento jurídico español.

Ambos tipos de supuestos carecen actualmente de una solución jurídica clara y sólo pueden ser resueltos, bien políticamente, bien acudiendo a una teoría constitucional renovada que, con independencia de las previsiones del Derecho positivo (que, como decíamos, nada resuelven), tomara inevitablemente partido a favor de la aplicación de uno u otro orden *constitucional*. Considera-

51. SSTC 28/1991 y 64/1991, oportunamente criticadas por la doctrina: por ejemplo, Pérez Tremps, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 163 y ss., o López Castillo, A., *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996, pp. 491 y ss.

52. Al menos desde *Simmenthal* (STJCE de 9 de marzo de 1978, 106/77), es doctrina admitida que «el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional». Como recuerda la doctrina, con cita precisamente de *Simmenthal* y en relación con el tema que abordamos, se introduce así «una cierta dosis de justicia constitucional difusa en todos los Estados miembros» (Díez-Picazo, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 37).

mos, sin embargo, que esta problemática es más teórica que real y que este tipo de supuestos resultarán escasísimos en la práctica. En gran medida, unos y otros podrían además eludirse desde una interpretación coordinada de ambos catálogos de derechos, interpretación que resulta en todo caso exigida por los artículos 10.2 CE y 53 CDF.

2) En la aplicación del Derecho interno. El artículo 51 introduce una fórmula que, pese a su casi enigmática ambigüedad, puede ser entendida como un llamamiento a una mayor vinculación a los DFC por parte de los Estados miembros: estos deben garantizar aquellos «con arreglo a sus [...] competencias», lo que deja abierta la posibilidad (que reconocemos difícilmente compatible con las expresiones «únicamente» y «por consiguiente») de una cierta incidencia de los DFC fuera de la estricta aplicación del Derecho de la Unión. A nuestro juicio, dicha incidencia se desenvuelve, sobre todo, mediante la influencia de los DFC sobre los derechos fundamentales de las Constituciones nacionales, por obra básicamente de la jurisprudencia de los Estados. En España, puede realizarse sin subvertir las competencias estatales (algo que resultaría prohibido por el propio art. 51), con fundamento en artículo 10.2 CE. La Declaración 1/2004, del Tribunal Constitucional, basa precisamente su defensa de la constitucionalidad de los artículos II-111 y II-112 (actuales arts. 51 y 52 CDF) del frustrado Tratado constitucional en este precepto. Para el Tribunal Constitucional, resulta claro que, desde el punto de vista del ordenamiento español, la llamada Constitución europea, al igual que el TCE, es un tratado internacional que, entre otras muchas materias, regula derechos fundamentales⁵³. De ello se deduce el deber de los órganos estatales de tener en cuenta los DFC a la hora de determinar el contenido de los derechos fundamentales de la CE. Es previsible que esta regla penetre con facilidad en el razonamiento de los tribunales españoles, pues no cuestiona la superioridad jerárquica de la CE y, de hecho, la CDF, incluso cuando quedaba fuera del bloque normativo del artículo 10.2 CE, fue ya tenida en cuenta ocasionalmente por nuestro Tribunal Constitucional⁵⁴.

53. La interpretación jurisprudencial del bloque normativo aludido por el art. 10.2 CE ha sido extensiva. Vid., para más detalles, Sáiz Arnáiz, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 91 y ss.

54. SSTC 290/2000, 292/2000, 53/2002, 138/2005, 273/2005, 17/2006 y 41/2006. Vid. asimismo Arzoz Santisteban, X., «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, 2005, pp. 63 y ss., y Díaz Crego, M., *op. cit.*, pp. 149 y ss.

III.2.3. ¿Obligados privados de los DFC?

Nada se dice en las disposiciones horizontales de la CDF sobre la vinculación de los DFC a los particulares y de cuanto venimos señalando se desprende que no existe en este ámbito, estrictamente, vinculación alguna. Quizás sea este el lugar donde más claramente se ponen de manifiesto las intrínsecas limitaciones del Tratado de Lisboa y su falta de valor constitucional: no hay en él nada parecido, por ejemplo, al artículo 9.1 CE y el artículo 51.1, interpretado *a contrario sensu*, excluye otra vinculación que no sea la del poder público. Desde luego, si el Derecho de la Unión crea obligaciones de los particulares en materia de DFC⁵⁵, habrá vinculación⁵⁶, pero para ello habría antes que aceptar la tesis de la *Drittwirkung* mediata o indirecta, que no es la correcta en materia de derechos fundamentales⁵⁷.

IV. El contenido y la interpretación de los derechos

IV.1. Sentido y límites de las reglas sobre la interpretación

La determinación del contenido de los derechos sólo puede realizarse mediante la interpretación jurídica⁵⁸. La interpretación de un derecho fundamental (*rectius*, la interpretación de su norma de reconocimiento) es un proceso complejo que sólo puede desarrollarse en toda su extensión en los casos concretos. Incluso para la interpretación realizada al margen de los casos concretos la normatividad jurídica (que opera sobre todo para limitar un posible subjetivismo judicial) se revelaría insuficiente para guiar totalmente dicho proceso. De esta forma, el artículo 52 CDF, que es el precepto clave en la materia, no ofrece más que un mínimo, un fragmento si se quiere, de las normas a seguir por el intérprete. En todo lo demás, resultan aplicables las reglas generales de interpretación, consolidadas en la dogmática⁵⁹.

55. Vid., por ejemplo, las directivas en materia laboral, buena parte de las cuales desarrollan derechos de los trabajadores contenidos ahora en la CDF.

56. En materia penal y sancionadora, sin mucha posibilidad de aplicación efectiva, mientras no se produzca su incorporación al Derecho de los Estados.

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

58. *Ibidem*, pp. 85 y ss.

59. *Ibidem*, esp. pp. 87 y ss.

El artículo 52 ratifica y aumenta la anterior vinculación del TJCE (futuro TJUE), nunca aceptada del todo, a dos fuentes externas al Derecho comunitario: el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Puede decirse que desde este precepto la actividad del máximo órgano judicial de la Unión está sujeta a mayores limitaciones, y ello hasta el punto de poder afirmar que su libertad interpretativa es, en esta materia, menor que la propia del TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales, pues, al menos sobre el papel, ni estos ni aquel están sujetos a la jurisprudencia de ningún otro tribunal.

Los destinatarios de las reglas de interpretación del artículo 52 son, sobre todo, los jueces: el TJUE, en todo caso, y los tribunales nacionales, cuando apliquen el Derecho de la Unión. Los demás poderes públicos están vinculados también, indirectamente, a estas reglas, por cuanto su actividad es objeto de control judicial posterior.

IV.2. La interpretación sistemática

Según el artículo 52.2 CDF, «los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos». Pese a que la norma parece tener por destinatario principal a los titulares de los derechos («se ejercerán»), en realidad se trata de una regla de interpretación, dirigida por tanto preferentemente a los tribunales.

El apartado transcrito tiene por finalidad recordar una regla básica de interpretación sistemática, que se habría impuesto en todo caso, sin necesidad de ser mencionada de forma explícita. Téngase en cuenta, sin embargo, que las posibilidades de interpretación sistemática son muchas más que las aludidas en el precepto; piénsese, por ejemplo, en el posible uso argumentativo de muchos objetivos y competencias mencionados en los Tratados, respectivamente como límites de los derechos o como habilitaciones para regularlos. A lo que el artículo 52.2 se refiere más bien es a la relación de las normas de reconocimiento de derechos de la CDF con las normas sobre derechos (que «mencionan» derechos fundamentales, según reza literalmente el precepto) incluidas en los Tratados, no con otras normas que, indirectamente, puedan incidir sobre ellos⁶⁰.

60. Para la distinción entre normas de reconocimiento de derechos, normas sobre derechos y normas que inciden sobre derechos, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pp. 78 y ss.

