

LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO

Por BALDOMERO OLIVER LEÓN

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA GÉNESIS DE LA CARTA.—3. LA CARTA EN EL CONTEXTO DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO.—4. LAS POTENCIALIDADES DE LA CARTA: 4.1. *La Carta y la generación de las condiciones para una Constitución Europea*. 4.2. *La Carta en la actual estructura de la Unión*.—5. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de la Europa integrada, sobre todo a partir de Maastricht, se ha sustentado en la asunción de los principios y valores más claramente definitorios del Estado Constitucional y, entre ellos, el carácter axial de los derechos fundamentales (1) lo que, de una parte, ha introducido en el desarrollo de la Unión categorías propias del Derecho constitucional estatal y, de otra, ha evidenciado las carencias de la estructura comunitaria en comparación con el modelo estatal constitucional.

Como es sabido, el sistema de reconocimiento y protección de los derechos en la Unión se ha venido desarrollando a través de la actividad jurisprudencial del TJCE y de una dispersa producción normativa de los órganos comunitarios que, en términos generales, suele representar la concreción de aquella jurisprudencia. Por otro lado, de todos es conocida la tensa relación mantenida por el TJCE y las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados miembros que, de forma más o menos abierta, han cuestionado la potes-

(1) La expresión normativa más evidente de esta afirmación viene dada por el artículo 6 TUE.

tad del Tribunal de Luxemburgo en esta materia. Con estos antecedentes, incluso la mera proclamación de un Carta de Derechos de la Unión abre nuevas expectativas y nuevas posibilidades en la definición del papel que cada institución comunitaria, la capacidad de los diferentes tribunales estatales en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y, consecuentemente, la necesidad de definir las vías técnico-jurídicas de una posible distribución de competencias en esta materia (tanto en sentido vertical como horizontal).

Más aún, la posibilidad de que la Carta se incorpore a los Tratados comunitarios introduciendo derechos vinculantes puede llegar a «*alterar el paradigma de la integración europea*» (2) y, desde un punto de vista jurídico, representaría un nuevo dato sobre la naturaleza «constitucional» del derecho originario de la Unión. La Carta, en definitiva, se inserta en un debate más amplio y de mayor calado sobre el futuro de Europa. La construcción europea se ha nutrido no solamente de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros sino también de técnicas, construcciones e instituciones del Estado Constitucional como categoría dogmática. Con esta base práctica y teórica la Unión presenta un indiscutible potencial como estructura constitucional de futuro que se vería reforzada por la incorporación de un catálogo de derechos en los Tratados: con una «constitucionalización» de los derechos fundamentales en la Unión. La cuestión, ahora, es determinar el posible cambio de la naturaleza de la Unión y el papel que la Carta pueda jugar en ese proceso.

No resulta exagerado, pues, afirmar que en torno a la breve historia de la Carta se puede sintetizar el recorrido de los derechos fundamentales en la Unión y que las diferentes posiciones sobre su futuro pueden ser entendidas como la expresión de diferentes proyectos políticos para Europa.

El sentido y el contenido de la Carta pueden ser abordados desde dos perspectivas, ambas complementarias pero claramente diferenciadas. En concreto, la virtualidad jurídica de la Carta en la actual estructura de la Unión, de una parte, y la capacidad de la Carta para profundizar el carácter constitucional de la Unión, de otra, constituyen dos niveles de análisis de la Carta que ponen de manifiesto que su potencialidad va más allá del mero enunciado de un catálogo de Derechos para la Unión Europea y, en última instancia, trae a colación un debate más de fondo sobre el posible desarrollo de una estructura constitucional europea común a los Estados miembros de la Unión.

(2) Afirmación contenida en el Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre «*La elaboración de una Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*» (AS/0064/2000).

La primera de las dimensiones señaladas incide sobre el papel de los derechos fundamentales en la Unión y en como los mismos condicionan las relaciones entre los Estados miembros y la actual estructura comunitaria. En este caso, la naturaleza jurídica y el contenido de la Carta se inserta en el debate sobre el difícil equilibrio orgánico entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros y el mayor o menor peso que unas u otros hayan de tener en la construcción del futuro de Europa; doctrinalmente serán los conceptos y la metodología del derecho comunitario los que nos ofrezcan los instrumentos más adecuados para abordar el estudio de la Carta desde esta perspectiva.

