

ORIGINARIO Y DERIVADO EN EL CONTENIDO DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: LOS TEST DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD (1)

Por JAVIER GARCÍA ROCA

SUMARIO

1. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL CATÁLOGO.—2. CARACTERÍSTICAS DEL *BILL OF RIGHTS* DE LOS EUROPEOS.—3. ¿HAY DERECHOS NUEVOS?—4. ¿A QUÉ LLAMA DERECHOS FUNDAMENTALES LA CARTA?—5. VALORACIÓN FINAL.

1. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL CATÁLOGO

El propósito de este estudio es acometer un análisis crítico del catálogo que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales, y desde el doble parámetro de comparación que entrañan las declaraciones del constitucionalismo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es la visión de un constitucionalista, un estudioso de los derechos fundamentales, antes que la de un especialista en Derecho Comunitario. Desde esta perspectiva, trataré de demostrar que puede haber habido un exceso de criticismo con la Carta,

(1) Este trabajo ha sido escrito y discutido en el marco de un I+D (BJU2000-0975) que coordino sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, y en el que participan un equipo de investigadores de las Universidades de Valladolid, Complutense y Salamanca. Su primera versión fue una encomienda que forma parte de una obra colectiva e interdisciplinar sobre la Carta, coordinada por A. Herrero y patrocinada por el Instituto Rei Alfonso Henriques, el texto actual incorpora pequeñas correcciones.

que ha llegado a calificarse «de dudosa utilidad», al menos en lo que atañe a sus contenidos. La integración europea nos reclama a los constitucionalistas flexibilidad en la elaboración de unas construcciones jurídicas adecuadas a las necesidades y complejas realidades de este nuevo constitucionalismo emergente. Un esfuerzo de comprensión paralelo a la voluntad política de avanzar en la integración que se demanda a los Estados miembros. Por primera vez, la Unión empieza a hablar seriamente el lenguaje de los derechos, y se abandona el pragmatismo inherente al funcionalismo (Chiti); un discurso sobre los ideales de la democracia constitucional, que son los mismos de la civilización europea, y no sólo una disputa sobre intereses económicos. Estimo que es un punto de inflexión aunque el largo viaje al Estado constitucional no haya concluido ni apenas empezado. Estamos en un «momento constitucional» más que verdaderamente constituyente.

Un obstáculo debe señalarse. La Carta se proclamó en Niza el 7 de diciembre de 2000 por las instituciones europeas —Parlamento, Consejo y Comisión—, pero no llegó a incorporarse a los Tratados, algo que se aparcó para la Conferencia intergubernamental del 2004. Es pues, como primera aproximación, una declaración política interinstitucional. La ausencia de validez normativa amortigua —a la par que complica— el debate jurídico sobre su validez y eficacia. Pero no voy a centrar ahí mi reflexión.

Me plantearé tres interrogantes: ¿cómo es el *Bill of Rights* de los europeos?, ¿qué hay de nuevo en él? y ¿de qué hablamos cuando la Carta usa la expresión «derechos fundamentales»? Para intentar darles respuesta, he seguido una metodología inductiva que arranca de las concretas disposiciones, y no de impresiones generales, haciendo una detallada comparación de los preceptos de la Carta con los del CEDH y las Constituciones de los Estados miembros. Una tarea inspirada en las tablas que Jellinek publica en 1909 para demostrar gráficamente el influjo de las declaraciones de los Estados americanos en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en su conocida polémica con Boutmy. He evitado, por tanto, planear sobre la Carta desde las alturas. Sólo después he iniciado la reflexión teórica. A diferencia del clásico, no me ha parecido útil publicar las tablas de las que me he valido para redactar el texto. Un segundo punto de apoyo han sido las explicaciones del *Praesidium* de la Convención, una especie de interpretación auténtica, que configura un valioso material que no es frecuente que los constitucionalistas tengamos al estudiar una declaración de derechos.

2. CARACTERÍSTICAS DEL *BILL OF RIGHTS* DE LOS EUROPEOS

Parece un enunciado algo escolástico, pero caracterizar los rasgos comunes creo puede ayudarnos a comprender y, en consecuencia, ubicarnos en un sólido basamento antes de proceder a resaltar específicos derechos.

21. Estamos ante *una declaración derivada antes que originaria*. Recuérdese la propedéutica distinción entre Constituciones originarias y derivadas, formulada por Löwenstein, entendiéndose por aquéllas las que realmente aportan un derecho o institución nueva al acervo del constitucionalismo. La calificación es en realidad un pretexto para ocuparme de las relaciones entre la Carta y, de un lado, el Convenio y, de otro, las categorías del constitucionalismo. Es verdad que no hay mucho nuevo, pero algo sí. Preferentemente se recopila y sistematiza un conjunto de derechos bien conocidos que se proclaman. Nada debe reprocharse a esta aparente falta de originalidad. El valor de las experiencias constitucionales es decisivo en Derecho Constitucional, donde la experimentación dista de ser siempre ejemplar. A la Carta le pasa lo mismo que a la inmensa mayoría de las Constituciones actuales.

22. Existe una evidente *pluralidad de matrices* en las fuentes de creación y fundamentación de los derechos. Se ha hablado de la Carta como «modelo de recepción plural» (A. Weber). Algunos de los derechos que se recopilan proceden del Derecho comunitario, originario o derivado, otros —los más— del CEDH, o de las tradiciones constitucionales europeas. Es fácil seguir el rastro, pero, por si acaso, las explicaciones del *Praesidium* lo aclaran en cada caso.

Ahondando un poco más, conviene subrayar el curioso fenómeno de interacción entre las declaraciones de derechos. Así, la Carta aclara, corrige, actualiza o enmienda las disposiciones del Convenio, pero es probable que el Convenio a su vez comience a ser usado como lo entiende la Carta. Se produce así un enriquecimiento recíproco de los textos. El TEDH usa en ocasiones, como normas de referencia, el Derecho Comunitario (caso *Matt- hews contra el Reino Unido* de 18 de febrero de 1999, véase la evolución de la jurisprudencia en A. Saiz II), u otras normas del Consejo de Europa y no sólo el Convenio Europeo (v.gr. la Carta Social Europea de 1961 en el caso *Wilson y The National Union of Journalists* y otros contra el Reino Unido, de 2 de julio de 2002). También el TJ acude al CEDH y a la jurisprudencia que sobre él se ha dictado en Estrasburgo (v. gr. *Krombach contra Bamburgki*, de 28 de marzo de 2000, *vid.* A. Saiz II), si bien todavía no ha hecho grandes pasos con la Carta, salvo menciones expresas por el Abogado General (*vid.* R. Alonso), pero hay cuando menos una STJ de primera instancia, *max.mobil Telekomunikation Service GMBH/Comisión*, de 30 de enero de 2002 en la que se utilizan los artículos 41 y 47 de la Carta. Nuestro Tribunal

Constitucional por su parte —como veremos— ya ha usado la Carta Europea y acude con frecuencia al Convenio. Es lógico pensar que cualquier Tribunal acabará usando, cuando el caso llegue y por su misma fuerza persuasiva, una declaración con semejanza *auctoritas* como posee la Carta sea cual fuere su fuerza normativa.

23. Es evidentemente una declaración de derechos *sin Constitución ni poder constituyente ni Estado*, tres notas inherentes al modelo del constitucionalismo. No ha habido en la aprobación de la Carta, ni lo va a haber en el futuro tratado constitucional que quizá la incorpore, un poder constituyente ortodoxo. Pero no menos heterodoxo es el ordenamiento jurídico sobre el que va operar (Chiti). De manera que no caben soluciones estándares sino imaginativas. El modelo seguido por la Convención se ha denominado de *legitimación dual* (A. Weber) y, dado que es el mismo que se sigue para el tratado constitucional que se espera, la experiencia puede considerarse exitosa. En esencia compagina la legitimación democrática de los representantes de los Estados miembros (treinta miembros elegidos por los Parlamentos Nacionales) con la legitimación de otros tantos representantes de las instituciones europeas (treinta y dos). Se agregaron al procedimiento la notas de publicidad de los trabajos y de participación mediante la presencia de dos observadores, que son sus destinatarios principales (TJ y TEDH), así como la audiencia del Defensor del Pueblo Europeo, del Comité de las Regiones y de representantes de la sociedad civil.