Algunos derechos fundamentales de la CDF son mencionados, directa o indirectamente, en los Tratados. Asimismo, muchos de los preceptos de estos contienen normas sobre derechos fundamentales, relacionadas, en su mayoría, con derechos sociales de la CDF. Tales normas de los Tratados pueden ser clasificadas como sigue: normas reiterativas, que no añaden nada a lo señalado por su correlativo en la CDF; normas que regulan determinadas formas de ejercicio del derecho fundamental; y normas que imponen determinadas políticas a los poderes públicos de la Unión, destinadas, al menos en parte, a hacer efectivos derechos sociales de la CDF.

A la vista de todas estas normas sobre derechos de los Tratados se plantea la duda de si las mismas desplazan (tal y como podría quizás sugerir una lectura apresurada del art. 52.2) o no a las correlativas de la CDF y a las disposiciones generales del Título VII de la misma. A nuestro juicio, la respuesta en ambos casos ha de ser negativa, pues entender lo contrario convertiría en mera retórica bastantes preceptos de la CDF. Así, por ejemplo, es evidente que la enunciación de determinados elementos del contenido de un derecho en los Tratados no impide el reconocimiento de otros⁶¹, o que la referencia a límites en los Tratados no cierra, para los derechos mencionados, la entrada en juego del artículo 52.1, y por tanto la posibilidad de límites diferentes. Como decíamos en un comienzo, el apartado que ahora comentamos no es más que un mero recordatorio de la regla de la interpretación sistemática, a la que hubiera llegado igualmente el intérprete acudiendo a las prácticas habituales de la dogmática.

Otra cuestión relevante, que sólo podemos abordar aquí de forma tangencial, es la relativa a la posición de las normas que reconocen derechos no incluidos en el catálogo de la CDF. Un ejemplo sería el nuevo artículo 10.3 TUE, que reconoce un derecho general de participación política, curiosamente no previsto en el Título V de la CDF. Aquí el método interpretativo seguramente más acertado consistirá en determinar extensivamente el contenido de figuras de la CDF, para incluir en ellas los derechos de los Tratados. De no resultar esto posible, el régimen de estos *derechos dispersos* podría entenderse como sustancialmente equivalente al propio de los derechos de la CDF: en principio, las vías de protección son las mismas y pueden aplicarse por analogía las disposiciones generales de los artículos 51 a 54 CDF.

61. Entre otros motivos, porque el contenido de los derechos fundamentales ha de permanecer, en esencia, sustancialmente abierto. Vid. Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, op. cit., pp. 31 y ss.

IV.3. La interpretación según el CEDH

Una de las cuestiones centrales del debate en torno a los derechos fundamentales en Europa es la relación entre los sistemas de protección del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Teniendo en cuenta que todos los miembros de las Comunidades Europeas eran parte del CEDH y a la vista de la nutrida y prestigiosa jurisprudencia del TEDH, el TJCE tuvo desde antiguo en cuenta al CEDH a la hora de incorporar derechos fundamentales al Derecho comunitario, por la vía de los principios generales⁶². Sin embargo, el CEDH fue utilizado más bien como mera fuente de inspiración o de «indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario»⁶³ y no como norma estrictamente vinculante, situación que no cambió, en esencia, tras la entrada en vigor del artículo 6.2 TUE. Siendo esto así, el problema de divergencias interpretativas entre el TJCE y el TEDH estaba servido⁶⁴, y ello pese a los encomiables esfuerzos de la doctrina por evitarlo⁶⁵.

Con el Tratado de Lisboa, la situación es bien distinta (catálogo propio de derechos fundamentales) pero el problema a resolver (las divergencias interpretativas) permanece esencialmente idéntico. Mientras no se produzca la adhesión al CEDH, el artículo 52.3 CDF se enfrenta con firmeza al riesgo de las divergencias interpretativas, aun a costa de limitar la tradicional autonomía del Derecho comunitario.

Según las Explicaciones del Praesidium, frente a la letra del precepto, el bloque normativo a considerar no es sólo el CEDH, sino también sus Protocolos (con independencia, al parecer, de su ratificación o no por todos los Estados

62. Al menos, desde la STJCE de 28 de octubre de 1975 (36/75).

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

64. Como ejemplos de divergencia suelen citarse la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas y el derecho a no autoincriminarse en el campo del Derecho de la competencia. No obstante, no todos los autores sostienen que en estos casos se haya producido una divergencia real; vid. Alonso García, R., *op. cit.*, p. 159, con abundante bibliografía. De cualquier modo, debe destacarse que estos ejemplos de divergencia parecen cada vez menos frecuentes, ya que la más reciente jurisprudencia del TJCE tiende a interpretar los DFC tal y como los interpreta el TEDH. Desdramatizando ya la divergencia, Rodríguez Iglesias, G. C. y 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*, n.º 1, 1997, p. 346.

65. Por todos, Jimena Quesada, L., *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006.

miembros)⁶⁶ y la jurisprudencia relativa a estos textos, tanto del TEDH como del TJCE. La referencia a la jurisprudencia es acertada, pues en materia de derechos fundamentales más importante que el texto mismo es su interpretación, y las eventuales divergencias (aquellas que el precepto trata de combatir) procederán, normalmente, más de la segunda que del primero. La doble alusión, por su parte, a la jurisprudencia previa del TEDH y del TJCE resulta especialmente delicada, sobre todo en los supuestos de decisiones contradictorias entre ambos tribunales, ya que el Derecho comunitario no afirma la superioridad de ninguno de ellos. De la lógica del CEDH y del propio precepto se derivaría la primacía del TEDH, pero a la solución contraria podría asimismo llegarse atendiendo a la lógica del Tratado de Lisboa. A nuestro entender, también en este punto la tradicional autonomía del Derecho comunitario debería ceder, resultando deseable una autocontención del TJUE cuando el TEDH ha tomado ya partido claro.

Los derechos que son objeto de la regla interpretativa del artículo 52 son únicamente los que «corresponden a derechos garantizados» por el CEDH, en el sentido amplio que acabamos de atribuir a este término. Siguiendo el mandato del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), la CDF incluyó todos los derechos del CEDH y de sus Protocolos, pero también muchos otros. Consideramos que no resultaría difícil seleccionar qué derechos proceden del CEDH y cuáles no, pudiéndonos guiar, como instrumento auxiliar de la selección, por las Explicaciones del Praesidium, tanto al propio artículo 52 como a los artículos precedentes. De acuerdo con la interpretación del artículo 52.2 que hemos sostenido, la mención a un derecho en los Tratados no impide la aplicación de la regla interpretativa del artículo 52.3.

Una vez determinados el objeto y el parámetro de la interpretación, la operatividad de la regla que analizamos no estará exenta de problemas prácticos. El sentido principal de la misma es, a nuestro juicio, imponer al TJUE el acatamiento a la jurisprudencia del TEDH, salvo en los casos en que entre en juego la cláusula del estándar máximo del artículo 53, regla especial de interpretación que primaría sobre la general del artículo 52. En primer lugar, no siempre será fácil determinar en cada caso la idoneidad e intensidad de la vinculación a la jurisprudencia⁶⁷. Además, aun en caso de un estricto seguimiento del TJUE a la

66. Nótese la diferencia con el art. 53.

67. El problema es, evidentemente, general, y deriva, en esencia, de la consideración como norma *general* de textos cuyo origen es la solución de casos *concretos*.

jurisprudencia del TEDH, el peligro de divergencias interpretativas no desaparecería del todo, entre otros motivos porque el TEDH se reserva la competencia para controlar la aplicación por los Estados del Derecho comunitario, cuando dicha aplicación afecte al CEDH⁶⁸. Estas divergencias son inevitables, e incluso saludables para el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales⁶⁹. Manteniéndose cada Tribunal en el respeto mutuo, los conflictos serán siempre excepcionales y coyunturales⁷⁰, nunca estructurales ni definitivos.