La segunda de las dimensiones señaladas sitúa el debate sobre la Carta en unos términos inequívocamente constitucionales al plantear la virtualidad de los derechos fundamentales como referente ineludible en la organización y ejercicio del poder político de la Unión. Los términos del debate, ahora, se centran en la relación de los ciudadanos con la estructura política de la Unión y la potencialidad de la Carta para dotar a la misma de una naturaleza constitucional; en consecuencia, las categorías dogmáticas elaboradas desde el derecho constitucional son el instrumento imprescindible para la correcta comprensión de la Carta.

La diferenciación de los posibles enfoques de la Carta, sus puntos de conexión y la delimitación de algunas de las posibles consecuencias que desde uno y otro podamos obtener constituyen el hilo conductor del presente trabajo, centrándonos en aquellos extremos que más directamente se relacionan con la disciplina del derecho constitucional.

Antes de abordar el objeto principal de nuestro trabajo, hemos considerado conveniente hacer una breve referencia a la génesis de la Carta por cuanto en la misma ya quedaron apuntados, y hasta cierto punto condicionados, los ámbitos en los que la misma puede desplegar una diferente potencialidad.

2. LA GÉNESIS DE LA CARTA

La correcta comprensión de la breve historia de la Carta requiere enmarcarla en las condiciones políticas en las que ha terminado por cristalizar y, al mismo tiempo, insertarla en la dilata e intensa proyección de los derechos fundamentales en la construcción jurídica de la Unión europea. Estos mismos elementos perfilan, en general, la actual arquitectura de la Comunidad y aunque pueden ser estudiados autónomamente ambos constituyen condiciones que conjuntamente explican la posición, el sentido y el contenido de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario (3).

(3) Esta relación entre los elementos sociopolíticos y jurídicos no siempre ha corrido en

Así, la Carta puede ser entendida como un avance de las opciones políticas más o menos federalizantes en el seno de la Unión y como un escalón más en el proceso de construcción de un sistema de protección de los derechos fundamentales propio de la Comunidad en el que, hasta cierto punto, se armonizaría la actividad jurisprudencial del TJCE (4) en esta materia y el derecho escrito, tanto originario como derivado, de la Comunidad (5).

A grandes rasgos, y sólo desde el punto de vista de su finalidad, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Comunidad ha evolucionado desde su incorporación como instrumentos al servicio de los objetivos eminentemente económicos de la Comunidad (6) hasta su consideración, al menos formalmente, como fundamento y límite de la acción de los poderes públicos comunitarios (7). Ahora bien, en la actual

paralelo, incluso sus mutuas interrelaciones han presentado perfiles conflictuales. Tal afirmación es asumida de forma pacífica para el momento fundacional de las Comunidades europeas (*vid.* al respecto J. WEILER: «La transformación de Europa», en *Europa. fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995, págs. 15 y ss.).

(4) Un estudio detallado de los hitos jurisprudencias en este proceso en A. RODRÍGUEZ: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, en especial págs. 183 y ss. Para una comprensión general del papel del TJCE como jurisdicción competente en materia de protección de derechos fundamentales en el seno de la Unión, M. AZPITARTE SÁNCHEZ: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 73 y ss.

(5) La Convención acompañó la Carta de unas explicaciones de su articulado en las que se explicita el derecho escrito, tanto originario como derivado, en el que se inspira buena parte de su contenido. En concreto, han sido suficientemente señaladas las disposiciones relativas a la no discriminación y los derechos de participación política como ejemplos de materias desarrolladas por las normas comunitarias vinculadas y constitutivas de un incipiente cuerpo de derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión. (El texto de la Carta acompañado por las explicaciones a las que nos referimos puede ser consultado en el sitio web de la Convención www.db.consilium.eu.int/df).

(6) En este mismo sentido E. PÉREZ VERA: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» en AA.VV.: *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, Granada, 2001, pág. 838, donde la autora recuerda la finalidad económica del reconocimiento por el Tratado de Roma de la libertad de circulación, de libre establecimiento o de la no discriminación por razones de nacionalidad o sexo. Evidentemente, el carácter instrumental de estas libertades no anula su potencialidad para llegar a convertirse en «derechos subjetivos de los nacionales de los Estados miembros, en relación con las políticas comunitarias» (*ibid.*, *idem.*), pero las libertades antes señaladas son recogidas en los Tratados constitutivos como políticas comunitarias y «del mismo modo que en ocasiones su consecución implica proteger un derecho fundamental, en otras ocasiones puede exigir el sacrificio del mismo» (A. RODRÍGUEZ: *Integración europea...*, *op. cit.*, pág. 198).