¿Es esta alambicada legitimación dual una finta respecto del principio democrático y la soberanía popular, es decir, a las exigencias de un poder constituyente? ¿Es la Convención una bienintencionada promesa bien distinta todavía de la Convención de Filadelfia o de la francesa cuyas herencias vindica con su nombre? Vayamos por partes. Hubo en ella, sin duda, participación, discusión y publicidad. Y a medias —por eso, dual— la representación popular que es propia de una asamblea constituyente, aunque fuera una representación indirecta y de segundo grado a través de los Parlamentos nacionales. Pero no parece, en cambio, que hubiere un verdadero ejercicio de soberanía popular. De hecho, la opinión pública europea, en general, y la española, en particular, apenas se han interesado sobre el tema. Lo cual permitirá a los euroescépticos continuar diciendo que los europeos se ven robustecidos como consumidores y paralelamente desapoderados como ciudadanos, y que la Constitución de Europa es «a deliciously rich phrase», porque hay múltiples definiciones de la palabra (Weiler); o que se aprueba una «Constitución para una Europa de élites» en virtud de la mayor preocupación por la eficiencia de las instituciones que por su *accountability* y transparencia en cuanto verdaderas preocupaciones democráticas. Por otra parte, la Convención estuvo a medio camino entre un órgano técnico y político, que es el

lugar de cualquier auténtico poder constituyente —*res facti non iuris*—, y esta naturaleza híbrida comporta inconvenientes en ambos sentidos (F. Rubio, II).

Pero los constitucionalistas no deberíamos ser dogmáticos y deducir de supuestos tipos ideales unas exigencias prácticas inalcanzables. Es menester ser realistas en provecho de la integración europea. No hay un único procedimiento ortodoxo para el poder constituyente. No existe tal cosa y menos aún en los Estados federales que vienen de la evolución de viejas Confederaciones de Estados. Todos los procesos han sido «singulares» en mayor o menor medida y, en particular, el español de los años setenta. Cada poder constituyente debe adecuarse a la concreta configuración histórica de la forma estatal o Unión de Estados en la que actúa. La Convención, al cabo, supuso una amplia y, por tanto, nada desdeñable base de legitimidad. Si bien no debería desecharse —y conviene pensar sobre ello, porque suscita problemas de muy diversa índole— que la nueva Constitución fuera ratificada por los Estados en referéndum antes de entrar en vigor, a la manera de una Constitución federal, con el fin de reforzar su legitimidad democrática mediante un ejercicio directo de soberanía popular.

Pero ciertamente es sólo un primer paso, quedan muchos por dar para salir de ese elitismo europeísta de burócratas y expertos. Puede considerarse un acto de trámite hacia un *constitutional treaty*. La Convención publicó el 28 de octubre de 2002 un «Anteproyecto de Tratado constitucional» elaborado por el *Praesidium*. Un tratado por el que habrá de aprobarse una Constitución. Con anterioridad, algún autor ya había recordado con agudeza que convenía relativizar la distinción formal entre Tratado y Constitución federal (Luis María Díez-Picazo, II); dos nombres tradicionales y aparentemente contrapuestos pero con similitudes e intersecciones ciertas. A mi juicio, también, la diferencia es sustancial antes que de procedimiento. La materia constitucional, complemento inescindible de su delimitación formal, está indisolublemente ligada a contenidos como son la división de poderes, los derechos fundamentales, el principio democrático, y la responsabilidad política. La integración europea comienza a ser *more Constitutionalis*, pero los contenidos aún distan de serlo, si bien ya es mucho, aunque no sea suficiente, hablar de derechos.

24. No creo, pues, sea discutible la *importancia de las funciones políticas* que la Carta cumple. La proclamación de unos derechos de los europeos sirve a su integración funcional y simbólica como diría Smend. Se trata de mostrar los derechos sin destruir la Unión (F. Rubio, II) y de acercar la Unión a los ciudadanos; el Presidente de la Convención, señor Herzog, en su discurso de investidura en Bruselas aludió a un catálogo que consienta a todos los ciudadanos vivificar el espíritu de la Unión y pidió que las labores se desarro-

llaran como si el resultado fuese la presentación de un catálogo jurídicamente vinculante (véase Pizzorusso I). Así como de superar su déficit democrático. Puede hasta pensarse en una futura responsabilidad política difusa ante la opinión pública europea (en esto acierta Pace) cuando surjan riesgos claros e inminentes de violaciones de derechos fundamentales, que resultarán en el futuro analizables desde el parámetro objetivo, predeterminado y común de enjuiciamiento de conflictos que este *Bill of Rights* supone. Mas las instituciones europeas no tienen aún una división constitucional de poderes ni reglas que articulen el principio democrático como las de cualquier Estado miembro.

25. La fragilidad de las funciones jurídicas que la Carta cumple o, lo que es lo mismo, *la acusada debilidad de la validez normativa y protección jurídica* que a los derechos reconocidos se otorga es, sin duda, el punto más débil de toda la construcción. Precisamente en los derechos fundamentales que son las normas con mayor grado de vinculación para todos los poderes públicos. Pero que las disposiciones de la Carta no tengan valor normativo no supone que carezcan de cualesquiera efectos jurídicos (R. Alonso). En dos años, desde la proclamación de Niza en 2000, las cosas se han puesto por sí solas en su sitio: la Carta comienza a usarse por distintas instancias europeas y nacionales. El Parlamento y la Comisión han decidido sentirse vinculados por la Carta. Y ha habido citas de la misma por el Abogado General ante el TJ y en el Tribunal de Justicia de Primera Instancia (el mencionado caso *max.mobil Telekomunikation*). Así como por el Tribunal Constitucional español (los asuntos del derecho a la autodeterminación informativa). La contradicción probablemente acabará resolviéndose a favor de la validez y eficacia normativa de la declaración dada la naturaleza fundamental —y tozuda— de los verdaderos derechos; ya sea por vía pretoriana, a través de su comprensión como instrumento hermenéutico de concretas decisiones y por su valor persuasivo y de inspiración de la argumentación jurídica, o directamente mediante la incorporación

En efecto, se ha hablado de la posibilidad de la incorporación en el TUE en el artículo 6.2 (entre otros, F. Rubio, I y II) o en la futura Constitución europea, algo que acabaría por resolver la mayor parte de los problemas ligados a la validez normativa de los derechos. Parece que de tiempo en tiempo prevalece la segunda opción. El artículo 6 del Anteproyecto de Tratado Constitucional aún no opta entre tres soluciones que señala: la simple referencia a la Carta; un principio de integración que lleve a incorporar el articulado al Tratado o un protocolo especial anejo a la Constitución; o bien integrar el articulado completo de la Carta en el cuerpo de la Constitución. La última de estas posibilidades se antoja la mejor técnica constitucional, entre otras razones, por las fecundas interrelaciones entre las partes dogmática y orgánica y de cara a una interpretación sistemática.

Tampoco puede hablarse ya —como hizo Pace— de una «irrelevancia de la Carta en el derecho interno residual (extraño al derecho de la Unión)». La experiencia ha roto este rígido corsé. Por ofrecer una muestra, el Tribunal Constitucional español en las SSTC 290 y 292/2000, de 30 de noviembre, pronto citó la Carta en apoyo de su motivación y fundamentación en relación al reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa (lo subraya, entre otros, A. Saiz, I).

26. Creo que quizá el artículo 53 de la Carta puede ser comprendido como una suerte de cláusula reducida de *numerus apertus*. De resultar cierto, el enunciado de los derechos no podría ser usado para construir la negación o la prohibición de otros no recogidos expresamente en la Carta si vienen considerados como tales en otros ordenamientos; de ahí el carácter reducido de la apertura. Algo que estimo adecuado a los tiempos de transformaciones que corren y a la especial elasticidad del ordenamiento comunitario. La tendencia a codificar con detalle los derechos hace necesarias cláusulas generales de apertura a declaraciones internacionales al modo del artículo 10.2 CE o del artículo 16 de la Constitución portuguesa, o al valor fundamental de la dignidad de la persona (vid Rolla, II), técnicas que permiten una ampliación de derechos. Pero puede que no sea así y desde luego no era esa exactamente la voluntad prefigurada y primigenia de la Convención según las explicaciones del *Praesidium*. Mas el texto de la disposición —a mi juicio— da pie para este entendimiento al afirmar que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa de los derechos reconocidos «en su respectivo ámbito de aplicación» por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y, en particular, el Convenio Europeo, o las Constituciones de los Estados miembros. En pura teoría de los derechos, la positividad en un ordenamiento no debe suponer un freno a la génesis de nuevos derechos: la historia del Estado constitucional y su dinamismo no se detiene en un corte. Son precedentes bien conocidos del uso de esta técnica de apertura: la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el artículo 2 de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando se refiere a unos derechos inalienables, o el artículo 29 de la Constitución española de 1869. Y no es menester sustentar esta opinión desde posiciones ligadas al viejo iusnaturalismo revolucionario y racionalista, pueden alcanzarse análogas conclusiones desde un positivismo flexible en virtud del reconocimiento expreso de la dignidad de la persona como valor («la base misma de los derechos fundamentales», anota el *Praesidium*) que la propia Carta introduce precisamente en su artículo 1.