IV.4. La interpretación según las tradiciones constitucionales comunes

Entre las fuentes tradicionalmente aceptadas por el TJCE, de los DFC figuraban las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», fuente que después el artículo 6.2 TUE reconocerá expresamente⁷¹. Esta perspectiva cambia sustancialmente a la vista del artículo 52.4 CDF, que no contiene una regla de incorporación de derechos sino una mera regla interpretativa, dirigida a la determinación del alcance de los derechos ya incorporados al catálogo de la CDF.

La primera cuestión a dilucidar en el análisis del artículo 52.4 es qué cabe entender por «tradiciones constitucionales comunes», lo que obliga a dotar de sentido a los tres términos que componen la fórmula, interpretados en su contexto:

1) El término *tradiciones* no remite a la Historia (como hace, por ejemplo, el párrafo tercero del Preámbulo de la propia CDF), lo que resultaría casi absur-

68. STEDH *Mathews*, de 18 de febrero de 1999. Vid., sobre este punto, Alonso García, R., *op. cit.*, pp. 161 y ss.

69. En este sentido, Conforti, B., «La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione Europea dei Diritti Umani», en Rossi, L. S., (ed.), *Carta dei Diritti Fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 17.

70. Por ello, no creemos necesario instaurar mecanismos de coordinación o consulta previa entre Tribunales, tal y como propuso el propio Consejo de Europa en su aportación de 19 de septiembre de 2000 al debate sobre la elaboración de la primera CDF (4475/00, contr. 326).

71. Por todos, Pi Llorens, M., *op. cit.*, pp. 69 y ss. Subraya esta autora la gran libertad del TJCE a la hora de utilizar las tradiciones constitucionales comunes como fuente de derechos; libertad que, como veremos, debería ahora limitarse.

do en el contexto del precepto⁷², sino a una continuidad, a una cierta permanencia de las normas. Para que exista tradición no basta, en definitiva, con constatar la presencia de una norma aislada, sino que es preciso comprobar que se da una *communis opinio* en torno a la misma. Con las matizaciones que seguidamente se harán, en principio lo relevante para apreciar la existencia de una tradición, en el sentido del precepto, no es tanto la forma de reconocimiento como el contenido tomado en consideración: cualquiera que implique una decisión material relevante para la interpretación de los derechos de la CDF.

2) Lo *constitucional* ha de entenderse en sentido amplio: no sólo lo que procede directamente de las Constituciones formales sino también, y sobre todo, de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales respectivos. Debe exigirse, en todo caso, una mínima vinculación con la Constitución formal, afirmación que fundamos en tres argumentos: en primer lugar, la remisión no se hace, como en otros preceptos de la CDF, a «la legislación y prácticas nacionales»; en segundo lugar, ha de salvarse la coherencia con la regla interpretativa del artículo 53, que remite sólo a las Constituciones de los Estados; por último, no debe alterarse más allá de lo necesario la lógica de la integración, lógica que impediría una excesiva entrada de fuentes externas al Derecho comunitario a la hora de determinar el contenido del mismo.

3) Lo *común* a los Estados miembros no puede ser concebido como lo común a *todos* los Estados miembros: sería muy improbable encontrar planteamientos unánimes en la Constitución o en la jurisprudencia constitucional de los Estados y, en caso de existir, seguramente dichos planteamientos habrían sido ya incorporados de forma expresa a los Tratados. De conformidad con la jurisprudencia previa del TJCE⁷³, aplicable aquí *mutatis mutandis*, y para no privar prácticamente de eficacia al artículo 52.4, bastaría, para considerar común a la norma en cuestión, con que perteneciera a las tradiciones constitucionales de un número significativo de países⁷⁴.

72. La interpretación histórica de los derechos es hoy un método raramente utilizado por la dogmática; en todo caso, nunca como único método de interpretación.

73. Vid. Pi Llorens, M., *op. cit.*, pp. 71-72.

74. Este es el planteamiento implícito en la STJCE Omega, de 14 de octubre de 2004 (C-36/02). No podemos coincidir con quienes parecen negar toda *communis opinio* europea en materia de derechos fundamentales (por ejemplo, Díez-Picazo, L. M., «¿Una Constitución sin declaración de derechos?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991, p. 151, donde se afirma que

Delimitado así el ámbito de las tradiciones constitucionales comunes, debe precisarse a qué derechos se refiere la regla de interpretación del artículo 52.4. Literalmente, el precepto no alude a todos los de la CDF, sino exclusivamente a los «resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros». Ahora bien, ¿cuáles son estos? El mandato del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), precedente directo de la CDF de 2000 e indirecto de la vigente CDF, encargó a la Convención incorporar al catálogo «los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el [CEDH] y en las tradiciones constitucionales comunes». Sin embargo, ambas fuentes coinciden en muchas figuras y, aunque en las Explicaciones del Praesidium algunas son relacionadas directamente con dichas tradiciones⁷⁵, es evidente que esta mención de las Explicaciones no es exhaustiva. Habrá que estar entonces al análisis de cada figura de derecho fundamental, teniendo a la vista la jurisprudencia precedente del TJCE, para comprobar si procede o no de esta fuente de derechos. Se llegue a una u otra conclusión, aunque no fuera con la fuerza de obligar característica del Tratado de Lisboa, no estaría de más acudir a las tradiciones constitucionales comunes a la hora de interpretar todos los derechos⁷⁶.

Por último, ¿cómo deben proceder los tribunales para incorporar las tradiciones constitucionales comunes a la interpretación de cada figura de derecho fundamental? Aunque la regla da gran libertad al intérprete (libertad manifestada con la fórmula «en armonía con», que contrasta con la empleada en el precedente art. 52.3), del precepto se derivan claramente algunas formas de proce-

«lo único que tienen en común los Estados miembros es una *concepción política de los derechos fundamentales*» –subrayado del autor–, concluyéndose en la carencia de «cauces y directrices efectivos externos al propio Tribunal»; vid. asimismo Rodríguez, A., *op. cit.*, pp. 315-316). Puntos en común hay, a nuestro juicio, muchos, como pone de manifiesto la lectura de buena parte de las monografías sobre derechos fundamentales editadas los últimos años en nuestro país. Por lo mismo, tampoco coincidimos con el riesgo de fragmentación anunciado, por ejemplo, por De Búrca, G., «The Language of Rights and European Integration», en Shaw, J. y More, G. (eds.), *New Legal Dynamics of EU*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 46.

75. Así, la objeción de conciencia (art. 10.2), el derecho a la educación (art. 14) y el derecho a la proporcionalidad de las penas (art. 49).

76. El método comparado de interpretación, cada vez más frecuente en la dogmática constitucional europea (en castellano, vid., por ejemplo, la contribución de Häberle, P., en López Pina, A. (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 271-273) y, no desconocido del todo por el TJCE (por ejemplo, Koopmans, T., «The Birth of European Law and the CrossRoads of Legal Traditions», *American Journal of Comparative Law*, n.º 39, 1991, p. 505), se encuentra claramente potenciado en la CDF (así, Díaz Crego M., *op. cit.*, pp. 164-166).

der: en primer lugar, la necesidad de tomar en consideración el Derecho comparado en el razonamiento⁷⁷, especialmente en los casos controvertidos y no resueltos por el Derecho comunitario ni por el TEDH⁷⁸; en segundo lugar, la obligación de optar por la solución de los tribunales nacionales, cuando del previo análisis del Derecho comparado pueda concluirse la presencia de una línea interpretativa más o menos consolidada en Europa. Todo ello exigiría, al menos, un considerable cambio de actitud del futuro TJUE en relación al TJCE, que sólo de forma muy escueta y excepcional ha hecho uso en su argumentación del Derecho constitucional de los Estados⁷⁹.

