

LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (1)

ALBRECHT WEBER

A Francisco Rubio Llorente, con motivo de su jubilación

SUMARIO: I. LA SIGNIFICACIÓN DE LA CDF PARA LOS ÓRGANOS DE LA UNIÓN: 1. *Relevancia inmediata.* 2. *Efectos indirectos.*—II. CARACTERIZACIÓN Y VALORACIÓN COMPARADA: 1. *La Carta como modelo de recepción plural.* 2. *Un modelo mixto.* 3. *Implicaciones económico-constitucionales.*—III. EL ÁMBITO PERSONAL DE VIGENCIA DE LA CARTA: 1. *¿Derechos humanos versus derechos fundamentales de la Unión?* 2. *Libertades básicas y derechos fundamentales: ¿fortalecimiento o riesgo de colisión?*—IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE VIGENCIA.—V. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UNA UNIÓN MULTINIVEL.—VI. LA CDF COMO MODELO DE LA UNIÓN CONSTITUCIONAL MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. *La «Unión de derechos fundamentales» como resultado de los procesos de recepción.* 2. *La CDF como manifestación de la «Unión constitucional».*—VII. LA CONVENCION COMO MODELO PARA UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE: 1. *Ampliación de la base de legitimación.* 2. *Legitimación dual y doble tratado constitucional.*

Tras la aprobación y solemne proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) el 7 de diciembre de 2000 con ocasión de la reunión del Consejo Europeo en Niza, se plantean diversos interrogantes en relación con su interpretación y su eficacia jurídica, antes incluso de su eventual incorporación posterior a los Tratados existentes o a un documento constitucional separado. La historia de las declaraciones internacionales de de-

(1) Este artículo tiene su origen en una Conferencia pronunciada el 22 de junio de 2000 en el Instituto Universitario Ortega y Gasset en el marco de unas Jornadas sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El autor desea agradecer a José Luis Rodríguez Álvarez su excelente traducción.

rechos (como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y de los documentos nacionales relativos a los derechos humanos (como el *Bill of Rights* de Virginia de 1776 o la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) ilustra, por sí sola, la enorme relevancia que las declaraciones programáticas han tenido, tanto para la posterior constitucionalización de la soberanía estatal como en cuanto precursoras de tratados internacionales sobre la materia. Y, aparte de lo que estos precedentes históricos nos muestran, la CDF puede desplegar, al igual que sucede con los tratados internacionales firmados pero no ratificados, ciertos efectos anticipados que actualmente sólo son perceptibles a grandes rasgos.

En las páginas siguientes me ocuparé, en primer lugar, de la significación inmediata de la Carta para los órganos de la Unión que interpretan y aplican los derechos fundamentales (I); a continuación, procederé a la caracterización y valoración de la Carta en el plano del derecho comparado (II), para pasar luego a examinar el ámbito personal (III) y el ámbito objetivo (IV) de vigencia, así como la problemática de los límites (V). Las reflexiones finales están dedicadas a la posición de la Carta en una «Unión constitucional de derechos fundamentales» (VI) y a la Convención como modelo para un futuro proceso constituyente (VII).

I. LA SIGNIFICACIÓN DE LA CDF PARA LOS ÓRGANOS DE LA UNIÓN

1. *Relevancia inmediata*

La CDF no fue, en realidad, aprobada por el Consejo Europeo sino por los tres Órganos constitucionales europeos. Los Presidentes del Parlamento, de la Comisión y del Consejo de Ministros actuaron en nombre de las Instituciones a las que representan y no del Consejo Europeo, el cual únicamente se congratuló en las conclusiones de la Presidencia de la proclamación conjunta por las otras tres Instituciones y dejó constancia de que, de conformidad con las conclusiones del Consejo de Colonia, la cuestión de la obligatoriedad de la Carta sería abordada más adelante (2). Al mismo tiempo, en el marco de la Conferencia Intergubernamental, el Consejo Europeo se comprometió por medio de una Declaración a promover un debate sobre el futuro de la Unión Europea, incluyendo como uno de los elementos de reflexión el estatus de la Carta (3).

(2) *Cfr.* Consejo Europeo de Niza, Conclusiones de la Presidencia, ap. 2.

(3) *Cfr.* Declaración relativa al futuro de la Unión, incluida en el Acta Final de la Conferencia, DOCE 2001 C-80/85.

Unos días más tarde la CDF fue publicada en la Serie C del Diario Oficial de la Comunidad Europea, así pues, como texto sin eficacia jurídica directa (4).

El contenido y alcance de la Carta fue, como es conocido, cuestión controvertida dado que la Presidencia francesa propugnaba un instrumento extenso pero jurídicamente no vinculante o con una vinculatoriedad limitada, mientras que otros participantes, sobre todo por parte de la representación alemana, deseaban un texto menos problemático con vistas a su futura obligatoriedad jurídica. A resultas de ello, la aprobación de la Carta lleva consigo el dilema inmanente de ser directriz para la política de los derechos fundamentales e indicador de los valores fundamentales comunes y, al mismo tiempo, proporcionar una base normativa fiable y coherente para el supuesto de que posteriormente alcance eficacia vinculante.

Aquí no será posible tratar en profundidad ni con detalle los posibles efectos directos o reflejos del documento solemnemente proclamado (5). Pero lo primero que cabe señalar es que, incluso si a la Declaración no se le atribuye ninguna eficacia jurídica directa (6), la Carta va a adquirir una importante función como documento político-constitucional en el discurso político, y ello no sólo desde la perspectiva de los órganos sino también desde la de los ciudadanos. Es cierto que en este punto las esperanzas y las decepciones generadas por la Carta se equilibran y también lo es que su potencial conflictividad en el plano constitucional sólo se desarrollará plenamente cuando se produzca su incorporación a los Tratados existentes o a un «Tratado fundamental». Con todo, algunos efectos directos son ya perceptibles actualmente.