La situación no es académica sino real. La complejidad de los procesos de creación de nuevos derechos ante las nuevas tecnología y circunstancias materiales o culturales es hoy objeto de debate doctrinal frecuente en mu-

chos países (cfr. Pablo Lucas Murillo y F. Rey). Es de esperar que aparezcan derechos nuevos de tiempo en tiempo, ya ha ocurrido v.gr. con la defensa frente a ruidos intensos. La Carta será objeto además —con mayor razón si la incorporación se produce— de una aplicación muy difusa en diversos territorios estatales con plurales culturas. En este sentido, M. Revenga ha recordado que el reparto territorial del poder y la jurisdicción constitucional difusa favorecen la dinámica de creación de nuevos derechos según la experiencia federal. Ciertamente, «nuevo» o «viejo» son conceptos relativos que dependen de la cultura nacional de referencia. Pero Europa es, sobre todo, una cultura, más aún, la civilización occidental, y los derechos fundamentales son desde la Ilustración el centro de ella; a diferencia de en el Islam u otras civilizaciones.

27. El sentido natural del artículo 53, claro está, radica en asegurar una *protección mínima* y a tal fin se dispone un *efecto de autodesplazamiento* (cfr. R. Alonso). La Carta ni agota los derechos fundamentales ni obliga a un único entendimiento al modo de un máximo denominador común. Son curiosos los distintos enfoques del Derecho Internacional y del Constitucional, la fusión de ambos lleva a manejar en la Carta técnicas complementarias, ese curioso autodesplazamiento permite, por mandato de la propia Carta, que sus disposiciones sean sustituidas por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y en particular el CEDH, o por las respectivas Constituciones; un rasgo habitual de los tratados, mientras las declaraciones constitucionales normalmente se han construido cada una sobre las ruinas de la anterior; la técnica parece especialmente ajustada a la realidad del ordenamiento europeo. Conviene matizar que no se trata de una «comparación entre ordenamientos», abstracta y general, sino de una «comparación entre derechos», incidental y concreta, entreverando supuestos de hecho y disposiciones. En consecuencia, estimo que la comparación puede realmente hacerse —pese a las dudas que se han expresado, entre otros, Weber— y que la cláusula podría ser operativa.

Tendremos pues una «Unión constitucional multinivel de derechos» (A. Weber). Luis M.^a Díez-Picazo (II) la compara con la situación en una Constitución federal que no impide las declaraciones de derechos de los Estados. No obstante, Weiler ha advertido de que los derechos fundamentales suelen ser también factores de tensión y diferenciación nacional, puesto que hay aún evidentes e importantes diferencias culturales entre los países europeos; de ahí el famoso «margen de diferenciación» que el TEDH permite. Pero esa pluralidad —estimo— se ve progresivamente amortiguada por un emergente Derecho Constitucional Común Europeo relativamente homogéneo.

28. La Carta refuerza el larguísimo proceso de «recepción» de las disposiciones del CEDH y de la jurisprudencia de Estrasburgo. Sabido es que

la ausencia de los derechos fundamentales fue una deliberada laguna de los Tratados originarios al venir redactados desde la óptica del funcionalismo y del mercado común. Y F. Rubio (II) y Pizzorusso aciertan cuando señalan que la creación pretoriana por el TJ de los derechos fundamentales como principios jurídicos fue una imaginativa solución, encaminada a salvaguardar la primacía del Derecho Comunitario más que a preservar los derechos individuales. Recuérdese que el artículo 6.2 TUE, adoptado en 1992, amortiguó la carencia al establecer que la Unión respetará los derechos fundamentales «tal y como se garantizan» en el CEDH y en las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» —la expresión no estimo sea muy correcta, el constitucionalismo no es sólo «tradicición» sino esencialmente «apertura» constante a lo nuevo, como ha dicho Häberle (II), los Estados constitucionales deben ser tan abiertos como las sociedades que rigen—. No fue posible la «ratificación» del CEDH tras declarar el TJ (Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec I-1759) que la Comunidades no podían adherirse al Convenio sin reformar los Tratados. Lo que hizo madurar las iniciativas de elaborar una declaración fundada en el Convenio. Ha acabado ahora por producirse una especie de «recepción» de este ordenamiento convencional en el comunitario. La posición del Convenio de Roma ha sido tema polémico para el derecho interno, algunos países como Austria le han atribuido rango constitucional, y la Sentencia de la *Corte Costituzionale* 10/1993 afirmó que las normas del Convenio no podía ser derogadas por una ley posterior al proceder de una fuente con competencia atípica (*vid.* Pizzorusso), y parece que va a serlo también para el derecho comunitario.

29. Se produce en todo caso una «vinculación mediata» (A. Weber) o «autovinculación» al Convenio de la Unión a través de la Carta. En efecto, en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a los garantizados por el CEDH, su sentido y alcance deberán ser iguales a los que le confiere dicho Convenio (art. 52). Por consiguiente, parece que este efecto de vinculación (una eficacia *erga omnes* típica de la doctrina de los Tribunales Constitucionales) debe producirse no sólo respecto de las normas del Convenio, sino también de la ingente jurisprudencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo, cuando menos ese es el sentido de la categoría para el derecho procesal constitucional. No es posible, a la luz del artículo 52, que el TJ interprete la Carta de forma distinta al TEDH en los círculos donde la intersección se produce. Por otro lado, esta autovinculación —estimo— amplía los sujetos pasivos del Convenio, no sólo los Estados miembros, también las instituciones de la Unión, pero no ocurre lo mismo con la competencia jurisdiccional del TEDH. ¿Cómo puede resolverse ese *impasse*? Prever en la futura Constitución europea, que va a reformar y simplificar los Tratados, un mecanismo que facilite la adhesión de la Unión al CEDH podría no ser ocio-

so. Pero habría que regular mecanismos de deslinde de competencia jurisdiccional con el TJ. Una cuestión nada sencilla.

30. Existe, por tanto, el riesgo de una guerra de las Cortes derivado de la triple concurrencia de jurisdicciones (cfr. R. Alonso) comunitaria, internacional y estatal en la protección de los derechos. Una *coexistencia material de declaraciones agravada por una concurrencia de jurisdicciones*, que genera una situación no exenta de problemas. Harán falta nuevas reglas de procedimiento y mucha mentalidad dialogística, escribir las sentencias en diálogo continuado con otros tribunales, y no en *disputatio*, tanto como dosis adecuadas de autocontrol o *self restraint*. Y es previsible el riesgo de dilaciones estructurales e indebidas, fruto de los sucesivos recursos, a añadir a las que ya alberga el TEDH o los Tribunales Constitucionales. Tanto como el de contradicciones, pues acaso sean demasiadas decisiones por parte de distintos sujetos para hacer jurisprudencia. Así como unas fuentes de conocimiento inabarcables para el jurista por su número y extensión, lo que puede acabar por mermar la eficacia de cualquier interpretación constitucional. ¿Podrá gobernarse así el lenguaje de los derechos europeos? Puesto a ser positivos, la concurrencia impedirá que los Tribunales Constitucionales nacionales se encierren y enquisten en sus monólogos.