IV.5. La regla interpretativa del estándar máximo

La regla del estándar máximo del artículo 53 CDF presenta importantes diferencias con el modelo tradicional, ejemplificado en el artículo 53 CEDH. Estas diferencias derivan de la misma dicción del precepto, que incorpora algunas peculiaridades (referentes, en síntesis, al ámbito de la comparación), y, sobre todo, de la distinta posición jurídica del órgano llamado naturalmente a aplicarla. A continuación ensayaremos una propuesta de interpretación del precepto que le dote de contenido jurídico, aunque ello exija matizar determinados planteamientos, mayoritarios seguramente en la doctrina, acerca de la relación entre los

77. Esto implica una considerable carga de trabajo para los tribunales, especialmente si han de tenerse en cuenta tantas tradiciones constitucionales como Estados miembros. El TJCE y algún Tribunal Constitucional cuentan con un cuerpo de letrados destinado, total o parcialmente, a este cometido.

78. Como destaca Gautron, el recurso al CEDH releva al TJCE de adentrarse en la incierta búsqueda de tradiciones constitucionales comunes, en 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*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1997, pp. 160-161.

79. Detectamos aquí un cierto solipsismo del TJCE, más grave cuando es la conducta de un Estado lo que está en juego. Las justificaciones hasta ahora aducidas por la doctrina para evitar la cita del Derecho constitucional comparado, como el riesgo de caer en el diletantismo y las dificultades de construir un lenguaje común, no son hoy defendibles: lo primero se solventa con una adecuada plantilla de letrados de apoyo y lo segundo resulta superable sin demasiado esfuerzo. Entre los autores favorables, con distintos argumentos, a una mayor penetración del Derecho constitucional comparado en la jurisprudencia del TJCE pueden citarse Weiler, J., «Human Rights, Constitutionalism and Integration: Iconography and Fetichism», *International Law Forum du droit international*, n.º 3, 2001, p. 233; Brand, M., *op. cit.*, p. 400, o Maduro, M. P., *op. cit.*, p. 296.

ordenamientos nacional y comunitario⁸⁰. Como comprobaremos enseguida, la expresión más controvertida del artículo 53, clave para cualquier solución de las dificultades interpretativas que plantea, es la que reza «en su respectivo ámbito de aplicación». Para entenderla adecuadamente, convendrá analizar por separado las distintas posibilidades de aplicación de los DFC⁸¹.

La comparación debe realizarse entre el nivel de protección otorgado por la CDF, por un lado, y el otorgado por un heterogéneo conjunto de normas, por otro. Estas normas son:

1) El Derecho de la Unión. Esta primera referencia reitera lo ya dicho en la última frase del artículo 52.3, en relación con la interpretación de los derechos según el CEDH. Especialmente el Consejo de Ministros, el Parlamento Europeo y la Comisión pueden ejercer, casi siempre de forma coordinada, determinadas competencias de regulación que afectan, directa o indirectamente, a los derechos fundamentales. De esta regulación pueden derivarse estándares de protección distintos a los derivados de los Tratados; si son inferiores, serán inválidos y anulables *ex* artículos 260 a 262 TFUE; si son superiores, prevalecerán sobre los Tratados. Esta prevalencia no implica una superioridad jerárquica del Derecho ordinario de la Unión sobre los Tratados⁸², sino una mera regla de desplazamiento en la aplicación, en determinados casos. Tampoco cabe deducir de la prevalencia que el nivel *legal* de protección de un derecho se incorpore sin más al nivel *constitucional*: lo que el estándar superior excede al estándar inferior formaría parte, en principio, del contenido adicional del derecho⁸³. Por ejemplo, los supuestos de concesión del asilo que una norma comunitaria reconociera, más allá de lo que

80. Señala con razón Díaz Crego (en *op. cit.*, p. 163) que el artículo 53 «contradice los principios sobre los que el Derecho comunitario ha construido tradicionalmente sus relaciones con los ordenamientos nacionales». Posición esta, por cierto, bastante común en la doctrina foránea: por todos, Curtin, D. y Dekker, I., «The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity», en Beaumont, P. R., Lyons, C. y Walker, N. (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002, p. 76.

81. En la doctrina española, una propuesta de interpretación de esta expresión, dirigida a dotar de contenido jurídico al precepto, en la línea que defendemos, puede verse en Alonso García, R., *op. cit.*, p. 172, nota 94.

82. En realidad no se da aquí el presupuesto típico de aplicación del principio de jerarquía, la contradicción entre normas (así, De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 91); como veremos, no resulta contradictorio, necesariamente, que dos normas incluyan distintos estándares de protección de un mismo derecho.

83. Sobre esta categoría, vid., por ejemplo, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, esp. pp. 84-85.

cabe deducir de la Convención de Ginebra y del CEDH (esto es, del contenido constitucional del derecho fundamental comunitario de asilo), formarían parte del contenido adicional del derecho del artículo 18 CDF, quedando por tanto fuera, estrictamente, de la garantía característica de este precepto.

2) El Derecho internacional. Por tal cabe entender los tratados internacionales no incluidos en el grupo siguiente, esto es, los no ratificados por la Unión en cuanto tal o por la totalidad de los Estados miembros, así como las fuentes no convencionales del Derecho internacional, como la costumbre o los principios generales del Derecho⁸⁴.

3) Los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros⁸⁵, y en particular el CEDH. Esta última referencia al CEDH resulta superflua, por cuanto no añade nada a la primera frase del artículo 52.3 CDF: si existe un deber del intérprete de otorgar a los DFC, al menos, el mismo nivel de protección («su sentido y alcance serán iguales») que el CEDH, exigir la prevalencia de un hipotético estándar superior del CEDH resulta ya innecesario.

4) Las Constituciones de los Estados miembros. A diferencia de las formulaciones típicas del estándar máximo (arts. 5.2 PIDCP, 5.2 PIDESC, 32 CSE y 53 CEDH), la CDF no debe compararse con el ordenamiento de un Estado, considerado en su conjunto, sino con las Constituciones nacionales. La diferencia es significativa, y puede verse como un reconocimiento de la primacía de las Constituciones nacionales sobre las leyes de los Estados miembros, al menos cuando estos «apliquen el Derecho de la Unión» (art. 51.1). Es en este punto donde se manifiesta con mayor intensidad la quiebra de los principios clásicos del Derecho comunitario⁸⁶.

84. Tal y como advierte, entre otros, Higgins, R. («The ICJ, the ECJ and the integrity of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 52, 2003, pp. 1 y ss.), no será fácil aplicar estas fuentes a un contexto en principio ajeno al Derecho internacional.

85. Está por ver si el TJCE seguirá aplicando su doctrina anterior conforme a la cual las normas convencionales no pueden ser invocadas contra normas comunitarias: por ejemplo, SSTJCE de 9 de octubre de 2001 (C-377/98), 12 de marzo de 2002 (C-27/00), 10 de diciembre de 2002 (C-491/01) o 9 de enero de 2003 (C-76/00).

86. Vid. la nota 80. No faltan sin embargo autores que, minusvalorando la interpretación literal, niegan esta quiebra (por ejemplo, Lüsberg, 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*, n.º 4, 2001, pp. 39 y ss.): una forma sutil de negar la evidencia, a nuestro juicio.

La regla interpretativa del estándar máximo vincula, en primer lugar, al intérprete natural del Derecho comunitario, esto es, al TJUE. La posición de este órgano jurisdiccional es bien distinta a la propia del TEDH: el TJUE no es un tribunal de casación ni un órgano competente para resolver subsidiariamente las quejas de los ciudadanos contra los Estados; los procedimientos dirigidos contra estos cuentan con un cauce específico (art. 258 TFUE), que no deriva de un proceso previo en el Estado respectivo y no existe un derecho del afectado a exigir a su tribunal nacional que interponga una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE y STC 201/1996). De esta forma, la eficacia de la regla no puede ser de naturaleza procesal (como sucedía con el TEDH), sino material⁸⁷.