La Comisión ha manifestado en una Declaración de 11 de octubre de 2000 que la Carta va a proporcionar una clara directriz para la interpretación de los derechos fundamentales por parte del TJCE que hasta el presente había de utilizar fuentes de inspiración dispersas y en ocasiones inciertas (7). A partir de ahora, el recurso a los convenios internacionales sobre derechos humanos y a las tradiciones jurídicas nacionales podrá ser reemplazado por la remisión a las correspondientes normas de la Carta (8). En esta línea, B. de Witte en una re-

(4) DOCE 2000 C-364/I.

(5) Al respecto vid. BRUNO DE WITTE: «The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?», *Maastricht Journal of European Law*, 2001.

(6) No se trata tampoco de un Acuerdo interorgánico, *cfr.* SCHWEITZER y HUMMER: *Europa-recht*, 5.^a ed., págs. 939 y sigs.

(7) *Cfr.* Comunicación COM (2000) 644, de 11 de octubre de 2000, pág. 5.

(8) Las primeras menciones de la Carta se han producido ya: en un procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia (*Mannesmannröhren-Werke AG / Comisión*) R. T-112/98 de 20 de febrero de 2001; en las Conclusiones del Abogado General Tizzano en Rs. C-173/99 de 8 de febrero de 2001 (*BECTU*), así como en las del Abogado General Jacobs en Rs C-377/98 de 14 de

ciente aportación (9) distingue certeramente tres posibles efectos básicos: en primer lugar, la Carta puede congelar en cierto modo el actual derecho jurisprudencial (*v. gr.* el derecho a una buena administración, art. 41); en segundo término, la Carta puede mover a los Tribunales europeos a ampliar el ámbito de aplicación de determinados principios generales ya existentes o a crear otros nuevos; y, finalmente, la Carta puede generar también efectos limitadores en aquellos supuestos en los que, como expondremos más adelante al tratar este aspecto, prevé un ámbito de aplicación más reducido.

En distinto grado, dependiendo de los factores citados y de los diversos niveles sobre los que se proyecta, la Carta puede tener ya hoy en día efectos perjudiciales. Sin embargo, la afirmación de la Comisión antes mencionada de que la Carta, dado que forma parte de los principios generales de la Comunidad resultará vinculante a través de la interpretación del TJCE, parece que va demasiado lejos. En algunos ámbitos normativos (*v. gr.* en el caso de los derechos sociales o de los principios fundamentales) la Carta es tan innovadora como lo es en determinadas declaraciones de detalle sobre las modernas técnicas de reproducción o, incluso, en la consagración expresa de derechos específicos como la libertad de empresa o la libertad de negociación colectiva. De ahí que la declaración de la Comisión sólo puede considerarse correcta en cuanto se refiera a los derechos de creación judicial y a las normas paralelas del CEDH.

2. Efectos indirectos

Como ha señalado C. Engel (10), la Carta va a generar también cambios en los mecanismos de decisión política. Se manifestará, por ejemplo, en las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros ya que, a pesar del contrario tenor del art. 51.2 CDF, según nos enseñan todas las experiencias históricamente habidas con los documentos constitucionales nacionales, si el TJCE ejerce el *judicial activism* (en este caso a favor de los ciudadanos) a la hora de interpretar los derechos fundamentales, la Carta producirá efectos armonizadores. Si, al mismo tiempo, va a provocar una ampliación tácita de las competencias de la Unión es cuestión abierta, sobre todo teniendo en cuenta que los derechos fundamentales también pueden operar aquí como «normas negativas de

junio de 2001 (*Holanda / Parlamento y Consejo*) y en R C- 270/99 P de 22 de marzo de 2001 (*Z/Parlamento*).

(9) *Op. cit.* (nota 5).

(10) CHRISTOPH ENGEL: «The European Charter of Fundamental Rights. A Changed Political Opportunities Structure and its Dogmatic Consequences», Max-Planck-Projektgruppe *Recht der Gemeinschaftsgüter*, Bonn, 2001/2002.

competencia» (Ehmke) en beneficio de los ciudadanos. Por otra parte y de manera similar a lo que sucede en los procesos internos de elaboración de normas, los Estados miembros van a utilizar figuras argumentativas procedentes del campo de los derechos fundamentales, tanto en sus relaciones entre sí como en los procesos negociadores en Bruselas, un fenómeno que también se proyectará sobre las relaciones de los órganos de la Unión entre sí.

Entre los efectos indirectos hay que contabilizar también el incremento del contenido iusfundamental del art. 6.2 TU puesto que, aunque la CDF no ha sido incorporada a este precepto como una fuente más de referencia —tal y como había propuesto el Parlamento—, ello no impide que los órganos comunitarios invoquen la Carta a título de fuente complementaria para evocar los valores constitucionales comunes.

Por último, la Carta ofrece una base más precisa para substantivar el mecanismo de sanción del art. 7 TU —que acaba de ser procedimentalmente afinado en Niza— (11), puesto que para que el Consejo pueda adoptar una resolución de apercibimiento o una sancionatoria es necesario constatar, respectivamente, la presencia de un riesgo claro de violación grave (art. 7.1) o la existencia de una violación grave y persistente (art. 7.2) de «principios». Este mecanismo de sanción continúa siendo criticable en cuanto que la lesión de los principios enunciados en el art. 6.2 TU sólo puede ser controlada procedimentalmente pero no materialmente por el TJCE (art. 7 en conexión con el art. 46 TU). Con lo cual resulta que, en caso de discrepancia, precisamente el núcleo de la tantas veces juramentada comunidad de valores queda en manos de una decisión política de la constelación mayoritaria en el Consejo, por mas que deba contar con el consentimiento del Parlamento. Todo ello pone de manifiesto que la Unión Europea, en cuanto comunidad constitucional, permanece claramente a la zaga de los modelos intrafederales de resolución de conflictos a través de una jurisdicción constitucional.