31. La Carta reproduce *derechos que articulan valores* de la cultura europea. La doctrina constitucional clásica ha resaltado desde hace tiempo (Smend, Häberle I, etc.) la relevancia de los valores y las pautas culturales en las labores de fundamentación e interpretación constitucional en los casos de colisiones de derechos y de construcción jurisprudencial de límites. Esto les da una dimensión objetiva e institucional y un sólido basamento para su comprensión y delimitación. Ponderar legislativa o judicialmente colisiones de derechos es ponderar valores (Baldassarre). Es, pues, ajustada la sistematización de la Carta en capítulos que enuncian valores, sistemática que tiene un valor orientador del intérprete. Una *clasificación* de los derechos en cuatro tipos: de dignidad, de libertad, de igualdad, de solidaridad y de justicia, que culminan unas disposiciones generales. Bien es verdad que podrían haberse elegido otros parcialmente diversos o que no es la ordenación clásica y más extendida entre derechos de libertad, de prestación, de participación política, de igualdad y garantías procesales. Pero ésta tiene más un alcance doctrinal y técnico, a efectos de graduar su eficacia y estructura normativa, que la ahora seguida que posee un claro significado político, como corresponde a una declaración en cuanto tiene de proclamación solemne para los ciudadanos.

32. Y estimo no menos adecuado el reconocimiento de los *derechos sociales o de prestación* (Capítulos III y, en particular, IV). La Carta supone aquí un *plus* respecto del CEDH y de las Constituciones más antiguas que no reco-

nocian derechos sociales. No estaba claro el mandato que a este respecto la Convención recibió del Consejo de Colonia en 1999, los derechos de los ciudadanos de la Unión, y la Convención hizo una interpretación amplia del mismo. Pudo ser decisiva la representación alemana, por influencia de los Verdes quienes llevaron la necesidad de la Carta a la campaña y programa electorales, que sostenía posiciones distintas a la francesa. Las ventajas políticas son manifiestas porque se robustece la legitimidad de la declaración y se acerca la Unión a los ciudadanos al configurar un *status activae socialis*. Claro está que son muy conocidas las dificultades jurídicas que los derechos sociales suscitan: son normalmente «mandatos al legislador» o «normas de determinación de fines» o «principios rectores» antes que verdaderos derechos subjetivos que no necesiten de la interposición de la ley; su justiciabilidad es más frágil, pero no inexistente; y hay indudables limitaciones presupuestarias a la socialidad del Estado y a los derechos de prestación que reconoce. Pero el Derecho Constitucional lleva décadas bregando con esos obstáculos que no son insalvables.

33. Por el contrario, es muy problemática —pero inevitable— la *prohibición de que la Carta cree nuevas competencias y misiones para la Comunidad y la Unión* (art. 51.2). El mandato puede ser de objeto imposible, ya que no es sencillo disociar derechos fundamentales y competencias de los poderes públicos. En los derechos de prestación se advierte con facilidad, porque reclaman una actuación de las Administraciones públicas. La disposición encierra una contradicción prácticamente insalvable si se observa desde la, comúnmente admitida, teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales (Häberle 1). Éstos son, por su misma naturaleza, además de derechos subjetivos, «normas atributivas de competencia» a la sociedad civil o a los poderes públicos, reglas que articulan la división de poderes entre ambos. La previsión de la Carta me temo sea desbordada por la realidad. La cuestión no depende de un *fiat* o decisión del poder constituyente o del legislador o de la Convención, sino de la naturaleza de las cosas, por eso sólo ciertos derechos son fundamentales. Si no lo hace antes el Tratado constitucional, el TJ deberá resolver el problema por vía pretoriana haciendo un sofisticado encaje de bolillos. La universalidad de los derechos fundamentales, que es propia de la comprensión estatal y ha seguido la Convención, pugna con la limitación de atribuciones de la Comunidad Europea, que no es un Estado con competencia universal. Una reflexión importante. Pácese nos recuerda que esto ya preocupó a los *founding fathers* cuando se hizo la Constitución de Estados Unidos: que el nuevo *Bill of Rights* no supusiera un incremento de las competencias del Congreso. Un problema viejo, pero al que habrá que darle soluciones nuevas.

34. Del artículo 52, apartados 2.º y 3.º, puede deducirse lo que podríamos llamar una *teoría del doble fundamento de los derechos*. Un criterio

hermenéutico esencial para «comprender» los derechos antes de «interpretarlos», diferenciar entre los que tienen su fundamento en el TUE o en los Tratados comunitarios *versus* los garantizados por el CEDH. Ambos grupos de derechos deben ejercerse e interpretarse en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos ordenamientos distintos. Puede leerse como una especie de cláusula constitucional de apertura (art. 10.2 CE), pero va incluso más allá.

35. Dos *aporías* pueden señalarse en la comparación con los parámetros de constitucionales de referencia derivadas de que la Carta no es una disposición constitucional: las normas de reconocimiento de derechos fundamentales presentes en la Carta carecen de *rigidez y una mayor jerarquía* frente a las normas con rango de ley ni siquiera son normas incorporadas a un tratado sino disposiciones de una declaración política interinstitucional. Un problema serio de cara al efecto de vinculación típico de los derechos fundamentales que, casi se identifica con su mismo concepto, y preserva su validez y eficacia frente a las leyes, algo que se salvaría con su incorporación a la Constitución europea. Y tampoco se prevé en la declaración de Niza un *procedimiento de reforma*, lo que obligaría a que la incorporación de nuevos derechos se efectuara por vía pretoriana mediante interpretaciones extensivas de los ya reconocidos. De nuevo un déficit democrático en el reconocimiento derechos. Pero el nuevo tratado constitucional podría solventar ambos extremos.

36. Una primera conclusión puede decantarse estamos ante una *declaración plenamente homologable* desde ambos test y parámetros: Constituciones y Convenio. La Carta supera los test de constitucionalidad y convencionalidad. Es el catálogo de cualquier Estado europeo o latinoamericano que haya revisado su declaración recientemente (F. Rubio II). Una conclusión sencilla, pero importante: los problemas no están en el contenido de la Carta sino en el concepto de derechos fundamentales que emplea, en su validez normativa y eficacia. No advierto, en suma, *déficit* preocupantes en el elenco, alguna cosa de detalle quizá, v.gr., no se reconoce expresamente el derecho al recurso en materia penal frente a sentencias condenatorias (art. 14.5 PIDCP acaso porque no está en el CEDH si no en el art. 2 del protocolo núm. 7, no ratificado por varios países) que es una garantía esencial. Incluso hay un *superavit* en derechos sociales respecto del CEDH y algunas Constituciones.

3. ¿HAY DERECHOS NUEVOS?

Una segunda conclusión del estudio es que, pese al carácter manifiestamente derivado de la declaración, se reconocen algunos derechos nuevos. En este contexto, «nuevo» implica «derechos nuevos», pero también nuevos «contenidos implícitos» o desgajados de derechos viejos y explícitos (*vid.* F. Rey), dada la dificultad de deslindar ambas cosas y su irrelevancia práctica. Para alcanzar esta conclusión, no basta con una lectura apresurada, porque los descriptores de los artículos son imprecisos, inducen a confusión o no recogen todos los contenidos; es menester descender a las diversas reglas contenidas en las disposiciones. La Carta no es sólo un «texto refundido», una recopilación de normas vigentes (Pace), aunque lo sea básicamente, hay también innovaciones como por otra parte ocurre en cualquier texto refundido (*vid.* A. Saiz, I, y A. Rodríguez). Incluso donde la Carta recopila no se copia siempre literalmente, y las disposiciones no resultan a veces idénticas a efectos de su exégesis. Llevará un tiempo de experiencias jurídicas saber qué es realmente nuevo, porque los derechos son siempre un *case law*, y la riqueza de los hechos se integra en las normas y las transforman. Las normas reconocedoras de derechos tardan décadas en construirse no basta con la decisión inicial. Pensemos en la evolución del *Bill of Rights* de Estados Unidos en un análisis histórico (puede verse Schwartz). De manera que todo lo que se diga vendrá aquejado de una fuerte provisionalidad, una cautela que quiero remarcar. No pretendo, por último, desglosar con detalle el resultado de la comparación. Mostraré sólo algunos ejemplos, sin pretensiones de exhaustividad, con el único afán de demostrar el aserto de que ciertamente existen novedades y la Carta aporta algo al lenguaje de los derechos.