(7) En este sentido, el artículo 6.1 del TUE expresa la voluntad comunitaria de fundamentar su estructura política en los principios y valores que, esencialmente, define el Estado constitucional. Mientras que el artículo 6.2 del TUE concreta el carácter de los derechos fundamentales como parámetro de actuación de la Unión. Por su parte, el artículo 46.d) TUE

fase de desarrollo de la Unión ni el tratamiento de los derechos fundamentales en su seno está libre de su primigenia vinculación instrumental con los objetivos predominantemente económicos de la Comunidad, ni su regulación jurídica puede equipararse plenamente con los sistemas de reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales en el nivel estatal. Aun cuando podamos asumir que la Unión entró, a partir de Maastricht, en un proceso de «constitucionalización» (8) el resultado del mismo es aún incierto y su culmen en un Estado Constitucional Europeo sólo es una posibilidad. El estadio actual de desarrollo de la Unión, en este sentido, se caracteriza por el «déficit de Constitución» que presenta el ordenamiento comunitario (9) y desde el cual es imprescindible comprender el origen y el sentido de la Carta.

Efectivamente, la declaración solemne de la Carta ha sido presentada como un paso decisivo en la «constitucionalización» europea y, en última instancia, como un triunfo de las tesis políticas más decididamente federalizantes en el seno de la Unión. Es ciertamente innegable que la Carta constituye un hito en la construcción de la Europa del futuro; sin embargo, la comprensión de la Carta dentro de la dinámica constitucionalizante de la Unión, presenta serias carencias, ya que la consolidación de un sistema de derechos fundamentales es un elemento necesario pero no suficiente para asentar una futura constitución europea. Dicho sistema, los mecanismos de protección de los derechos y su eficacia como límite y referente de la actividad de los poderes públicos no pueden desligarse de otros elementos que definen las estructuras estatales constitucionales (10). Y, desde un punto de vista políti-

consagra normativamente la competencia del TJCE «... respecto de las actuaciones de las instituciones...». Esta regulación es la plasmación en el derecho primario del giro «constitucionalista» en la Comunidad a partir del Tratado de Maastricht y continuado, no sin dudas, en Amsterdam y Niza.

(8) Sobre esta idea y su relación con la gestación de la Carta *vid.* R. ALONSO GARCÍA: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, págs. 11 y ss.

(9) *Vid.* F. BALAGUER CALLEJÓN: «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, págs. 594 y ss. El concepto «déficit de Constitución» no sólo haría referencia a la actual configuración del ordenamiento comunitario sino que también afectaría a los ordenamientos de los Estados miembros, ya que «no sólo el ordenamiento comunitario no es originario, porque todavía no ha llegado a adquirir esa condición, sino que el ordenamiento estatal ya ha dejado de serlo porque los compromisos adquiridos le colocan en una situación de progresiva dependencia jurídico-política» (pág. 596).

(10) En este sentido, se ha señalado la necesidad de fijar una distribución de competencias entre los diferentes niveles comunitarios (confrontar con F. BALAGUER CALLEJÓN: «Dere-

co, frente a la posibilidad de haber modificado los Tratados cuando se ha tenido oportunidad (11), el procedimiento de elaboración de la Carta no deja de presentar un cierto grado de solución de compromiso o de solución intermedia para diferir un debate que, cada vez más, resulta ineludible. En definitiva, si hubiéramos de considerar la Carta como el punto final del debate sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión el resultado sería indudablemente frustrante. Ahora bien, la génesis de la Carta la convierte en el punto de partida de un debate desde parámetros, aunque no exclusivamente, constitucionales (12). Por decirlo en otros términos, la posibilidad de una estructura política europea nacida de un acto constituyente y basada en los principios que definen a los actuales Estados constitucionales ha encontrado un soporte más sólido con la necesaria definición, aunque sea diferida, de un sistema de derechos fundamentales como parte esencial del Derecho primario.

En este contexto, el mismo proceso de elaboración de la Carta y la naturaleza asignada a la misma nos ofrecen una información esencial sobre el papel que la misma jugará y condiciona los términos en los que habrá de desarrollarse el debate sobre su futuro.