En esencia, los ámbitos de aplicación de la regla del artículo 53 CDF son dos:

1) El control de la vinculación de la Unión Europea a los DFC. Al resolver los recursos de anulación y de omisión, el TJUE puede, respectivamente, anular los actos contrarios a los DFC e imponer determinadas actuaciones a favor de los mismos. Si del Derecho de la Unión o de los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros se deduce, en el caso concreto, un estándar superior, dicho estándar prevalecerá sobre el propio de los Tratados. Ahora bien, la prevalencia puede quedarse en una prevalencia del caso concreto, que no implique necesariamente una alteración en la jurisprudencia previa sobre el DFC. El equilibrio es difícil, pues en ocasiones el Tribunal tendrá que garantizar el estándar superior (legal -comunitario o internacional) del derecho sin aceptar, con carácter general, esto es, *en el nivel constitucional europeo*, la configuración del derecho que el propio Tribunal adopta como presupuesto.

Examinando más despacio el problema, el TJUE contaría con una doble posibilidad:

a) configurar el DFC de forma similar al estándar superior del derecho (legal comunitario o internacional), interpretando extensivamente el precepto correspondiente de la CDF. Esta opción sólo resulta posible en casos excepcionales, so pena de incurrir, bien en falta de sistema, bien en mutación constitucional.

87. No es este el momento de abordar el tema de las dificultades de aplicación de la fórmula, bien conocidas por la doctrina. Vid. al respecto, por todos, Pi Llorens, M., *op. cit.*, pp. 73 y ss.

b) limitarse a garantizar en el caso concreto el estándar superior del DFC sin aceptar, con carácter general, esto es, en el nivel *constitucional* europeo, la configuración del derecho que el propio Tribunal adopta como presupuesto. Esta posibilidad se abre sin excesiva dificultad, ya que el TJUE no es juez sólo de los DFC sino del conjunto del Derecho de la Unión, esto es, también de los derechos de rango legal.

2) El control de la vinculación de los Estados a los DFC. Al resolver los recursos por incumplimiento⁸⁸, el TJUE puede anular actos de los Estados contrarios a los DFC, siempre que dichos actos se hayan producido en aplicación del Derecho de la Unión (art. 51.1 CDF). Por razones políticas, fácilmente comprensibles, es bastante improbable que la Comisión denuncie a un Estado por este motivo. Si la denuncia llegara no obstante a producirse, el TJUE podría encontrarse ante la obligación de aplicar el estándar de la Constitución nacional, cuando este fuera superior al estándar de los Tratados. En este supuesto, sin duda excepcional, las posibilidades abiertas al TJUE son las mismas que en el caso anterior, esto es, interpretar extensivamente los Tratados o limitar la solución a la justicia del caso concreto. La opción a favor de esta segunda posibilidad resulta, sin embargo, aquí más problemática: al margen del difícil equilibrio, ya comentado, que implica, puede dar lugar a importantes diferencias de trato según el Estado afectado, a la larga peligrosas para la consolidación de un sistema propiamente comunitario de derechos e incluso para la misma lógica de la integración. Téngase en cuenta que, si en el supuesto anterior (control de la vinculación de la Unión) la comparación tenía lugar entre el estándar de los Tratados y un estándar común a todos los Estados miembros, ahora la comparación se produce entre el estándar de los Tratados y el estándar de una Constitución nacional concreta.

Las peculiaridades de cada supuesto de hecho decidirán cuál de las dos opciones resulta más conveniente. Tampoco aquí resultan previsibles manifestaciones claras a favor de una u otra opción, por lo que seguramente se impondrán soluciones de compromiso, que eviten una toma de postura explícita sobre la relación entre Constituciones, tal y como ha sucedido en la previa jurisprudencia del TJCE⁸⁹.

88. Quede fuera el supuesto de la cuestión prejudicial, que plantea una problemática algo diferente.

89. Vid., como caso paradigmático, la STJCE de 4 de octubre de 1991 (150/90), en la cual no llega a apreciarse incompatibilidad entre el derecho a la vida de la Constitución irlandesa y la libre prestación de servicios del TCE, con el argumento de que no se vio afectada, en realidad, dicha libertad.

Por último, también los tribunales nacionales, dada su condición de jueces ordinarios del Derecho comunitario, deben controlar la vinculación de sus respectivos Estados a los DFC, en los supuestos de aplicación del Derecho de la Unión. En estos casos, lo normal será la interferencia, al menos, de los niveles comunitario, internacional y constitucional nacional: los convenios internacionales y la Constitución nacional vinculan, *en todo caso*, al Estado, aplique o no el Derecho de la Unión. Según el artículo 53, el juez nacional debe aplicar, en cada caso concreto, el estándar superior, que en hipótesis podría ser cualquiera de los tres. Lo normal será que no existan antinomias normativas⁹⁰ y que por tanto la prevalencia del estándar máximo se aplique sin dificultad, haciendo abstracción de la distinta posición jerárquica de los ordenamientos respectivos⁹¹; como hemos apuntado con anterioridad, el artículo 10.2 CE aporta un nuevo argumento jurídico a favor de la regla del estándar máximo.

No cabe descartar, sin embargo, que en supuestos excepcionales pueda darse una antinomia entre ordenamientos que no pueda salvarse mediante una interpretación flexible de las normas respectivas⁹². Centrémonos en el supuesto que aquí más interesa, el de contradicción entre los Tratados y la Constitución nacional. En España, la primacía de la CE sobre los tratados, proclamada por el Tribunal Constitucional, resulta trasladable a este caso, pues formalmente los Tratados comunitarios no son distintos al resto. Si un juez nacional considera que el nivel de protección de los Tratados no sólo es distinto al propio de la CE sino contradictorio con esta, debería plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra el precepto correspondiente de los Tratados. Es evidente que, por razones políticas, será extremadamente difícil tanto el planteamiento de una cuestión de esta naturaleza como un pronunciamiento estimatorio por parte de nuestra jurisdicción constitucional.

90. La antinomia no implica que dos normas tienen un significado diferente sino contradictorio (vid., al respecto, Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pp. 196 y ss.). Por ejemplo, no resultaría incompatible, en principio, que una norma incluyera, como contenido del derecho a la seguridad social, las prestaciones A y B y que otra norma añadiera a dicho contenido la prestación C. Sin embargo, resultaría incompatible derivar del derecho a la vida, en una norma la prohibición del aborto y en otra su permisión.

91. Vid., como caso paradigmático, la STJCE de 28 de octubre de 1999 (187/98), que ofrece una interpretación diferente a la realizada en Grecia del derecho fundamental a la no discriminación en razón de sexo, sin apreciar sin embargo contradicción entre la Constitución griega y el TCE.

92. Vid., como caso paradigmático, la STJCE de 11 de enero de 2000 (285/98), sobre el servicio militar de las mujeres en Alemania.