31. En el Capítulo I, sobre la dignidad, es remarcable en cuanto originario lo que se dice sobre la *Bioética* (art. 3.2) en relación con la integridad física y psíquica de la persona, derecho fundamental regulado en el apartado 1.º y en el que esta disposición se engasta. Se recogen allí algunos principios procedentes del Convenio adoptado en el Consejo de Europa que deben respetarse en el marco de la Medicina y la Biología. Unos nuevos derechos, de la tercera o la cuarta generación, creados por las nuevas tecnologías y avances científicos: consentimiento del afectado, prohibiciones de prácticas eugenésicas y de clonación, así como del comercio con partes del cuerpo humanos. A primera vista no son derechos sino que tienen una naturaleza principal, pero el deslinde es harto incierto. La preocupación por la Bioética y el Derecho es cada vez mayor y existen actualmente problemas relevantes como son la investigación con embriones, la donación y la congelación de ovocitos para la reproducción humana, o los documentos sobre voluntades

anticipadas (véanse los informes sobre esta materia del observatorio de la Universidad de Barcelona).

32. En el Capítulo II, «Libertades», pueden destacarse los siguientes enunciados. Los amplios contornos de dos macroderechos como son la *vida privada y familiar* (art. 7). No es nuevo respecto del CEDH (art. 8), pero el Tribunal de Estrasburgo está constantemente creando nuevos contenidos muy variados y desiguales entre sí, a menudo discutibles por su misma heterogeneidad, y la Carta parece reforzar y admitir este entendimiento expansivo del objeto mediante el reenvío al Convenio.

La *protección de datos de carácter personal* (art. 8) esta en el artículo 18.4 CE, pero no en todas las Constituciones ni en el CEDH. Se recogía en un Convenio del Consejo de Europa de 1981 ratificado por todos los Estados miembros y en una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 1995. Mas es bueno este genérico reconocimiento. La Carta agrega y detalla elementos inherentes al derecho (la STC 292/2000, F.J. 8.º, afirma que precisa su contenido) como son la necesidad del consentimiento de la persona afectada para la transmisión de datos, la necesidad de previsión legal y la afectación de los datos recogidos a usos concretos, así como el derecho de la persona a acceder a la información que le afecte. Y se erige una autoridad independiente de control de estos principios.

Conviene reservar el nuevo *entendimiento material de los derechos al matrimonio y a fundar una familia* (art. 9). Se facilita una comprensión sustancial de ambas instituciones que —como reconoce la jurisprudencia de Estrasburgo— se han transformado por la evolución de la sociedad en sus costumbres y de la medicina. Así, respecto de las previsiones del artículo 12 CEDH, del que trae origen, desaparece la mención expresa del hombre y de la mujer como necesarios contrayentes del matrimonio y se regula de forma independiente de este derecho el de fundar una familia para permitir el reconocimiento de familias no creadas por matrimonio. Esto abre la puerta a legislaciones nacionales progresivas y a un entendimiento no estricto o tradicional de ambas instituciones. Pensemos en problemas de identidad sexual o en las uniones de homosexuales. Además, la jurisprudencia del TEDH parece haber cambiado, pues si en un primer momento se dejaba la cuestión en manos de las autoridades estatales (Sheffield y Horsham v. Reino Unido de 30 de julio de 1998), desde el reciente caso Christine Goodwin v. Reino Unido de 11 de julio de 2002, se reconoce el derecho al matrimonio de los transexuales, al poner el artículo 12 en conexión con el artículo 8 y deducir el derecho al respeto de la vida familiar, sosteniéndose que el criterio biológico o cromosómico no permite impedir el derecho ni excluye otros criterios como el morfológico o el cerebral, admitiendo que «la ciencia ha producido cambios radicales en el dominio de la sexualidad» (*vid.* P. Lucas Murillo).

Es valiosa la expresa mención, al hablar de las libertades de expresión e información, del respeto a la *libertad de los medios de comunicación y su pluralismo* (art. 11.2). Un derecho basado en la jurisprudencia del TJ y en directivas comunitarias sobre radiodifusión pública, como dice el *Praesidium*, pero también en decisiones del TEDH, p. ej., Asunto Informationsverein Lentia de 24 de noviembre de 1993, por la que se declaró injustificable el monopolio legal en Austria del servicio público de radiodifusión en manos de un ente público; y de los Tribunales Constitucionales europeos, v.gr, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 826, de 13 de julio de 1988, que, ante una situación de concentración monopolística de la televisión privada en un sólo grupo de empresas, declaró la necesidad de que el legislador garantizara adecuadamente el pluralismo informativo e impidiera posiciones hegemónicas en el mercado; o la STC 127/1994, sobre televisión privada. Esta división de poderes informativos o garantía de un pluralismo externo, derivado de una concurrencia real de los medios a la hora de formar opinión pública, impide situaciones de monopolio u oligopolio. Es de tiempo en tiempo más decisiva en democracia, pues constituye un típico derecho contramayoritario. A la vista de lo acaecido en algún cercano país europeo, donde el acceso a la presidencia se produjo desde la titularidad de importantes medios privados, su reconocimiento puede no estar exento de conflictos.

Se reconoce la *libertad de empresa* de conformidad con el Derecho Comunitario y las legislaciones nacionales (art. 16). Lo que merece un juicio positivo. Con términos semejantes —salvo la referencia a la economía de mercado— está expresado en el artículo 38 CE de evidente influencia. Pero este decisivo derecho de libertad no estaba en el CEDH ni en todas las tradiciones constitucionales donde recibe un tratamiento distinto en cada país: en la Constitución de Italia se consagra la libre iniciativa económica privada (art. 41); es sobre todo libertad de profesión e industria en Alemania (art. 12 de la Ley Fundamental de Bonn); en otros, viene ligado al derecho de propiedad por la difícil escisión a menudo de ambas libertades. Y es manifiesto que ha sido contemplado en la jurisprudencia del TJ respecto de la libertad de competencia (art. 4 TCE) y otras libertades.

Se garantiza cabalmente el *derecho de asilo* (art. 18). Fue introducido en la Convención de Ginebra de 1951 sobre los refugiados que se recibió en el artículo 63 TCE, el cual prevé una comunitarización de la materia en cinco años desde el Tratado de Amsterdam. No se incluyó, en cambio, directamente en el CEDH, aunque se discutió el asunto, pero ha sido finalmente protegido indirectamente por diversas vías procesales (*vid.* P. Santolaya). Y es notorio que se constitucionalizó como derecho subjetivo tras la mediación de la ley en el artículo 13.4 CE, con origen en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn y a diferencia de su consideración como principio en el modelo

francés. Pero tampoco está presente en todas las Constituciones de los Estados miembros.

33. En el Capítulo III, «Igualdad», se disponen varias reglas de igualdad y no una única cláusula según es la tendencia moderna. Hablar de igualdad es cada vez menos preciso si no la acompañamos de un calificativo dada la diversidad de resultados posibles según la regla de igualdad que seleccionemos. Tenemos en el artículo 20 la igualdad de trato normativo o ante la ley; en el artículo 21 la prohibición de toda discriminación, incluido por razón de nacionalidad; en el artículo 22 el respeto al pluralismo lingüístico, cultural y religioso; en el artículo 23 expresamente la igualdad entre hombres y mujeres; y en los artículos 24 y 25, respectivamente, los derechos del menor y de las personas mayores. No se alude a una igualdad material, de resultados o a un principio de compensación al modo del artículo 9.2 CE o del artículo 3.2 de la constitución italiana. Pero puede entenderse que se reconoce la posibilidad de *medidas de acción positiva* al admitirse «medidas que ofrezcan ventajas concretas» tanto en «favor del sexo menos representado» (art. 23.2) como para integrar a personas discapacitadas (art. 26). Una previsión muy significativa después del fuerte debate que ocasionó la decisión del TJ en el polémico caso Kalanke, de 17 de octubre de 1995, al declararse de forma apodíctica, contrario al Derecho Comunitario, por discriminatorio, un sistema de cuotas para mujeres en el acceso a la función pública de un Land en Alemania. Estas medidas de discriminación positiva podrían ser en el futuro posibles en Derecho Comunitario sin perjuicio de que deban sobrepasar un doble juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

34. El Capítulo IV, «Solidaridad» es el más defectuoso y quizá resulta en algunas partes prolijo en exceso. Es discutible la naturaleza fundamental del derecho de acceso a los *servicios gratuitos de colocación* (art. 29). Se basa —nos dice el *Praesidium*— en el artículo 1.3 de la Carta Social Europea y en el punto 13 de la Carta comunitaria de derechos sociales de los trabajadores. Puede pensarse que es una menudencia o cuando menos una concreción de un contenido implícito al derecho al trabajo. Pero puede también argumentarse desde una perspectiva realista que es una innovación prometedora: una aportación originaria. Los expertos en política de empleo coinciden en que parte del paro se debe a la falta de instrumentos eficaces que pongan en relación la oferta y la demanda y resaltan los defectos de funcionamiento del INEM español, centrado en labores estadísticas y de gestión del desempleo, frente a muchos países que conciben los servicios de colocación como un derecho de prestación. Desde esta segunda perspectiva, el precepto encontraría anclaje constitucional en el artículo 40.1 CE, un principio rector que manda a los poderes públicos llevar políticas de pleno empleo, y contendría una dimensión prestacional, así como una garantía institucional del de-

recho al trabajo que las Constituciones —pero no la Carta— reconocen como elemento de integración social.