Será en el Consejo europeo de Colonia de junio de 1999 donde se tome la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión al tiempo que señalaba a grandes rasgos sus posibles contenidos (13) tomando

cho y Derechos de la Unión Europea», en J. CORCUERA ATIENZA (coord.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002).

(11) Tanto en Amsterdam como en Niza no sólo se eludió la posibilidad de incorporar un catálogo de derechos a los Tratados, sino que tampoco se aprovechó la posibilidad de realizar los cambios necesarios para superar las trabas jurídicas que el TJCE ha señalado para proceder a la ratificación del CEDH por parte de la Unión.

(12) Se ha afirmado que la Carta —y su proceso de elaboración— ha supuesto que «en la pugna dialéctica entre partidarios y adversarios de las ideas federalistas para la Unión, los primeros han ganado una baza fundamental: la de la reflexión teórica sobre el proceso de integración» (E. PÉREZ VERA: «La Carta...», *op. cit.*, pág. 845).

(13) El Consejo de Colonia esbozó, más bien, una clasificación de los derechos que abría de contener la Carta y, sobre todo, se esforzó por explicitar la naturaleza de los posibles derechos como principios generales del derecho comunitario. En concreto, se señalaba que la Carta debería incluir los derechos de libertad e igualdad, principios procesales fundamentales, «tal como se reconocen en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes» —mención que podría ser comprendida también como un límite de la creatividad del órgano que finalmente redactara la Carta—, los derechos básicos inherentes a la ciudadanía europea y derechos de contenido económico y social «del mismo modo que en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales». Para un análisis crítico de las conclusiones de la Presidencia presentadas en el Consejo de Colonia (de las que hemos extraído el párrafo anterior); *vid.* F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 27 y ss.

como base, al menos en parte, las conclusiones del Informe Simitis (14). Tal declaración fue concretada por el Consejo europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, con la creación de un órgano, posteriormente autodenominado Convención, encargado de redactar el texto de la Carta (15), su método de trabajo y otros extremos de índole práctica (lugar de reunión, régimen lingüístico...) (16). El hecho de que haya sido el Consejo europeo quien llevara la iniciativa en la elaboración de la Carta, habida cuenta de sus reticencias en abandonar la línea intergubernamental de la Comunidad, podría explicar la vaguedad de la finalidad reconocida a una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea en la que se procede a «resumir y poner de relieve» los derechos vigentes en la misma y, por ende, el contenido del mandato de la Convención encargada de su redacción que, a nuestro entender, ha propiciado la ubicación del futuro debate sobre el tema en un ámbito que supera las pretensiones del propio Consejo. Así, si el procedimiento de elaboración de la Carta

(14) Dicho informe, que recoge las conclusiones del Comité de expertos patrocinado por la Comisión y presidida por Spiro Simitis, además de señalar la necesidad de promulgar una Carta de Derechos fundamentales para la Unión, hacia especial hincapié en que la misma tomara como referente a la CEDH y en la necesidad de completar los derechos individuales tradicionales con otros de carácter social como complemento indispensable de los primeros. El informe de referencia fue publicado bajo el título *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea: ha llegado el momento de actuar*, Servicio de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1999.

(15) Como es sabido, las conclusiones de Tampere se centraron fundamentalmente en la necesidad de consolidar una política común en materia de asilo y migración, la determinación de un auténtico espacio europeo de justicia y la lucha contra la delincuencia a escala de la Unión. Por tanto, y desde nuestro punto de vista, las prioridades políticas de la agenda de la Unión en el momento en que se gesta la Carta vienen dadas por su apertura al exterior, concretada tanto en la posible ampliación de la Unión, como en el incremento de las relaciones internacionales de la Unión, el aumento del fenómeno de la emigración y la lucha contra la delincuencia internacional —como efecto pernicioso de la liberalización de las fronteras en el ámbito de la Unión— elementos considerados como esenciales para consolidar la Unión como un «espacio de libertad, seguridad y justicia». Así, considerando que la Unión había alcanzado un alto nivel en la creación de un «espacio compartido de paz y prosperidad: un mercado único, una unión económica y monetaria y la capacidad de asumir retos políticos y económicos a escala internacional» el objetivo se centraría en asegurar su disfrute en condiciones de seguridad y justicia.