II. CARACTERIZACIÓN Y VALORACIÓN COMPARADA

1. *La Carta como modelo de recepción plural*

Desde el punto de vista comparado, la Carta configura un moderno modelo de recepción por cuanto acoge normas procedentes de las codificaciones inter-

(11) Sobre el particular *cf.* F. SCHORKOPF: «Der Frühwarnmechanismus bei Verletzung der EU-Verfassungsgrundsätze», en GRILLER/HUMMER: *Die EU nach Nizza. Europäischer Rat und Regierungskonferenz nach 2000: Ergebnisse und Perspektiven* (en prensa).

nacionales de derechos, incorpora la jurisprudencia sobre derechos fundamentales elaborada por los Tribunales Europeos y tiene en cuenta tanto las regulaciones nacionales como la práctica desarrollada en estos ordenamientos. Conforme a la teoría de la evolución gradual del contenido semántico de los textos formulada por Häberle, es posible realizar comparaciones entre los textos y mostrar los nexos existentes, sobre todo con el CEDH y con el derecho de creación judicial el cual, a su vez, se nutre tanto de fuentes europeas como nacionales. En definitiva, la Carta refleja el proceso universal de recepción textual y pretoriana que con frecuencia se observa en el ámbito de los derechos y que queda claramente de manifiesto en una reciente investigación sobre la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales en Europa y en los Estados Unidos de América (12).

2. *Un modelo mixto*

Atendiendo al encargo del Consejo que había dispuesto que la Carta debería acoger no sólo derechos de libertad sino también derechos sociales, la Convención ha elegido un modelo combinado de regulación que, por primera vez en una carta internacional, intenta equilibrar la tensión entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Frente a las numerosas posibilidades de opción que ofrecían los modelos existentes (la jurisprudencia del TJCE, el CEDH, los Pactos internacionales, la Carta Social Europea, la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores y los documentos constitucionales nacionales), la CDF realiza una propuesta autónoma, plenamente lograda en su estructura básica. A pesar de que en relación con la ubicación y la heterogeneidad de los derechos sociales incluidos bajo el rutilante título de «Solidaridad» están justificadas algunas críticas (13), este modelo mixto —al que también cabría llamar «modelo conciliador»— se presenta enteramente cargado de futuro.

Es sabido que la distinción usual entre los derechos clásicos de libertad y los derechos económicos, sociales y culturales ha sido realizada en los Pactos internacionales y que la doctrina —sobre todo la alemana— se ha ocupado frecuentemente de subrayar los principales argumentos en contra de la incorporación de derechos sociales. Sin embargo, frente a esta visión restrictiva, el intento de conciliar no sólo libertad e igualdad sino también fraternidad —o, dicho en términos modernos, «solidaridad»— es algo habitual en las constitu-

(12) Cfr. A. WEBER: *Fundamental Rights in Europe and North America*, Kluwer, 2001.

(13) Cfr. mi aportación en *FAZ* del 26 de agosto de 2000; vid., también GRABENWARTER: *DVBl.* 2000, págs. 9 y sigs.

ciones más recientes como es el caso de España, Portugal y Grecia o el de las nuevas constituciones del este de Europa y, en general, diferenciando su normatividad, si bien no siempre de manera convincente por lo que hace a su sistemática.

En todo caso, la mayoría de los derechos sociales tematizados en el derecho comparado han sido recogidos en el capítulo IV («Solidaridad») de la Carta y, por regla general, no aparecen enunciados como derechos de pretensión o de participación sino como mandatos al legislador. Este capítulo contiene, no obstante, una pluralidad de disposiciones heterogéneas que van desde derechos fundamentales de carácter reaccional (p. ej., el derecho de negociación y de acción colectiva del art. 28) hasta la determinación de fines sociales y las cláusulas transversales (protección de la salud, del medio ambiente, de los consumidores —arts. 35 a 38—), pasando por derechos laborales (arts. 27 a 33) y garantías institucionales (p. ej., seguridad social —art. 34—). A pesar de la indiscutible plurifuncionalidad de los derechos sociales, con sus dimensiones reaccional, objetiva, prestacional y de participación, parece que la Convención ha ido aquí algo más allá de lo plausible, habida cuenta de que en este punto se producen duplicidades con las competencias transversales contenidas en el TCE. Es cierto que de ello se puede derivar un fortalecimiento de la necesidad de atender a las cláusulas transversales y a los objetivos comunitarios como límites inmanentes de los derechos fundamentales, pero también lo es que tal necesidad existiría aún en el caso de que estas disposiciones no hubieran sido incorporadas.

En respuesta a la propuesta de Alston y Weiler (14) sobre una política activa de la Comunidad en materia de derechos fundamentales, *Armin v. Bogdandy* considera posibles diversas interpretaciones de los derechos sociales contenidos en la Carta (15). Así, de algunas normas podrían brotar pretensiones constitucionales y una política material de los derechos fundamentales, pero también podrían únicamente garantizar el nivel nacional de protección frente a los actos de la Unión (p. ej., en el caso de los arts. 29, 30, 34, 35); finalmente los derechos de la Carta podrían ser interpretados en el sentido de que no contienen derechos subjetivos sino mandatos dirigidos al legislador comunitario, e incluso serían concebibles como meras enunciaciones de tareas. En mi opinión la primera y la cuarta interpretación deben ser excluidas, pues una política de los derechos que redunde en una ampliación de competencias sería incompatible con el art. 51.2 CDF. De la Carta no cabe derivar un determinado

(14) ALSTON (ed.): *The EU and Human Rights*, 1999.

(15) *Cfr.* A. VON BOGDANDY: «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?», *JZ* 2001, pág. 160.

estándar de los derechos, pero sí proporciona una base para distinguir distintos estándares frente a terceros Estados a efectos de la ejecución del Derecho de la Unión.

En principio, los derechos agrupados bajo el rótulo de dignidad humana (arts. 1-5), los derechos clásicos de libertad (arts. 6-19), los derechos de igualdad (arts. 20-26), los derechos políticos de los ciudadanos (arts. 39-46) y los derechos judiciales (arts. 47-50) son claramente derechos fundamentales directamente aplicables y justiciables cuyo potencial protector se desarrollará principalmente en su función reaccional. Con todo, la teoría europea de los derechos fundamentales también podría descubrir aquí aspectos objetivos, institucionales, procedimentales y de participación.