IV.6. La interpretación según las Explicaciones del Praesidium

La Conferencia de Representantes de los Gobiernos introdujo, a última hora y sin debate público, la alusión expresa del artículo 52.7 CDF a las Explicaciones del Praesidium, que ya aparecía en la versión del Preámbulo de la Parte II del Tratado constitucional aprobada por la Convención. Parece configurarse así una cierta obligación jurídica de interpretación originalista, inédita en el Derecho comparado. Consideramos, no obstante, que dada la fórmula empleada, no demasiado tajante («serán tenidas debidamente en cuenta»), la casi nula utilización del argumento en la jurisprudencia precedente del TJCE y la presencia simultánea de otros muchos criterios de interpretación, recogidos o no expresamente en el artículo 52, la libertad del intérprete no se verá seriamente afectada por el apartado 7. Lo antedicho se refuerza a la vista de la crítica doctrinal generalizada a la interpretación originalista⁹³ y del carácter muchas veces conservador (política y jurídicamente, por cuanto incluyen múltiples referencias al Derecho comunitario derivado, en bastantes ocasiones ya derogado) de las Explicaciones. Al final, creemos que las Explicaciones serán utilizadas en la práctica por los jueces, como uno más de los métodos propios (si acaso, como un método privilegiado) de la dogmática⁹⁴.

V. Las intervenciones y los límites de los derechos

En la regulación de los límites de los derechos fundamentales, la CDF renuncia a seguir la técnica característica del CEDH (enunciación de límites específicos de cada derecho), en favor de una técnica similar a la iniciada por el artículo 29.2 DUDH⁹⁵ que se encuentra hoy bastante consolidada, especialmente por

93. En relación con un ámbito cercano al nuestro, por ejemplo, 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, p. 537.

94. En este sentido, entre otros muchos, Burgorgue-Larsen, L., «Article II-112», *op. cit.*, pp. 681-683.

95. «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática». La comparación entre este precepto y el art. 52.1 CDF ejemplifica bastante bien la evolución (en términos de progresiva depuración de las categorías) de la dogmática en esta materia.

obra de la jurisprudencia⁹⁶, tanto de los Tribunales Constitucionales como del TEDH y, en cierto modo, del propio TJCE⁹⁷: permitir la limitación de los derechos fundamentales, siempre que quede sujeta a unos *límites de los límites*. Se trata de una decisión más coherente con la lógica de un diseño institucional pretendidamente autosuficiente (algo que no se da en el CEDH) y que permite una mayor flexibilidad (no hay un catálogo cerrado de límites) al intérprete⁹⁸ e, indirectamente, al legislador comunitario, de forma tal que la aparición de los DFC no impida el desarrollo natural del amplio número de políticas previstas en los Tratados.

Para la mejor comprensión del precepto, conviene distinguir entre dos categorías, no diferenciadas por lo general en los textos normativos (así, tampoco en el art. 52.1, que sólo utiliza el término «limitación»): intervención y límite en sentido estricto⁹⁹. La intervención, injerencia o afectación sobre un derecho es aquella acción realizada por un obligado del mismo (en nuestro caso, la Unión o los poderes públicos nacionales cuando aplican el Derecho de la Unión) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las facultades o inmunidades que integran su contenido. Las intervenciones han de encontrarse en todo caso justificadas en otros derechos, bienes u objetivos constitucionales; de lo contrario resultarían ilegítimas y vulneradoras del derecho en cuestión. Es precisamente esta justificación la que es calificada como límite en sentido estricto.

96. Con la excepción del art. 18 de la Constitución portuguesa, que contiene una regulación bastante completa, los textos constitucionales únicamente prevén, a lo sumo, parte de la regulación de los límites. Por ejemplo, en Alemania, donde esta construcción se encuentra dogmáticamente muy desarrollada, el art. 19 LFB sólo incluye la reserva de ley y el contenido esencial, y en similares términos se expresa el art. 53.1 CE. En contraste, la mayor parte de los textos constitucionales prevén la suspensión de derechos, algo no previsto en la CDF.

97. Las Explicaciones del Praesidium citan, por todas, la STJCE de 13 de abril de 2000 (C-292/97). A esta referencia podrían añadirse, entre otras, las SSTJCE de 12 de julio de 1989 (265/87), 8 de abril de 1992 (62/90) o 30 de julio de 1996 (C-84/95).

98. De interés, Pace, A., «¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001, p. 184. La doctrina se ha apresurado a criticar la discrecionalidad judicial que se abre con esta regulación de los límites; por ejemplo, Beaumont, P. R., «Human Rights: Some Recent Developments and their Impact on Convergence and Divergence of Law in Europe», en Beaumont, P. R., Lyons, C. y Walker, N. (eds.), *op. cit.*, pp. 154-155, o Weber, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 64, 2002, p. 91.

99. Para los conceptos generales que siguen, vid., más ampliamente, Escobar Roca, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

Literalmente, las reglas sobre los límites no se aplican a todas las figuras de derechos, sino sólo a los «derechos y libertades», extraña pareja, procedente seguramente del ya citado artículo 29.2 DUDH, de la que sólo encontramos otras dos referencias en la CDF (arts. 47 y 54). A nuestro juicio, no hay que dotar a esta fórmula de un significado delimitador preciso, pudiendo entenderse sin más que el precepto se refiere, sobre todo, a los derechos de defensa¹⁰⁰.

El artículo 52.1 viene a recoger la enumeración de los límites de las intervenciones sobre los derechos fundamentales que, con unas u otras matizaciones, se ha abierto paso en la jurisprudencia más reciente, encabezada por el TEDH y por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Los llamados *límites de los límites* (en realidad, límites de las intervenciones) son, según el precepto¹⁰¹, los cuatro siguientes¹⁰²:

1) Contenido esencial. En primer lugar, las intervenciones sobre el contenido de los derechos fundamentales habrán de respetar el contenido esencial de los mismos, norma que si bien se dirige inicialmente al legislador comunitario, resulta aplicable también, *mutatis mutandis*, a las intervenciones que provengan de otros sujetos. Si queremos dotar de algún significado específico a esta cláusula, entendiendo que añade algo a la vinculación general a los derechos fundamentales, el contenido esencial habrá de ser caracterizado de modo absoluto, esto es, considerando que en relación con él no resulta legítima intervención alguna¹⁰³. Partiendo de esta concepción, los derechos fundamentales admitirían una bipartición en su contenido, debiendo diferenciarse entre un

100. Quede para otra ocasión el problema de la traslación del concepto de intervención a los derechos de prestación.

101. Sigue una cierta reconstrucción personal (teniendo en cuenta la *communis opinio* del Derecho constitucional comparado) de los límites, pues seguramente haya de dar la razón a Peers cuando sostiene que la CDF no es un modelo de claridad: Peers, S., «Taking Rights Away? Limitations and Derogations», en Peers, S. y Ward, A. (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Hart, Oxford, 2004, pp. 141 y ss. En la línea de nuestra aportación, últimamente, por todos, Kühling, J., «Fundamental Rights», *op. cit.*, pp. 532 y ss., y la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

102. Quede fuera el tratamiento del abuso de derecho (art. 54 CDF), institución concebida más como una regla de determinación del contenido de los derechos que como un límite de los mismos.

103. En sentido diferente, De Domingo Pérez, T. y Martínez-Pujalte, A. L., «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución europea», en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1577 y ss., si bien partiendo de una concepción sobre el contenido mismo de los derechos fundamentales distinta a la que aquí hemos adoptado.

contenido esencial, que nunca podría verse negativamente afectado, y un contenido no esencial¹⁰⁴, sobre el que resultarían en principio posibles las intervenciones, respetando en todo caso el resto de los *límites de los límites* del artículo 52.1. Obviamente, el problema se desplaza así a la determinación del contenido de los derechos, con la obvia dificultad de tener que distinguir qué facultades forman parte del contenido esencial y cuáles del no esencial; prueba de esta dificultad es la relativamente escasa mención a esta garantía en la jurisprudencia constitucional más reciente, incluso en aquellos países que la consagran expresamente¹⁰⁵.