En última instancia, se podría constatar una vinculación en el ámbito político comunitario entre los términos «seguridad» y «libertad» que, a nuestro entender y al menos para el Consejo europeo, sigue supeditando la cuestión de los derechos fundamentales a la preservación de la estructura institucional de la Comunidad ante un contexto internacional globalizado más que a la comprensión de aquellos como la concreción normativa de la dignidad de la persona asumida ésta como el fundamento mismo de la organización política.

(16) Extremos recogidos en un anexo a las conclusiones de la Presidencia en cumplimiento de las conclusiones alcanzadas en el Consejo de Colonia.

era una manifestación de la falta de entusiasmo en el seno del Consejo por el proyecto impulsado por la Presidencia alemana de turno (17) lo cierto es que el mecanismo elegido para la redacción de la Carta ha intensificado el carácter constitucional del proceso de integración europea.

Se entiende, así, que la composición y la metodología de la Convención resulten ser de un especial interés para la comprensión tanto del contenido final de la Carta como de su auténtica dimensión, política y jurídica, en el inmediato devenir de la Unión europea (18).

En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la composición de la Convención (19), con la participación tanto de una representación de la propia Unión —formada a su vez por todos los órganos comunitarios— como de los Estados miembros, ha constituido un acierto en tanto que amplía la base de legitimidad de la Carta e, incluso, se ha presentado como un posible modelo para un futuro proceso constituyente europeo (20). Esta equiparación de la Convención con un órgano constituyente se ha apoyado, también, en el carácter abierto de las deliberaciones de la Convención y la participación de grupos sociales a través de aportaciones, unas y otras difundidas a través de un sitio web habilitado a tal fin (21).

(17) RUBIO LLORENTE ha recordado que la iniciativa de dotar a la Unión de una Carta de Derechos Fundamentales formaba parte del programa electoral de la coalición gubernamental que dos meses antes de asumir la Presidencia triunfó en las elecciones legislativas alemanas; en concreto, se trataría de una oferta electoral de los Verdes (*op. cit.*, pág. 27, nota 27).

(18) Para una aproximación a la composición y método de trabajo de la Convención, *vid. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE*: «La convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne», *Revue du Marché Común et de l'Union Européenne*, 2000, págs. 223 y ss.

(19) Recordamos que la Convención estuvo formada por 15 miembros en representación de los jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros, 30 representantes de los Parlamentos nacionales, un representante de la Comisión y 16 representantes del Parlamento europeo. Junto a los miembros citados se designaron, en calidad de observadores, dos por parte del TJCE y dos por el Consejo de Europa. Además en el anexo a las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere se explicitaba que el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y el Defensor del Pueblo serían invitados a dar su opinión.

(20) Se ha señalado, en este sentido, que la Carta presentaría una «legitimación dual» que podría llegar a representar un «doble pacto constitucional que no niega el origen internacional del tratado federal y al mismo tiempo hace viable el pacto constitucional democrático de los ciudadanos europeos» (A. WEBER: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pág. 96). Desde esta perspectiva, el autor reseñado apunta la conveniencia de que la representación del Parlamento europeo tuviera el mismo peso que la representación de los Estados miembros para conseguir dar mayor estabilidad a un hipotético Tratado Constitucional que tomara como modelo la composición de la Convención.

(21) <http://www.db.consilium.eu.int/df>. Página aun abierta y en la que se puede consultar la documentación básica con la que contaron los miembros de la Convención, las actas de las

La Convención terminó sus trabajos dentro de los plazos prefijados y el Consejo pudo aprobar el proyecto de Carta elaborado por aquélla en la reunión informal de Biarritz de octubre de 2000, dando traslado a las Presidencias de la Comisión y del Parlamento europeo para que se pronunciaran sobre el contenido de la Carta, siendo aprobada por ambas instituciones. Por fin, la Carta fue firmada y proclamada solemnemente en la cumbre de Niza el 7 de diciembre de 2000 por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo y publicada en el Diario Oficial (22).

La Conferencia intergubernamental de Niza no se pronunció sobre la integración de la Carta en los Tratados y la declaración núm. 23 anexa al Tratado de Niza remite a la próxima Conferencia intergubernamental, a celebrar en 2004, la decisión sobre la posible integración de la Carta en los Tratados (23). Por tanto, la Carta nacia como una declaración de carácter eminentemente político, fruto de la confluencia de las instituciones comunitarias y que, hasta cierto punto, intentaba paliar la carencia en el derecho originario de la Unión de un sistema de derechos fundamentales.