Para los *extranjeros* con papeles, «toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión», se reconoce el derecho a *prestaciones de seguridad social y ventajas sociales* con arreglo al Derecho Comunitario y las legislaciones nacionales (art. 34.2). De nuevo de acuerdo con la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de derechos sociales de los trabajadores. En un sentido semejante, el artículo 14 de la vigente ley española de extranjería que —recuérdese— estipula que el derecho se ejercerá «en las mismas condiciones que los españoles».

Con idéntico origen, es muy importante la previsión de *derechos de ayuda social y ayuda de vivienda* (art. 34.3) «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza» y para «todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes» (*vid.* P. Lucas Murillo). Una típica manifestación de la comprensión de la solidaridad interpersonal como un valor de las relaciones sociales que obliga a promover la inclusión del extraño y eliminar la exclusión. Supone admitir el derecho de la persona a una existencia digna. Hay ya en España algunas leyes autonómicas de renta mínima de inserción, así la Ley de la Comunidad de Madrid 15/2001, de 27 de diciembre. La análoga Ley del País Vasco precisamente invoca en el preámbulo esta artículo de la Carta (Ley 12/1998, de 22 de mayo, de medidas contra la exclusión social, modificada la Ley 9/2000, de 10 de noviembre). Es patente que la delimitación del objeto de este derecho de prestación tendrá serias restricciones presupuestarias por lo que es de esperar que la Convención hiciera, y en caso contrario se esfuerce en hacer ahora, los pertinentes cálculos económicos antes de proceder al reconocimiento para no realizar falsas promesas que luego no puedan pagarse.

Dogmáticamente complicado resulta el reconocimiento del *acceso a los servicios de interés económico general* (art. 36). Era obligado en Derecho Comunitario (art. 16 TCE en relación con los arts. 73, 86 y 87 para cierta empresas y servicios) pero no se advierte fácilmente que sea un derecho fundamental. El propio *Praesidium* reconoce que el artículo no crea derechos sino que «sienta el principio». Se ha reprochado a este precepto que sea jurídicamente vacío (F. Rubio II).

Necesario resultaba reconocer en nuestros días la *protección del medio ambiente y el principio de desarrollo sostenible*. Un bien constitucional cada momento más apreciado por la opinión pública, escaso y amenazado por numerosos peligros, entre ellos, la contaminación marítima por el transporte de petróleos como ilustra el sinsentido del caso Prestige. El artículo 37 dice que las políticas de la Unión Europea se realizarán con arreglo a ambos principios. Procede de los artículos 2, 6 y el artículo 174 TCE que añadió el TUE.

La disposición no tiene la estructura normativa de un derecho, pero puede ser invocado al tiempo de efectuar e informar nuevas regulaciones que no podrán ser contempladas desde una perspectiva exclusivamente mercantil. Es muy conocido el debate que el artículo 45.1 CE ha generado acerca de si contempla un principio o un derecho, pese a que su tenor literal afirma la existencia de un derecho al medio ambiente adecuado.

35. Dentro del Capítulo V, «Ciudadanía», se contemplan algunos derechos cuya titularidad no parece pertenecer por su naturaleza objetiva a este *status* de emanación de derechos, propio de quien participa en la formación de la voluntad democrática de una comunidad, sino antes bien a las «personas» con independencia de su nacionalidad y derechos políticos.

Así el *derecho a una buena administración* (art. 41), no es un derecho de los ciudadanos sino de los administrados, lo cual no es lo mismo, éstos pueden ser personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeros. Su comprensión en cuanto objeto de un verdadero derecho fundamental es muy problemática, falta al menos una previa fundamentación cultural y un objeto preciso y susceptible de reclamación. Es cierto, sin embargo, que el TJ ha desarrollado en su jurisprudencia un principio de buena administración (véase el citado caso *max.mobil Telekomunikation* del Tribunal de Primera Instancia). Entre los contenidos que se detallan en el artículo están los siguientes. El derecho a un tratamiento equitativo, imparcial y razonable de los asuntos por parte de las instituciones y órganos de la Unión, y en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. El derecho del afectado a ser oído; recuérdese que el Tribunal Constitucional ha denegado la aplicación del derecho a un Juez imparcial en los procedimientos administrativos por la naturaleza jerárquica de las administraciones. El derecho de acceso al expediente. La responsabilidad contractual y extracontractual de la Unión. La obligación de motivar las decisiones administrativas. Y el derecho a dirigirse y recibir respuesta en la lengua de los Tratados de su elección.

Igualmente, el artículo 42 que permite someter los casos de *mala administración al Defensor del Pueblo Europeo* respecto de las acciones de las instituciones y órganos comunitarios. Transformar la queja o acción, un derecho reactivo de acceso a un procedimiento administrativo, en contenido de un derecho fundamental es no menos discutible o necesitado de un mayor razonamiento.

Tiene interés el derecho de cualquier ciudadano de la Unión a la *protección diplomática y consular* (art. 46) de las autoridades diplomáticas de cualquier Estado miembro en un tercer país no comunitario y en el que no esté representado el Estado del que sea nacional. Es una típica norma de un tratado internacional, pero, de nuevo es menester interrogarse si la materia debe erigirse en contenido y objeto de un derecho fundamental.

36. A la «Justicia» se destina el Capítulo VI, entre los aspectos más novedosos está el *derecho a la asistencia jurídica gratuita* (art. 47 pár. 3.º), un derecho reconocido por la jurisprudencia del TEDH cuando su ausencia pueda hacer ineficaz un recurso efectivo, pero que no está recogido en el Convenio.

Es originaria la expresa consagración como derecho independiente del *principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas* (art. 49.3), y no como contenido deducible de un genérico principio de legalidad penal, si bien se regula conjuntamente con él. El descriptor del artículo habla de «principios» de legalidad y proporcionalidad. Se estipula que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción. Los Tribunales Constitucionales europeos están haciendo del juicio y del principio de proporcionalidad una de las construcciones más relevantes de nuestros días, pero restan muchas incógnitas sobre la certeza de su uso judicial.

Del mismo modo, el tradicional brocardo *ne bis in idem* se independiza de los contenidos del principio de legalidad y se regula autónomamente (art. 50). Si bien se circunscribe a sus vertientes penales, y no a las sanciones administrativas, al señalarse que nadie podrá ser acusado o condenado dos veces por el mismo delito. Estaba en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH. Y la jurisprudencia constitucional lo ha deducido del artículo 25.1 CE.

37. En el decisivo Capítulo VII destinado a las «Disposiciones generales», ocupado en sentar la menguada validez y eficacia de las disposiciones anteriores, existe no obstante alguna norma sustantiva en materia de derechos que conviene traer a colación. En especial, por su relevancia teórica, la prohibición del *abuso de los derechos fundamentales* (art. 54). Una interdicción recogida en el artículo 17 CEDH, que se reproduce casi textualmente, y antes en el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; es patente como los tres preceptos se han ido sucesivamente perfeccionado. Pero es un precepto que apenas ha sido utilizado por el Tribunal de Estrasburgo y, preferentemente, para rechazar su aplicación al caso cuando ha sido objeto de invocación en las demandas junto a otros derechos (cfr. Pinelli). Hay una dominante interpretación marginal y restrictiva, que no estoy seguro debiera mantenerse para minorías organizadas y violentas como v.gr. acontece con los grupos terroristas y fundamentalistas. Dentro del constitucionalismo, es notorio lo prescrito en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn que atribuye la competencia para declarar la pérdida de esos derechos al BVerfG, y en los artículos 36 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional federal alemán, pero son igualmente disposiciones con escaso uso. Se trata de impedir, con manifiesto abuso del derecho que las dispo-

siciones de la Carta puedan ser usadas por un individuo o grupo (también por un Estado pero es menos probable un abuso manifiesto) para reconocer un derecho a realizar actividades tendentes a destruir los derechos o libertades de otros o a introducir limitaciones más amplias que las previstas.