2) Fundamento constitucional (límite en sentido estricto). Las intervenciones han de justificarse, bien en «objetivos de interés general reconocidos por la Unión», bien en los «derechos y libertades de los demás». Se trata de una doble fórmula de compromiso, encaminada a permitir el control de las intervenciones, pero sin constreñir demasiado al legislador comunitario. El compromiso deriva del reconocimiento de los términos acuñados, respectivamente, por la jurisprudencia del TJCE («objetivos de interés general reconocidos por la Unión»), para una situación algo distinta (inexistencia de un catálogo de derechos propiamente dicho), y por el texto internacional que se adopta como precedente (art. 29.2 DUDH: «derechos y libertades de los demás»).

La doble referencia a los límites plantea serias dificultades para entender la posición jerárquica de la propia CDF, pues si esta quiere ser norma suprema del Derecho de la Unión, sólo en ella (o en los Tratados, que como sabemos tienen el mismo rango que la CDF) deberían encontrar fundamento las intervenciones: los derechos fundamentales son, por definición, vinculantes para el legislador comunitario; por ello, resulta normalmente aceptado por la jurisprudencia

104. En realidad, en algunos derechos, contenido y contenido esencial coinciden, es decir, en ningún caso pueden ser objeto de intervenciones. Este podría ser el caso de los derechos de dignidad (art. 1) y de prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4); este último, significativamente, carece de límites específicos en el CEDH (art. 3), rompiendo la sistemática habitual de este texto.

105. Sobre algunas razones, Pace, A., *op. cit.*, p. 184. Desde antiguo el TJCE ha hecho mención, más bien tangencial e indirecta, a esta cláusula, sin pronunciarse con claridad a favor de una u otra concepción de la misma: vid., por ejemplo, entre las más recientes, las SSTJCE de 21 de febrero de 1991 (C-143/88 y C-92/89), 5 de octubre de 1994 (C-280/93), 17 de octubre de 1995 (C-44/94), 28 de abril de 1998 (C-200/96) o 13 de abril de 2000 (C-292/97). La tendencia más clara viene a conectar contenido esencial con protección eficaz del derecho: por ejemplo, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995 (C-312/93), 15 de septiembre de 1998 (c-231/96) y 28 de noviembre de 2000 (C-88/99).

constitucional, al menos en España, que los límites de los derechos fundamentales deben encontrar asiento, directo o indirecto, en la Constitución formal. Bien es cierto que desde este planteamiento podría llegar a limitarse en exceso la libertad del legislador comunitario (no siempre será fácil encontrar el pretendido asiento), especialmente si tenemos en cuenta que, a diferencia del CEDH y, parcialmente, de las Constituciones nacionales, la CDF no contiene límites específicos o directos de los derechos que reconoce¹⁰⁶. Ahora bien, si queremos tomarnos realmente en serio los DFC y la primacía de los Tratados, debe optarse por una interpretación *constitucionalmente adecuada* de los dos límites citados, y ello en el sentido siguiente: en primer lugar, los «objetivos de interés general reconocidos por la Unión» han de encontrar asiento, directo o indirecto, en los Tratados¹⁰⁷; en segundo lugar, los «derechos y libertades de los demás» deben entenderse, ante todo, como los derechos fundamentales de los Tratados¹⁰⁸ y de la CDF, sin descartarse que los llamados principios de la propia CDF puedan servir también como límite.

Desde este planteamiento, el CEDH no podría servir para justificar limitaciones no previstas en la CDF. De esta forma, el artículo 53 operaría nuevamente como una regla interpretativa especial que, como tal, primaría sobre la general del artículo 52.1.

3) Reserva de ley. Según el apartado que comentamos, «cualquier limitación» a los derechos fundamentales «deberá ser establecida por la ley». Al intentar dotar de significado al término «ley», los comentaristas de la CDF de 2000 identificaron la expresión del artículo 52 CDF con la ley material (normas ge-

106. Con la excepción del art. 17 (derecho de propiedad), que alude a una intervención (la expropiación) y al límite que puede justificarla (la utilidad pública) y, en cierto modo, del art. 8.2.

107. De hecho, las Explicaciones del Praesidium incluyen tres ejemplos en esta dirección, el primero de límite indirecto y los dos siguientes de límites directos: los arts. 2, 30 y 39.3 TCE. Hay que advertir, en todo caso, que la justificación constitucional de las intervenciones mediante objetivos (límites indirectos, según la construcción dogmática del Derecho constitucional nacional) habrá de ser especialmente cuidadosa, pues de otro modo se corre el riesgo de reducir a la nada la fuerza normativa de los derechos; sobre todo, deberá evitarse en lo posible el recurso tanto a aquellas normas cuya finalidad está claramente alejada de lo que podríamos denominar el sistema de los derechos como, en general, a las normas de principio, cuya característica indeterminación no permite obtener resultados fiables en la resolución de este tipo de problemas.

108. Los candidatos más idóneos van a ser sin duda las libertades comunitarias. El riesgo de una minusvaloración de la CDF por esta vía aparece de momento conjurado en la STJCE Omega, de 14 de octubre de 2004 (C-36/02).

nerales), partiendo sobre todo del argumento de la inexistencia de leyes formales en el ordenamiento comunitario. A la vista de la nueva figura del acto legislativo, el argumento podría entenderse en sentido contrario, considerándose así, de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes, que la reserva se establece a favor del acto «adoptado mediante procedimiento legislativo» (art. 289.3 TFUE).

Cualquier interpretación del alcance de la problemática mención a la ley del artículo 52.1 debe realizarse en coherencia con la comprensión de la reserva de ley en el conjunto del Derecho comunitario. No hay en los Tratados una reserva explícita de ley a favor de los derechos fundamentales, pero sí una cláusula cercana a la reserva general de ley, fundada en el artículo 290.1 TFUE («elementos no esenciales del acto legislativo»), que podría y debería ser utilizada en ese sentido, de conformidad con las tradiciones constitucionales de los Estados (art. 52.4) y con la regla del estándar máximo (art. 53). De forma complementaria, varias figuras de derechos contienen remisiones al Derecho o a la ley, que también pueden ser entendidas como reservas específicas de ley¹⁰⁹.

Desde la interpretación más favorable a los derechos fundamentales, puede entenderse que el término *limitación* alude tanto a las intervenciones como a los límites en sentido estricto. De esta forma, el poder reglamentario y el acto administrativo comunitarios tendrían prohibida la intervención o la justificación autónoma de las intervenciones, que sólo resultarían posibles mediando una previa norma de rango legal; recordemos además que, en lo relativo a los límites estrictamente considerados, la ley debe contar a su vez con asiento, directo o indirecto, en la propia CDF o en los Tratados. Ni que decir tiene que las posibilidades de control de la vinculación a los DFC que con esta interpretación se abren son amplísimas.

4) Principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, aceptado hoy, todavía con algunos altibajos e imprecisiones, por la jurisprudencia constitucional de los Estados¹¹⁰, como *límite de los límites* de los derechos fundamentales, tiene un sentido distinto, aunque con indudables elementos comu-

109. Dejando de lado las remisiones a las leyes nacionales, que tienen otro sentido, pueden citarse los artículos 3.2 a), 8.2, 16, 17.1, 27, 28, 30 o 34.

110. Téngase en cuenta, por ejemplo, que en España la plena incorporación del principio es relativamente reciente (mediados de los noventa).

nes¹¹¹, al utilizado en relación con la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados (nuevo art. 5.4 TUE y Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad). El uso del principio que aquí interesa, no desconocido por el propio TJCE¹¹², aparece también en los artículos 49 CDF y 276 TFUE y debe ser valorado como una aportación muy importante de la CDF al progreso del Derecho constitucional formal.