3. *Implicaciones económico-constitucionales*

La inclusión de derechos sociales en una carta de derechos fundamentales que posteriormente va a adquirir eficacia jurídica vinculante plantea forzosa-mente la cuestión de su justiciabilidad, cuestión ésta que el TJCE sólo podrá resolver gradualmente y con cautela. Pero también tiene consecuencias directas en el orden económico constitucional ya que no sólo se produce la recepción —y en algunos casos el reforzamiento— de los clásicos derechos constitutivos del orden económico liberal sino que esos derechos aparecen flanqueados socialmente.

La libertad de profesión, la libertad de empresa y la propiedad, tres derechos especialmente relevantes en una economía libre de mercado y que tienen una larga historia evolutiva en el plano comparado, podrían servir de ejemplo para mostrar no sólo el clásico carácter negativo de los derechos de libertad económica sino también ciertos aspectos institucionales, en este caso, de la libertad de industria (*Gewerbefreiheit*) o de la *liberté d'entreprise* desarrollada en Francia. Según se ha manifestado desde la propia Convención, el reconocimiento de la libertad de empresa en el artículo 16 viene a ser un contrapeso de la autonomía negocial y el derecho de huelga incluidos entre los derechos de solidaridad. Estos derechos fundamentales económicos refuerzan sin duda las libertades del mercado configuradas en el TCE primariamente como principios objetivos de carácter constitutivo en la medida en que ahora poseen, en cierto modo, un segundo efecto jurídico-subjetivo. Sin embargo, tanto las libertades del mercado como los derechos económicos de libertad están en tensa relación con los derechos sociales que, aún siendo principalmente garantías institucionales, también encierran en ocasiones aspectos prestacionales o de participación.

Forzando un poco las cosas podría decirse que, en la sociedad europea de los ciudadanos, la libre competencia y el acceso al mercado están ahora ligados a componentes sociales y ecológicos. Al mismo tiempo, el tránsito desde ciudadanos del mercado a ciudadanos de la Unión y, finalmente, a ciudadanos sociales europeos en virtud de la evolución de los derechos fundamentales nos mostraría el posible recorrido de la futura Unión Europea.

III. EL ÁMBITO PERSONAL DE VIGENCIA DE LA CARTA

1. *¿Derechos humanos versus Derechos fundamentales de la Unión?*

En línea con la concepción universalista de los derechos que yo también propugno, el ámbito personal de aplicación de la Carta se extiende a los nacionales de terceros Estados, a excepción de los derechos reservados a los ciudadanos de la Unión como derechos políticos (Capítulo V: derechos de ciudadanía). Así se deriva del recto entendimiento de que todas las personas y no sólo los ciudadanos de la Unión pueden resultar lesionadas en sus derechos fundamentales, sea directamente por el poder comunitario o indirectamente por los Estados miembros al realizar actos de ejecución. Así se deriva también directamente de la dignidad humana que corresponde a toda persona, tal y como se estipula en el art. 1 como norma básica de la Carta. De esta manera, la Carta va más allá del tradicional ámbito personal de aplicación de las garantías nacionales de derechos, sobre todo en lo que hace a los derechos económicos y a determinados derechos fundamentales (como p. ej., la libertad de reunión y la libertad de acción colectiva) que en ocasiones están reconocidos únicamente a los nacionales. Estamos pues ante lo que se podría denominar un «modelo abierto» de derechos fundamentales del que se derivan considerables implicaciones para una concepción constitucional abierta de la Comunidad Europea.

2. *Libertades básicas y derechos fundamentales: ¿fortalecimiento o riesgo de colisión?*

La concepción universalista de los derechos tiene sin embargo un talón de Aquiles que los «padres» de la Carta desde luego han advertido, pero que tal vez no han tenido suficientemente en cuenta. La libertad de circulación y de residencia —reconocida ya en el art. 18 TCE— vuelve a quedar acotada en el art. 45 CDF a los ciudadanos de la Unión, aun cuando en el apartado segundo de dicho precepto se prevé la posibilidad de equiparar a los nacionales de ter-

ceros países de conformidad con lo dispuesto en el derecho comunitario (*vid.* art. 62.1 y 3; art. 63.4 TCE). De este modo se asegura el paralelismo entre la titularidad de la libertad de circulación de los trabajadores y la libertad iusfundamental de desplazamiento. En cambio, la libertad profesional y la libertad de empresa que, de acuerdo con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, incluyen habitualmente la libertad de establecimiento, la libertad de industria, y la libre elección de oficios o profesiones, no han sido reservadas a los ciudadanos de la Unión sino que quedan configuradas como un derecho de todas las personas. Esta, a mi entender innecesaria ampliación del ámbito subjetivo de los derechos fundamentales económicos más allá del correspondiente a las libertades básicas del mercado obliga a trazar un claro deslinde, pues la limitación de las libertades del mercado a los ciudadanos de la Unión no sólo es legítima sino que es el objetivo perseguido con la creación de un mercado interior. La consecuencia de todo ello habría de ser pues que las libertades básicas sólo deberían activarse cuando estén presentes aspectos transfronterizos.

Pero la relación entre las libertades básicas y los derechos fundamentales es mucho más compleja puesto que también son concebibles supuestos de colisión. El TJCE ha ampliado el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales al atribuirles un papel —más bien secundario— como parámetro del control de la justificación de las medidas que restringen las libertades básicas en atención al interés general. Como consecuencia de ello, los ciudadanos podrán invocar la Carta cuando las libertades económicas resulten afectadas por actos comunitarios o por actos de los Estados miembros en el correspondiente ámbito de aplicación. Además, si se trata de situaciones transfronterizas será posible movilizar simultáneamente las libertades básicas que, a su vez, se ven reforzadas por los derechos fundamentales. Este efecto de potenciación de las libertades desaparece en cambio cuando la medida no afecta al derecho a circular libremente como pone de manifiesto la jurisprudencia sobre modalidades de venta recaída en el asunto *Keck*, según la cual las normas sobre horarios de apertura y cierre de establecimientos, sobre prohibiciones de publicidad o sobre prohibición de ventas por debajo del precio de coste han de enjuiciarse conforme al estándar nacional o al del CEDH. Parece cuando menos discutible que esta restrictiva visión del significado de la más amplia libertad de actuación económica resulte adecuada precisamente con miras a la consecución los fines comunitarios.

IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE VIGENCIA

Con arreglo a la jurisprudencia emanada hasta el presente, la vigencia de los derechos fundamentales comunitarios se reconocía en «el ámbito de aplica-

ción de los Tratados», siempre que —como muestran los casos *Bickel* y *Argonese* relativos a cuestiones lingüísticas en el Tirol (16)— se diera una afectación concreta de las libertades básicas. Los derechos fundamentales regían pues hasta ahora en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, como se decía en una redacción inicial del art. 46 CDF (17) que, sin embargo, ha sido luego reemplazada por la fórmula «a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Esta nueva redacción se corresponde mejor —según declara expresamente el Presidium de la Convención— con la fórmula más precisa adoptada por el TJCE en la sentencia *Karlsson* (18), conforme a la cual las exigencias que derivan de la protección de los derechos fundamentales comunitarios vinculan a los Estados miembros «cuando apliquen el Derecho comunitario». Pues bien, aun prescindiendo de que en este caso se trataba de un supuesto muy específico de aplicación de la regulación sobre la cuota láctea en Suecia, del referido desplazamiento semántico no cabe inferir que comprendería la ejecución indirecta pero no abarcaría los supuestos en los que las libertades básicas fueran las restringidas. La vinculación del legislador nacional a los derechos fundamentales cuando desarrolla directivas o realiza cualquier otra transposición normativa es algo que está fuera de discusión habida cuenta de la fundamental vinculación de los Estados miembros al poder comunitario (19). Por lo demás, debe también tenerse en cuenta que el efecto de fortalecimiento de los derechos fundamentales en caso de colisión, de un lado, y el efecto de reforzamiento de las libertades del mercado en caso de conflicto, de otro, se equilibran mutuamente.

V. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UNA UNIÓN MULTINIVEL

La cuestión de los límites de los derechos ha sido regulada introduciendo en el artículo 52.1 una cláusula general de limitación cuya problemática se conecta directamente con el CEDH dado que, conforme a lo dispuesto en el apartado 3.º del mismo artículo, si bien el derecho de la Unión podrá otorgar «una protección más extensa», el significado y alcance de los derechos del CEDH

(16) Cfr. las referencias en SCZEKALLA: *DVBl.* 2001, págs. 345 y sigs.

(17) Cfr. art. 46 en la redacción de 6 de mayo de 2000 (Convención 36) y art. 46 en la redacción de 23 de junio de 2000 (Convención 40).

(18) STJCE de 13 de abril de 2000, Rep. C-292/97 (*Karlsson*), marg. 37.

(19) Vid. A. WEBER: «Die Zukunft der Grundrechtscharta», en GRILLER y HUMMER: *Die EU nach Niza*, 2000.

no podrá en ningún caso rebajarse. Por otra parte, en el apartado 2.º del mismo art. 53 se establece una limitación adicional al ejercicio de los derechos recogidos en la Carta que tengan su fundamento en el Derecho comunitario originario, según la cual estos derechos deberán ejercerse en las condiciones y dentro de los límites determinados por los Tratados. Si semejante régimen de remisiones no se tiene simple y llanamente por malogrado, todas estas formulas altamente equívocas podrán conducir, también en el campo de los límites, a una Unión multinivel.

Veamos algunos ejemplos. La expresión «sentido y alcance de los Derechos fundamentales» (*Bedeutung und Tragweite der Grundrechte*) tal y como aparece en la versión alemana permitiría, en principio, pensar que con ello se está haciendo referencia a la distinción entre ámbito protegido y ámbito garantizado, de una parte, y a la interpretación de los límites o de los contralímites, de otra. Sin embargo, las mas que sibilinas explicaciones de la Convención introducen una notable confusión al indicar, por un lado, que la noción de «limitaciones» ha de referirse tanto al «sentido» como al «alcance» y al advertir, por otro, que ambos conceptos habrán de determinarse atendiendo no sólo al tenor literal de los preceptos sino también a la jurisprudencia del TJCE y del TEDH. Y si a ello añadimos la consecutiva enumeración de los derechos con un contenido idéntico y de los derechos cuyo «alcance» es mas extenso, se podría llegar a la conclusión de que con el término «alcance» (en la versión inglesa *scope*) se está aludiendo a determinados contenidos protegidos. Lo cual, a su vez, nos lleva a presumir que la dogmática alemana de los derechos fundamentales -con sus elaboradas distinciones entre ámbito protegido, ámbito garantizado, límites y límites de los límites- no ha sido enteramente recibida.

Con todo, del texto del artículo 52 CDF sería posible derivar ese esquema básico que, por lo demás, el TJCE conoce en sus aspectos esenciales aunque no esté del todo familiarizado con la sistemática del control en tres pasos. Si el concepto de «alcance» no se refiere a los diversos segmentos de significado que, como indican las explicaciones de la Convención relativas al art. 52, distinguen muchas disposiciones de la CDF de las del CEDH, entonces tal concepto ha de referirse forzosamente a la concretización o limitación de los respectivos ámbitos protegidos. Y parece efectivamente que, dado que los autores de la Carta han optado por una cláusula general de limitación en la que, además de la reserva de ley y de los objetivos comunitarios de interés general, se incluyen los derechos y libertades de terceros y el principio de proporcionalidad, tanto los órganos ejecutivos como el propio TJCE en cuanto última instancia de decisión van a disponer de un mayor margen de interpretación.