A partir de Niza se abre, por tanto, una segunda fase para llegar a definir cabalmente el sentido de la Carta y su futura posición en el ordenamiento comunitario. Por utilizar la terminología del Consejo europeo si la Carta muestra los derechos, corresponde ahora decidir qué hacer con los derechos mostrados.

El Consejo de Laeken de diciembre de 2001 convocó una nueva Convención para estudiar los retos esenciales del futuro de la Unión y articular las

reuniones tanto plenarias como de los grupos de trabajos constituidos y las más de 200 aportaciones enviadas por organizaciones sociales, del mundo académico, entidades públicas infraestatales...

(22) Núm. C364 de 18 de diciembre de 2000.

(23) En dicha declaración, además de señalar en su punto segundo que «con la ratificación del Tratado de Niza, la Unión Europea habrá completado los cambios institucionales necesarios para la adhesión de nuevos Estados miembros», mientras que en su punto quinto expresa que los temas que habrán de ser ampliamente debatidos para continuar con el proceso de integración europea «— la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad; — el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia; — la simplificación de los Tratados con el fin de clarificarlos y facilitar su comprensión, sin cambiar su significado; — la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea». En su punto siete recoge que: «La Conferencia acuerda que, una vez terminado este trabajo preparatorio, se convoque una nueva Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en 2004, para tratar las cuestiones antes mencionadas con miras a introducir las correspondientes modificaciones en los Tratados.» *Vid. DOCE* 2001 C-80/85.

posibles respuestas a los mismos, debiendo servir sus trabajos para preparar la próxima Conferencia intergubernamental de 2004 (24).

3. LA CARTA EN EL CONTEXTO DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO

Es posible comprender el Tratado de Niza como una etapa más de un proceso abierto en Maastricht tendente a definir la estructura interna de la Unión, los mecanismos de toma de decisión y, en definitiva, fijar el equilibrio de poder en el ámbito comunitario. Equilibrio que no sólo afecta a las relaciones interorgánicas de las instituciones comunitarias sino que también ha de atender a la posición de los Estados miembros respecto a aquéllas y entre sí, todo ello con el telón de fondo de la ampliación de la Unión (25). En otro sentido, con Niza se abre una nueva fase en el proceso de integración europea que habrá de cerrarse en la Conferencia Intergubernamental de 2004 y al que se le ha atribuido el carácter de «largo proceso constituyente» (26).

Esta doble dimensión que señalamos encuentra una clara proyección en la articulación normativa dada a una y otra: Mientras que el proceso de cierre de la organización institucional constituye el contenido esencial de las reformas del TUE, esto es, se concreta en normas jurídicas integrantes del derecho primario de la Unión; la apertura de la fase «constituyente» se realiza en una declaración esencialmente política: La Declaración sobre el futuro de la Unión (27). De esta forma, el momento actual ofrece una certidumbre normativa sobre la posición jurídica de los sujetos institucionales comunitarios (28) y la seguridad política de mantener abierto

(24) Esta nueva Convención celebró su sesión inaugural a finales de marzo de 2002 y entre los grupos de trabajo constituidos el II está dedicado monográficamente al futuro de la Carta.

(25) Una brillante síntesis del proceso al que nos referimos en M. AZPITARTE SÁNCHEZ: «El artículo 6 TUE. Codificación en el tiempo, significado y consecuencias jurídicas», en F. BALAGUER CALLEJÓN: *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, en prensa. Como señala el autor, con la dición final del 6 TUE queda definida «la posición constitucional de los sujetos clave del proceso integrador: el ciudadano, la Unión y los Estados miembros». No obstante, y desde nuestro punto de vista, en la concreción normativa conseguida en Niza, el tratamiento de estos elementos es desigual y claramente favorable a la redefinición de los dos últimos y sus mutuas relaciones.

(26) *Ibid.*, *idem*. Para AZPITARTE el artículo 6 TUE configura los elementos esenciales de la Unión y condiciona el debate abierto a partir de Niza.

(27) La ya citada Declaración núm. 23 de las adoptadas por la Conferencia de Niza y anexa al TUE.