Según una doctrina consolidada, el principio de proporcionalidad, dirigido a controlar (y, en su caso, justificar) las intervenciones sobre los derechos fundamentales, se concreta a su vez en tres exigencias: a) adecuación o idoneidad (presente en la fórmula «respondan efectivamente»): la intervención debe resultar adecuada o idónea para el fin que se propone, que no es otro que el contenido en la norma constitucional que le dota de cobertura, directa o indirecta; b) necesidad o indispensabilidad (recogido en las expresiones «cuando sean necesarias» y «necesidad de protección»): cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el medio que menos daño cause a los derechos fundamentales; c) ponderación o proporcionalidad en sentido estricto: habida cuenta de que, por definición, entran en colisión dos normas constitucionales (el derecho y su límite) debe intentarse, en la medida de lo posible, una ponderación o equilibrio entre ambas, procurándose que los respectivos intereses subyacentes se respeten en lo esencial.

Ni que decir tiene, por último, que los cuatro criterios examinados para juzgar la constitucionalidad de las intervenciones, al estar muchas veces teñidos de valoraciones políticas (piénsese, por ejemplo, en la identificación de los límites de los derechos en la CDF, o en la puesta en práctica de los juicios de necesidad y ponderación), deben ser utilizados con cautela, especialmente cuando lo que se está cuestionando es la actuación del legislador comunitario por el TJUE; de otro modo, podría ponerse en riesgo el principio democrático, que también preside la construcción institucional de la Unión (nuevos arts. 2 y 10.1 TUE, entre otros).

111. Vid., por ejemplo, Galetta, D. U., «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, esp. pp. 83-97.

112. Por ejemplo, entre las más recientes, SSTJCE de 17 de octubre de 1995 (C-44/94), 15 de febrero de 1996 (C-63/93), 29 de febrero de 1996 (C-296 y 307/93), 30 de julio de 1996 (C-84/95), 15 de abril de 1997 (C-22/94), 5 de mayo de 1998 (C-157/96), 17 de diciembre de 1998 (C-186/96), 29 de abril de 1999 (C-293/97), 26 de octubre de 1999 (C-273/97), 11 de enero de 2000 (C-285/98) o 6 de diciembre de 2001 (C-353/99).

Por otra parte, los aludidos criterios, como los métodos de interpretación de las normas en general, operan en la argumentación jurídica de modo acumulativo; de esta forma, si una intervención tiene un débil fundamento en la CDF o en los Tratados, parece afectar al contenido esencial del derecho y resulta discutiblemente ajustada a los tres elementos del principio de proporcionalidad, podemos esperar con más seguridad su declaración de *inconstitucional* que si únicamente la intervención hubiera afectado al principio de ponderación.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 37, ISSN 1885-5709, 2008

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

342.7(4)

Guillermo Escobar Roca, director del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica y profesor titular de derecho constitucional, Universidad de Alcalá

es Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea

p. 373-416

Desde los años setenta, y especialmente desde el Tratado de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (y, detrás de él, la Dogmática jurídica) había venido construyendo un esbozo, parcial y fragmentario, de Teoría comunitaria de los derechos fundamentales. El Tratado de Lisboa otorga valor jurídico (al nivel de los Tratados constitutivos) al catálogo contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en su versión de 2007) y obliga por tanto a completar dicho esbozo con las aportaciones de este texto, que cobra desde ahora importancia capital para el intérprete. El trabajo pone de manifiesto que los llamados derechos fundamentales comunitarios no son derechos fundamentales en el sentido que a este término viene otorgando la Dogmática constitucional, especialmente, debido a que no poseen validez incondicionada para los Es-

tados. Sin embargo, la mayor parte de los elementos de dicha Dogmática resultan aplicables a los derechos fundamentales comunitarios, y son muchas las innovaciones y enseñanzas que del estudio de los mismos pueden extraerse para el desarrollo del Derecho comunitario e, indirectamente, del propio Derecho constitucional de los Estados. Entre los rasgos destacables de esta nueva *Teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea* cabe citar, por ejemplo, la apertura internacional del catálogo de los derechos, la consideración de los derechos sociales de prestación como auténticos derechos, la ampliación del círculo de titulares, el peso otorgado a la interpretación comparada o la consolidación de la regla del estándar máximo, todo ello en línea con las concepciones más recientes y avanzadas de la Dogmática comparada de los derechos fundamentales.

Palabras clave: derechos fundamentales; derechos humanos; derecho constitucional comparado; derecho comunitario; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; constituciones nacionales; Convenio Europeo de Derechos Humanos.

RESUM**Revista catalana de dret públic**, 37, ISSN 1885-5709, 2008

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

342.7(4)

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

es Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea

ca Elements de teoria dels drets fonamentals de la Unió Europea

p. 373-416

Des dels anys setanta, i especialment des del Tractat de la Unió Europea, el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (i, darrere, la dogmàtica jurídica) havia estat construint un esbós, parcial i fragmentari, de teoria comunitària dels drets fonamentals. El Tractat de Lisboa atorga valor jurídic (al mateix nivell que els tractats constitutius) al catàleg contingut en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (en la seva versió del 2007) i obliga, per tant, a completar aquell esbós amb les aportacions d'aquest text, que a partir d'ara assoleix una importància capital per a l'interpret. El treball posa de manifest que els anomenats drets fonamentals comunitaris no són drets fonamentals en el sentit que la dogmàtica constitucional ha atorgat a aquest terme, especialment, perquè no tenen una va-

lidesa incondicionada per als estats. Tanmateix, la major part dels elements d'aquesta dogmàtica són aplicables als drets fonamentals comunitaris i, del seu estudi, se'n poden extreure moltes innovacions i ensenyaments per tal de desenvolupar el dret comunitari i, indirectament, el mateix dret constitucional dels estats. Entre els trets destacables d'aquesta nova teoria dels drets fonamentals de la Unió Europea es pot citar, per exemple, l'obertura internacional del catàleg dels drets, la consideració dels drets socials de prestació com a drets autèntics, l'ampliació del cercle de titulars, el pes atorgat a la interpretació comparada o la consolidació de la regla de l'estàndard màxim, tot això en línia amb les concepcions més recents i avançades de la dogmàtica comparada dels drets fonamentals.

Paraules clau: drets fonamentals; drets humans; dret constitucional comparat; dret comunitari; Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees; constitucions nacionals; Conveni Europeu de Drets Humans.

ABSTRACT**Revista catalana de dret públic**, 37, ISSN 1885-5709, 2008

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

342.7(4)

Guillermo Escobar Roca, Director of the Regional Program of Support for the People's Advocates in the Iberian Peninsula and Latin America and tenured professor of Constitutional Law, University of Alcalá

es Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea

en Theoretical Aspects of Fundamental Rights in the European Union

p. 373-416

From the sixties onward, and especially after the Treaty of the European Union, the Court of Justice of the European Communities (and behind it, legal dogmatics) had been constructing a partial and fragmentary outline of a European Community Theory on Fundamental Rights. The Treaty of Lisbon granted legal standing (at the same level as the founding treaties) to the catalog contained in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (in its 2007 version) and, consequently, made it mandatory to complete this outline with the contributions of this text, which now assumed major importance for the exegete. This paper makes it clear that the so-called fundamental Community rights are not fundamental rights in the sense ascribed to the term by constitutional dogmatics, especially because they do not possess unconditioned validity for the

states. Nevertheless, most of the elements of this dogmatics turn out to be applicable to fundamental Community rights, and many innovations and teachings for the development of European Community Law and, indirectly, for the development of state constitutional law itself, can be derived from the study of these elements. Among traits to be highlighted from this new *Theory of Fundamental Rights in the European Union* we could mention, for example, the international broadening of the catalogue of rights, the consideration of social rights of assistance as authentic rights, the broadening of the circle of stakeholders, the weight accorded to comparative interpretation or the consolidation of the rule of the maximum standard, all of that in line with the most recent and most advanced concepts of comparative dogmatics of fundamental rights.

Key words: fundamental rights; human rights; comparative constitutional law; European Community law; Court of Justice of the European Communities; national constitutions; European Convention on Human Rights.