A mi juicio, sin embargo, la dura crítica que los partidarios de una dogmática específica de los Límites han dirigido contra la cláusula general de limita-

ción no va al núcleo del problema. Acudiendo al derecho comparado es posible demostrar suficientemente que las cláusulas generales de limitación que se refieren a bienes de interés general o a derechos individuales no han de conducir necesariamente a mayores injerencias en el ámbito protegido por los derechos fundamentales. Lo prueba, por ejemplo, la matizada jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense, la del Tribunal Constitucional sudafricano e incluso la del Tribunal Constitucional polaco dictada en relación con las respectivas disposiciones generales sobre limitación de los derechos (20). La sospecha o el temor se dirigen más bien contra una interpretación demasiado generosa de los objetivos comunitarios en cuanto límites inmanentes de los derechos fundamentales tal y como la que desdichadamente ha realizado en ocasiones con cierta ligereza el TJCE (21). Y, a primera vista, tal temor parece confirmarse dado que los objetivos comunitarios ni siquiera son mencionados expresamente como límites inmanentes en el art. 52 (22). Pero si se examina la jurisprudencia del TJCE sobre los límites inmanentes a la libre circulación de mercancías emanada a partir de la doctrina *Cassis de Dijon*, resulta claro que difícilmente pueden enunciarse exhaustivamente los objetivos comunitarios. Por lo demás, es también discutido si esos objetivos comunitarios, a su vez, han de venir o no concretados mediante competencias.

Manifiestamente la Convención quiso despejar esos temores remitiendo al CEDH como estándar mínimo. Sin embargo, esta regla, que algunos autores gustan de apostrofar como «principio de norma más favorable» o incluso como «cláusula de nación más favorecida» y que propone una comparación de los regímenes, crea más confusión que claridad y es en gran medida desacertada tanto desde el punto de vista dogmático como desde el jurídico-político. Si partimos de la premisa de que el alcance de un derecho fundamental únicamente se pone de manifiesto tras la concretización de su ejercicio o tras el establecimiento de los límites, resulta claro que las reservas específicas a la ley contenidas en el CEDH y los límites en aras del interés general en ellas permitidos sólo podrán considerarse parcialmente expresados en los objetivos comunitarios. Tal vez ello sea aún defendible en relación con los derechos clásicos de li-

(20) Lo cual pasa inadvertido para los autores alemanes que se muestran críticos con la cláusula de limitación, p. ej., B. PACHE: «Die Europäische Grundrechtscharta –ein Rückschritt für Europa», en *Europarecht* 2001, pág. 489; SCHMITZ: «Die EU-Grundrechtscharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht», en *JZ* 2001, pág. 383; correctamente, en cambio, VON BOGDANDY: *Op.cit.*, pág. 168.

(21) Cfr. A. WEBER: «Die Europäische Grundrechtscharta –auf dem weg zu einer Europäischen Verfassung», en *NJW* 2000, pág. 543. Múltiples referencias en KINGREEN, en CALLIES y RUFFERT: *EWG-Kommentar*, art. 5, marg. 64.

(22) Una crítica al respecto en PACHE: *Op. cit.*, pág. 489.

bertad y en relación con los derechos procesales pero no puede mantenerse a propósito de los derechos de nueva incorporación que el CEDH no recogía. Otra objeción, de mayor peso aún, es la que cabe dirigir contra la errónea idea de que los objetivos comunitarios coinciden plenamente con las reservas a favor del interés general incluidas en el CEDH, pues el sentido y la función de los tratados comunitarios son de naturaleza muy diversa a los propios del ordenamiento del Consejo de Europa. Éste último, además, confiere a los Estados un margen de maniobra a la hora de interpretar los bienes de interés general mencionados en las reservas específicas. En cambio, los objetivos de interés general enunciados el artículo 1 y 2 del TCE y en la propia Carta, tales como la protección de los consumidores, la protección del medio ambiente y de la salud, habrán de ser interpretados vinculadamente por el TJCE, si bien, eso sí, tomando también en consideración los estándares nacionales. Al margen de todo ello, de la falta de correspondencia entre Estados miembros de la Comunidad y del Consejo de Europa que tras las últimas incorporaciones duplica a la primera en número de miembros, inexorablemente van a surgir divergencias interpretativas (23).

De estas someras consideraciones se deduce ya que una comparación abstracta de los regímenes para determinar cuál es el más favorable resultará escasamente útil a la vista de la disparidad de los fines y la heterogeneidad de los destinatarios. En este ámbito habrá de procederse más bien a una interpretación funcional —esto es, una interpretación referida a los destinatarios (*grundrechtsadressatenbezogene*)— del estándar mínimo del CEDH como límite inferior infranqueable.

En cualquier caso, a este respecto es necesario distinguir entre ejecución directa por los órganos de la Unión y ejecución indirecta por parte de los Estados miembros. En la medida en que la ejecución se lleve a cabo directamente por los propios órganos de la Unión es, de todos modos, prácticamente imposible fundamentar una vinculación inmediata al CEDH. Tal cosa sólo sería posible mediante la adhesión de las Comunidades al CEDH para lo cual, como es bien sabido, el TJCE considera imprescindible una previa reforma constitucional. En consecuencia, el artículo 52 de la Carta únicamente podrá dar lugar a una vinculación mediata al CEDH, vinculación que ya venía siendo reconocida en la jurisprudencia del TJCE.

En tanto en cuanto se trate de una ejecución indirecta del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, éstos ya están —aparte de a la jurisprudencia del TJCE y, en su caso, a la Carta— vinculados al CEDH. Por lo

(23) Una crítica acertada en esta línea puede verse también en SCHMITZ: *Op. cit.*, pág. 840.

tanto, una infracción del estándar de protección del CEDH en supuestos realmente idénticos parece algo muy poco probable. Pero el TJCE podrá sin duda orientarse más intensamente por la jurisprudencia del TEDH cuando controle la cláusula de necesidad (*necessary in a democratic society*) a la luz de los objetivos legítimos y del principio de proporcionalidad. Es cierto, sin embargo que en este terreno son muchas aún las cuestiones que requieren una mayor clarificación dogmática, incluida la problemática de los límites de los límites.