4. ¿A QUÉ LLAMA DERECHOS FUNDAMENTALES LA CARTA?

Una tercera conclusión procede de la confusión —inevitable pero problemática— entre derechos fundamentales y principios jurídicos, opción que produce inconvenientes. Tiene ventajas, al haber hecho posible una declaración, pero también riesgos y disfunciones. Señalaré algunas.

La Carta maneja un concepto amplio de derechos fundamentales —universalidad de los derechos, inclusión de los derechos sociales y de prestación— que casa mal con su comprensión como *principios generales del derecho comunitario* (de «principios generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros» se habla en el reciente asunto *max.mobil Telekommunikation*). Una posición que no es la mayoritaria en la dogmática constitucional alemana y española y, en general, en la teoría general de los derechos. Dar respuesta a este enigma requiere enmarcarlo en una problemática más amplia. Una y otra cosa suelen entenderse como categorías contrapuestas en Derecho Constitucional interno a efectos de su aplicación directa desde las Constituciones y de su eficacia y vinculación al legislador. Si bien no falta también quien ha defendido que los derechos son susceptibles de articulación como normas-reglas o como derecho por principios, o mandatos de optimización, pero su eficacia no es la misma en intensidad e instrumentos (cfr. R. Alexy). Es, por tanto, probable que el cabal artificio o ingenio construido por el TJ antes o después deba ser modificado, con mayor razón, si se produce la incorporación. La idea de derechos fundamentales de las Constituciones europeas no es la misma que la de la Carta.

Es necesario y realista acometer una *relativización de las categorías constitucionales* en la integración europea, puesto que no existe un Estado europeo ni siquiera federal sino una Unión de Estados en palabras del BVG. El Derecho Constitucional europeo no puede ser el Derecho de la Constitución del Estado como explicamos en las aulas. Se está relativizando ya, respecto del procedimiento, la distinción entre Constitución federal y tratado internacional. Pero debe de haber *límites*. No puede valer cualquier cosa. Emerge un nuevo constitucionalismo con otras categorías funcionales. Estamos en un «momento constituyente» y deben ofrecerse soluciones. Cabe pensar que son otros derechos que no nacen de la Constitución sino de la

materialidad de las cosas o que tienen fundamento en normas con rango de ley como son las directivas y el resto del Derecho Comunitario derivado, pero no estaría mal incorporarlos a una Constitución europea. Parece obligado para no producir mayores problemas derivados de las contradicciones expuestas. Weiler reprocha a los juristas que sean los sacerdotes del rigor conceptual, la «nueva ortodoxia». Pero, a diferencia de este autor, creo que es menester flexibilizar el rigor de la construcción jurídica, pero no orillararlo, antes o después deberán afrontarse los problemas directamente. El funcionalismo europeo tiene límites, sobre todo materiales, si quiere realmente hacerse una integración *more Constitutionalis*.

¿Quién crea los derechos fundamentales? En Derecho Constitucional el proceso es para la doctrina muy dificultoso. No basta con el *fiat* o la decisión de una Convención. Requiere muchas cosas. Hace falta que se detecte una «necesidad básica» en un ordenamiento, y normalmente existe una previa «reivindicación» o lucha por el derecho subjetivo en un Estado de Derecho, y sólo después sobreviene una «positivación» o reconocimiento en normas de rango igualmente fundamental, y todo ello reclama un «fundamento cultural» ligado a la «dignidad» de la persona y al libre desarrollo de su personalidad de los que emanan todos los derechos verdaderamente fundamentales. No se puede erigir en fundamental cualquier derecho de distinto rango y esencialidad por la simple decisión del titular de la fuente.

Desde esta perspectiva exigente —pero puede haber otras— algunos derechos de la Carta parecen carecer de «fundamentalidad». Especialmente los que proceden del Derecho Comunitario derivado, o tienen contenidos típicos de normas de tratados. No es —a mi juicio— cuando menos evidente que tengan todavía esa enjundia o sustancia fundamental que les es propia. Son reglamentistas en exceso, por definición, tantas cosas no pueden ser «fundamentales» en un ordenamiento. O se produce una confusión entre la «materia de ley» (directiva, reglamento) o de «tratado» (v. gr. la protección diplomática) y la «materia de Constitución». Aunque este deslinde resulte igualmente impreciso en el derecho interno, la inseguridad es aquí mayor. La diferencia es de grado. Pueden ser derechos de las personas o de los ciudadanos, pero quizá no fundamentales. El debate no es académico, el riesgo deriva de que haciendo crecer el catálogo de derechos fundamentales se degrade su garantía y valor normativos, o lo que es lo mismo, su resistencia pasiva frente a cualesquiera poderes públicos o privados.

La construcción del TJ comprendiendo los derechos fundamentales como principios jurídicos del Derecho Comunitario, y asumiendo su defensa para mantener el principio de primacía de ese derecho, fue bienintencionada —colmar el vacío de los Tratados originarios—, pero antes o después, según la integración avance, quizá deba sustituirse por otra. No por purrito teórico

sino porque se trata de situaciones jurídicas activas bien distintas en sus rasgos dentro de un ordenamiento. Es —a mi entender— una contradicción que las normas que valen como fundamentales en el ordenamiento interno valgan sólo como principios generales en el orden comunitario. Deberían poseer un *valor simultáneo* en el derecho interno y en el europeo, manejado la lógica del Derecho Internacional, o alcanzar una *irradiación en la integración* de su valor constitucional, usando la del derecho interno. Que la Unión Europea no tenga competencia general es el obstáculo de fondo.

Hoy por hoy existen tres niveles de intensidad en la intensidad de la protección y garantía de los derechos fundamentales. Podría hablarse de un *triple círculo en la protección de los derechos*. El más externo que ofrece el Derecho Comunitario, incluso tras la Carta, simples principios jurídicos desprovistos de valor como reglas-normas. En situación intermedia, el dispensado por el ordenamiento del CEDH que dispensa mecanismos jurisdiccionales de garantía, un acceso directo para los afectados, pero insuficientes medios de reparación y que además reclaman de la intervención de los Estados. Y un círculo interno configurado por un máximo de protección —empero puede no ser así en los contenidos y obtenerse de cualquiera de los otros dos una mayor protección— que ofrecen las Constituciones europeas las cuales regulan recursos ordinarios y constitucionales, establecen el respeto al contenido esencial de todos los poderes públicos, una vinculación positiva hasta para el legislador, y un amplio abanico de medidas judiciales de restablecimiento y reparación del daño causado en las situaciones individuales de violación de derechos.

En consecuencia, es previsible que aparezcan *supuestos de protección no equivalente* ocasionados por la falta de intersección de los tres círculos. La «vida familiar» (art. 8 del Convenio y art. 7 de la Carta), por ejemplo, no es un concepto igual en sus dimensiones objetivas a la «intimidad familiar» (art. 18.1 CE) ni a la protección de la familia (art. 39 CE), como ha expuesto recientemente P. Santolaya, por mucho que el Tribunal Constitucional se esfuerce en aproximarlos. Esta última es en España es un simple principio rector en el marco de la ley de extranjería y no un derecho fundamental a efectos de reagrupamiento familiar. Los amplísimos límites que el apartado 2 del artículo 8 del Convenio muestran a ese derecho evidencian lo que digo.