La relación entre la CDF y el CEDH tal vez pueda enunciarse sumariamente diciendo que las desviaciones del estándar del CEDH sólo son admisibles en casos concretos en aras de objetivos comunitarios de interés general y requieren siempre una fundamentación específica. Si, al margen de ello, pueden darse supuestos en los que —como se apunta en la Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán sobre el Tratado de Maastricht— se vulnera el nivel nacional de protección es una cuestión más de naturaleza teórica que práctica. De una parte, la jurisprudencia del TJCE posterior a Maastricht no muestra indicio alguno de lesión de los estándares nacionales de protección (véase p. ej., el asunto *Bananenmarkt*), de otra, los tribunales europeos deberán tomarse en serio los derechos para evitar en lo posible el surgimiento de un déficit en comparación con los estándares nacionales. Pero a la vista de las experiencia histórica con las jurisdicciones constitucionales que siempre han garantizado los derechos y recordado al legislador una y otra vez sus límites, no existe motivo alguno de preocupación, a no ser que se quiera negar al TJCE el desempeño de esa genuina función.

VI. LA CDF COMO MODELO DE UNA UNIÓN CONSTITUCIONAL MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La «Unión de derechos fundamentales» como resultado de los procesos de recepción

La existencia de una «Unión de derechos fundamentales» (*Grundrechtsverbund*) se constata ya mediante la exégesis antes descrita de los procesos globales de recepción recíproca en los que las recepciones textuales y pretorianas se entrecruzan de diversas maneras. Esa Unión se deriva también de la vinculación de la Carta con el CEDH y los Pactos internacionales, vinculación que, de acuerdo con la interpretación aquí defendida, genera una regla de presunción a favor del CEDH como estándar mínimo y requiere una fundamentación específica para apartarse de él en un caso concreto. La Unión de derechos fundamentales existía ya por lo demás como consecuencia de la metodología

empleada por el TJCE para determinar el derecho aplicable pues, como es bien conocido, ha acudido a las normas de las Constituciones nacionales relativas a los derechos fundamentales en cuanto expresan tradiciones constitucionales comunes y principios generales del derecho y también ha utilizado en múltiples ocasiones el CEDH como directriz interpretativa.

2. *La CDF como manifestación de la «Unión constitucional»*

La CDF, con su proyectada obligatoriedad para los procesos de creación y aplicación de normas por parte de los órganos de la Unión así como para los órganos nacionales cuando ejecuten derecho comunitario, es parte de la «Unión constitucional» (*Verfassungsverbund*) con la que se caracteriza conjuntamente a las Comunidades Europeas y a los Estados miembros. Como es sabido, han sido sobre todo Häberle y Pernice quienes interpretaron y presentaron el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos nacionales como partes o elementos de un sistema constitucional común cuyos principios estructurales se asemejan y se condicionan entre sí. Este modelo ha sido examinado en el último Congreso de Profesores de Derecho del Estado celebrado en Leipzig sin que se produjeran objeciones relevantes de fondo, pues sólo hubo controversia sobre la valoración de las cuestiones de detalle (24). Es cierto que tal modelo resulta más útil para explicar el estado actual de la evolución constitucional que para configurar y determinar la política constitucional futura. No obstante, a la vista de la irradiación mutua de los derechos constitucionales pertenecientes a diversos niveles constitucionales, nos parece un modelo adecuado que permite explicar al menos parcialmente el entrecruzamiento de los distintos órdenes de derechos fundamentales. Pero es necesario tener en cuenta que en una situación de estratificación funcional del ámbito de vigencia de cada uno de los órdenes de derechos éstos no se hallan conectados en términos de cooperación sino que despliegan plenamente sus efectos en el respectivo ámbito de aplicación. Por lo tanto, cuando entre en vigor la Carta ya no bastará con la mera enunciación de una relación de cooperación como todavía hizo el Tribunal Constitucional federal alemán en la sentencia sobre Maastricht, sobre todo teniendo en cuenta que los ordenamientos nacionales se verán ampliamente solapados por el ordenamiento europeo de los derechos.

(24) Cfr. el informe del Congreso en *DVBl.* 2000, págs. 1753 y sigs.

VII. LA CONVENCION COMO MODELO PARA UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

1. *Ampliación de la base de legitimación*

Tras el éxito relativo del procedimiento de Convención en la elaboración de la CDF, su composición y, en parte, el procedimiento han sido ensalzados y puestos como modelo para un proceso constituyente europeo. Y después de los pocos resultados de la Conferencia de Niza está alcanzando una creciente aceptación (25).

Es indudable que el sistema de composición elegido por el Consejo, al reunir miembros de los Parlamentos nacionales y del Parlamento europeo y conceder una participación a la Comisión, ha conseguido una base de legitimación más amplia que refleja adecuadamente las principales fuentes de legitimación del futuro proceso constituyente europeo. Si a los 15 representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno se suman los 30 miembros de los Parlamentos nacionales y se compara con los sólo 16 miembros del Parlamento europeo (aparte de un representante del Presidente de la Comisión) resulta patente el mayor peso del componente federal frente a la representación del elemento unitario. Lo cual podría corresponderse con el estado actual de la evolución del proceso constituyente, sobre todo habida cuenta de que conforme al art. 48 TCE el Parlamento sólo participa mediatamente en la elaboración de las disposiciones constitucionales.

El procedimiento necesita sin duda algunas mejoras puesto que además de la discusión pública y la invitación y audiencia de expertos y de organizaciones no gubernamentales podría ser útil introducir votaciones indicativas. Aunque, según testimonian las declaraciones de los miembros de la Convención, las divergencias no se producían siguiendo líneas partidistas sino que se articulaban de distinto modo según el artículo discutido, sería conveniente una más estricta canalización procedimental para lo cual en casos futuros debería configurarse reglamentariamente el procedimiento (26).

(25) Cfr. J. LEINEN y J. SCHÖNLAU: «Die Erarbeitung der EU-Grundrechtecharta im Konvent: Nützliche Erfahrungen für die Zukunft Europas»; W. DIX: «Grundrechtecharta und Konvent – Auf neuen Wegen zur Reform der EU?», en *Integration* 1/2001, págs. 26 y sigs.; *vid.* también HILF, citado por Szczekalla, *DVBl.* 2000, págs. 345 y sigs.

(26) Cfr. J. LEINEN: *Op. cit.*, pág. 28

2. *Legitimación dual y doble tratado constitucional*

La base de legitimación ampliada de la Convención describe adecuadamente el estatus actual de la Comunidad Europea en cuya construcción y desarrollo ha de influir también de modo evidente la sociedad civil. Los modelos monistas de declaraciones que atribuyen la legitimación sólo al Consejo de Ministros son tan cuestionables como aquellos que la atribuyen únicamente al Parlamento Europeo concibiéndolo como constituyente potencial. El modelo de legitimación dual limitada ensayado en el procedimiento de la Convención podría proporcionar la estabilidad suficiente para un Tratado constitucional si se refuerza el pilar unitario otorgando al Parlamento una representación de igual valor. El tantas veces propugnado Tratado constitucional descansaría entonces, no sólo en la legitimación federal que se expresa en la celebración de un tratado por los gobiernos y la subsiguiente ratificación por los parlamentos nacionales, sino que se apoyaría también en la legitimación unitaria personificada por el Parlamento Europeo que, a su vez, encarna a los pueblos europeos o, dicho en términos ideales, al «pueblo europeo» como *politic body* o *corps politique* en el sentido atribuido por los teóricos de los pactos. Este modelo dual reflejaría en cierto modo un «doble pacto constitucional» que no niega el origen internacional del tratado federal y al mismo tiempo hace visible el pacto constitucional democrático de los ciudadanos europeos.

La legitimación unilateral del poder constituyente no es requerida ni por el derecho internacional ni por el comunitario y tampoco aparece como presupuesto obligado de la posible formación de un estado federal europeo. El Sacro Imperio Romano de la Nación Alemana, cuya clasificación jurídica no sólo creó dificultades a contemporáneos como Pufendorf, no se basaba únicamente en la soberanía de sus Estamentos sino que poseía órganos comunes (*Kaiser, Reichstag, Reichskammergericht*) que podían actuar en nombre del Reich. La Constitución imperial de 1871, de modo parecido a lo sucedido con la Confederación alemana del Norte, descansaba en un tratado internacional que, al mismo tiempo, era el tratado constitucional del Reich alemán; el Bundesrat y el Reichstag encarnaban en principio dos líneas de legitimación diferentes, aunque el elemento unitario acabara adquiriendo preponderancia tanto en la Teoría del Derecho público como en la realidad constitucional (27).

Un modelo dual de legitimación tampoco es inconsistente o contradictorio porque en una democracia el poder sólo puede fundarse en *una* fuente de legitimación. En la exégesis de la historia constitucional alemana es cuestión con-

(27) Cfr. STERN: *Staatsrecht*, tomo V, § 128 IV, 1, §28 III, 1; G. ANSCHÜTZ y R. THOMA: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* I, 1930, pág. 70.

trovertida si la monarquía constitucional del siglo XIX constituyó una forma constitucional autónoma, con una concepción dual de la legitimación (Ernst Rudolf Huber), o si forzosamente había de evolucionar hacia una democracia parlamentaria con una legitimación unitaria (W. Böckenförde). Sea como fuere, lo cierto es que la monarquía constitucional perduró en los estados alemanes —sobre todo en Prusia— durante casi cien años antes de que la democracia parlamentaria lograra imponerse plenamente. La afirmación anterior puede ser cierta referida al *pouvoir constituant* de las constituciones estatales pero no capta la complejidad de las agrupaciones supranacionales de Estados. Trátese de una Unión de Estados, de una Unión constitucional, de una Federación supranacional o como se quiera calificar, en las agrupaciones plurales de Estados las líneas de legitimación son siempre mucho más complejas por lo que los patrones monistas de legitimación están condenados al fracaso. Si examinamos una teoría «postmoderna» o «transmoderna» del Estado como la que ha esbozado Udo di Fabio en su monografía «*El derecho de los Estados abiertos*» (28), habremos de concederle la razón en que la conexión hasta ahora postulada entre Constitución y Estado debe ser abandonada en relación con las agrupaciones supraestatales (29). Si la Constitución se concibe como autolimitación racional del poder político, entonces la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales y su posible incorporación posterior a los Tratados es un paso esencial hacia la vinculación constitucional de la Comunidad Europea, algo que no necesariamente significa su transformación en un Estado. En este sentido, la repetidas veces descrita «Unión de derechos fundamentales» es un elemento central del sometimiento a las reglas del Estado de Derecho de un poder supraestatal que incide sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y los desplaza cada vez más. Lo cual no dejará de tener consecuencias para el principio democrático y la democracia multinivel en el sistema constitucional común.

(28) U. DI FABIO: *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtslehre*, Tübingen 1998, especialmente § 122 y sigs.; IDEM.: «Eine Europäische Charta», *JZ* 2000, págs. 737 y sigs.; IDEM.: «Ist die Staatswerdung Europas unausweichlich?», en *FAZ* de 2 de febrero de 2001 (núm. 28, pág. 8).

(29) «La apertura de los Estados hacia el interior y hacia el exterior, el emergente triunfo de la racionalidad económica sobre los estrechos cálculos de poder de la política, la apresurada búsqueda de formas políticas y jurídicas, de ideas culturales que orienten el futuro de la sociedad económica mundial, ya no permiten seguir aferrándose plenamente a la clásica idea de la Constitución como expresión de la dominación estatal.» (U. DI FABIO: *JZ* 2000, pág. 739; igualmente WALTER: *DVBl.* 2000, págs. 1 y sigs.