5. VALORACIÓN FINAL

Puede haber habido un exceso de criticismo, entre la doctrina jurídica, en particular la constitucionalista, a la hora de valorar la Carta. Al contrario de diversos autores, no creo —como expresamente se ha dicho— que el texto

sea prolijo o detallado o heterogéneo en exceso, ni comparto un sentimiento de frustración o de ocasión perdida o de inutilidad, ni me parece que se ponga sordina al debate de fondo. La Carta es un símbolo, una síntesis actualizada y, en definitiva, un avance importante para consolidar en Europa el lenguaje de los derechos. Sí es preocupante, en cambio, la fragilidad de los mecanismos de protección de la Carta a diferencia de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Y es no menos cierto que se recogen algunos derechos de contenido reglamentista y algunos otros que son de discutible o dudosa fundamentalidad por ese u otros motivos. No obstante, la declaración supone un serio paso en el proceso de constitucionalización europea, aunque en Niza no se produjera la incorporación, que, de cumplirse las previsiones del Anteproyecto de Tratado Constitucional, podría acabar produciéndose en el 2004. Mas los contenidos de la Carta como la misma incorporación son todavía cuestiones complejas, aquejadas de cierta provisionalidad y debemos ser todavía muy cautos.

La declaración explícita o formaliza derechos de creación jurisprudencial, recoge algunos entendimientos o contenidos nuevos de los derechos viejos del constitucionalismo, corrige algunas omisiones o lagunas, o modifica algunas disposiciones del Convenio Europeo. El catálogo es, pues, correcto desde los dos paradigmas desde los que ha sido analizado, constitucionalidad y convencionalidad; en sus líneas generales, supera ambos test. Claro está que toda declaración —como la propia democracia— es perfectible. Y hay normas que deberían estar en leyes europeas, si tal categoría de las fuentes existiera o pudiera crearse. O asuntos que, desde la lógica de la supremacía de la materia constitucional, resultan típicas del derecho de tratados. O reglamentistas en exceso, como con frecuencia ocurre con las precedentes del Derecho Comunitario derivado. Hay, en suma, derechos de discutible fundamentalidad, pero también es probable que algunos lleguen a tenerla según evolucionen las circunstancias.

Persisten, sin embargo, sensibles diferencias en la comprensión de los derechos fundamentales entre la Unión y los Estados constitucionales y esto es preocupante para el futuro. No tanto en su contenido, que queda demostrado es semejante, cómo en la forma de otorgarles vinculación jurídica y eficacia para las que deben ser las normas más intensamente obligatorias de un ordenamiento. El intento de independizar derechos y normas de competencias es más que problemático, y acaso una cosa no pueda disociarse de la otra y se produzcan en la realidad interferencias no deseadas o el abandono de una regla inevitable (la del art. 51.2) pero de contenido imposible. Esta situación debería tener consecuencias y previsiones en el principio de atribución que los Tratados diseñen en la parte orgánica de la Constitución europea.

La vida de la Carta, su eficacia futura, es sin embargo una incógnita. Hoy por hoy no es una fuente del Derecho Comunitario siquiera, no es un tratado. Pero esta aproximación es reduccionista. Es pronto para saberlo. Es razonable ser escéptico, porque —como recuerda Weiler— el discurso universal de los derechos, sobre ideales, suele siempre acabar chocando con los fríos cálculos de los intereses económicos. Pero probablemente no lo es menos esperar que el TJ, el TEDH y los Tribunales Constitucionales extraigan efectos jurídicos de sus disposiciones; y auspiciar que de alguna forma se incorpore al nuevo Tratado-Constitucional, es decir, a algo que podamos llamar Constitución europea y constituya una variante de Constitución federal aprobada por un tratado; así como aspirar a que tengamos un mínimo denominador común de la Unión en materia de derechos, sin perjuicio de la protección más intensa que la Convención de Roma o las Constituciones de los Estados dispensen. Y si esa Constitución no quisiera llamarse «federal» para no espantar a los Estados más unitarios o con mayores reparos en el ritmo de la integración, no es preciso preocuparse por el manejo de los términos. Estaríamos en una buena ocasión más para mostrar la eficacia de la vieja lógica federal, pactista y contractual, tan flexible y equilibrada desde hace doscientos años como para no necesitar llamarse federal para poder actuar en la realidad como tal.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Capítulo Tercero «La estructura de las normas de derecho fundamental».
- ALONSO GARCÍA, RICARDO: «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, págs. 13 y ss.
- ALONSO GARCÍA, RICARDO e IGNACIO TORRES: «La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act de 1998): una evolución a conciencia», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2000, págs. 5 y ss.
- BALDASARRE, ANTONIO: «Costituzioni e teoria dei valori», en *Politica del Diritto*, 1992, núm. 4, pág. 639.
- CHITI, MARIO P.: «La Carta Europea dei Diritti Fondamentali: una carta di carattere funzionale», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 2002, págs. 1 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA: «¿Una Constitución sin declaración de derechos? Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 135 y ss.
- «¿Qué diferencia hay entre un Tratado y una Constitución?», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, págs. 85 y ss.
- *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

- FERNÁNDEZ, PABLO ANTONIO: «Towards a European Constitutional Court?», en *International Law Review (Revue de Droit International)*, vol. 2, 1995.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y RICARDO ALONSO GARCÍA (coord.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- HÄBERLE, PETER: *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, original en alemán de 1983.
- *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Oñate, 1996, original en alemán de 1995.
- JELLINEK, GEORGE: *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Albert Fontemoig Éditeur, Paris, 1902, original en alemán de 1895.
- LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO: «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113, 2001, págs. 43 y ss.
- LUCAS MURILLO, PABLO: «Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del proceso», en *Revista Vasca de Administración Pública*, pendiente de publicación.
- MATÍA PORTILLA, JAVIER (director): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO: *Documentos*, Universidad de Barcelona, 2002. Documentos sobre las voluntades anticipadas, investigación con embriones, donación de ovocitos, células madres embrionarias, congelación de ovocitos para la reproducción humana y salud sexual y reproductiva en la adolescencia.
- PACE, ALESSANDRO: «¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7, 2001, págs. 173 y ss.; publicado en italiano en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, págs. 193 y ss.
- PEEL, QUENTIN: «A Constitution for a Europe for elites» en *Financial Time*, 6 de noviembre de 2002, pág. 23.
- PÉREZ VERA, ELISA: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en VV.AA.: *Los derechos humanos. Libro homenaje a Luis Portero García*, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA y EDUARDO ROCA (coord.), Granada, 2001.
- PINELLI, CESAR: «Art. 17: Divietto del abuso di diritto», en SERGIO BARTOLE y otros: *Comentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell' Uomo e delle Libertà Fondamentali*, CEDAM, Milán, 2001, págs. 455 y ss.
- PIZZORUSSO, ALESSANDRO: «La carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea: le principali tappe preparatorie», en *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli Editore, a cura di G. ROLLA, Turín, 2001, págs. 103 y ss.
- *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- REVENGA, MIGUEL: «Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 99 y ss.

- REY, FERNANDO: «Cómo nacen los derechos fundamentales», en *Annali del Seminario Giuridico*, volumen I, Giuffrè, Milán, 1999-2000.
- RODRÍGUEZ, ÁNGEL: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- ROLLA, GIANCARLO: «Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, págs. 39 y ss.
- «I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporáneo: spunti critici», en *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, ob. cit., págs. 3 y ss.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: «Una Carta de dudosa utilidad», en VV.AA.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Javier Matia Portilla (director), ob. cit., págs. 169 y ss.
- «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pág. 13.
- SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales. ¿qué hay de nuevo?», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, págs. 154 y ss.
- «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *Azpilcuetta. Cuadernos de Derecho*, núm. 17, 2001, págs. 43 y ss.
- Coordinador monográfico *Revista Vasca de Administración Pública*, 2000, núm. 58, sobre los derechos fundamentales en la nueva Europa.
- SANTOLAYA, PABLO: *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Madrid, 2001.
- *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, inédito y pendiente de edición.
- SCHWARTZ, BERNARD: *The great rights of mankind. A history of the American Bill of Rights*, Oxford university Press, Nueva York, 1977.
- SMEND, RUDOLF: *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, epígrafe «Contenido material de carácter integrador de las Constituciones. En especial los derechos fundamentales», págs. 225 y ss.
- UGARTEMENDÍA, JUAN IGNACIO: «Una reflexión acerca de la influencia del Derecho Comunitario sobre la concepción estatal de los derechos fundamentales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58, 2000, págs. 65 y ss.
- *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, IVAP, Oñati, 2001.
- WEBER, ALBRECHT: «Consideraciones en torno a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 79 y ss.
- WEILER, J. H. H.: *The Constitution of Europe: Do the new clothes have an emperor? And other essays*, Cambridge University Press, 1999.