(28) No obstante algún autor a señalado la necesidad de llevar a cabo modificaciones en

un debate de carácter constitucional (29) cuyo resultado es, evidentemente, incierto.

Por su parte, el Consejo europeo de Laeken de diciembre de 2001, aprobó una declaración sobre el futuro de la Unión Europea que amplía la realizada en Niza llegando, incluso, a plantear abiertamente la posibilidad y necesidad de adoptar un texto constitucional para la Unión. Efectivamente, en Laeken el papel de la Carta se inserta en un debate de contenido constituyente: En la agenda de la Conferencia intergubernamental de 2004, junto a la posible integración de la Carta, se incluye en los temas a tratar entonces el reparto y definición de competencias en la Unión, la reordenación del sistema de fuentes comunitario y la redefinición de sus principios estructuradores, la profundización de la legitimidad democrática de la Unión y sus órganos, reformular el equilibrio entre las instituciones comunitarias... (30). Por esta razón, se ha llegado a afirmar que la Convención creada por el Consejo de Laeken debería desarrollar sus trabajos «como si» estuviera redactando una Constitución para Europa (31).

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la constatación de que los temas planteados configuran un debate de naturaleza constituyente no significa que, efectivamente, el devenir del mismo comparta tal naturaleza. De igual forma que el uso del concepto de Constitución no implica, en el ámbito europeo, un contenido equivalente al que dicho término tiene en la teoría de

las instituciones de los Estados miembros para definir su posición en materia europea tras Niza. En este sentido, en relación con el papel de las Cortes Generales, *vid.* P. PÉREZ TREMPES: «La Constitución española antes y después de Niza», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, mayo-agosto 2001, en especial págs. 291 y ss.

(29) Sentido como una necesidad por buena parte de los Estados miembros dada la agenda de mínimos de Niza, consecuencia del temor a un posible fracaso de la Conferencia. (En este sentido J. M. MARTÍNEZ SIERRA: «El debate constitucional europeo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113, julio-septiembre 2001. pág. 197.)

(30) *Vid.* Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea en los anexos a las Conclusiones de la Presidencia presentadas en el Consejo europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001. Tras desarrollar los temas planteados a través de un amplio repertorio de interrogantes que los mismos suscitan que conducen a la cuestión de si «*esta simplificación y reorganización no debería conducir a plazo a la adopción de un texto constitucional. ¿Cuáles deberían ser los elementos básicos de esa Constitución, los valores que la Unión profesa, los derechos fundamentales y los deberes de los ciudadanos, o las relaciones de los Estados miembros dentro de la Unión?*». Como ya se indicara, en este mismo documento se acordó la creación de la Convención sobre el Futuro de Europa con el objetivo de preparar el trabajo de la Conferencia intergubernamental de 2004, ofreciendo un adelanto de respuestas a los temas planteados.

(31) En este sentido, M. CARTABIA: «Riflessioni sulla Convenzione di Laeken: come se si trattasse di un proceso costituente», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre 2002.

la Constitución estatal. La Constitución como norma suprema del ordenamiento implica la unidad de la soberanía y del poder constituyente y la capacidad de la Constitución, tanto por su carácter de derecho originario como por su contenido, de definir «*las reglas, las posibilidades y los límites de los procesos políticos y sociales y de la producción normativa en su conjunto*» (32). Por tanto, la reforma de los tratados encaminada a simplificar los procesos de toma de decisión, la redefinición de los poderes de los órganos comunitarios o su relación con los Estados miembros no implica, por sí solos, un cambio en la naturaleza de la Unión. El elemento sustancial que, efectivamente, colocaría la evolución de la Unión en una vía constitucional se encontraría en el reconocimiento del ciudadano como el origen y el destinatario de aquellas reformas institucionales y, por ende, el sometimiento de aquella organización institucional a los principios del pluralismo y de la democracia. Así, aun cuando el artículo 6 TUE identifique «*a los actores políticos claves del proceso integrador y determina su espacio constitucional*» (33) a nuestro entender, la centralidad del ciudadano —imprescindible para que podamos hablar de una estructura constitucional— no está asegurada a pesar de que el artículo 6.1 TUE proclame los principios y valores que en la historia constitucional han definido la relación entre los gobernantes y los gobernados como la base de la Unión. Por decirlo en otros términos, el debate «constitucional» en el ámbito de la Unión no ha incorporado la formulación normativa de la dignidad de la persona como eje central de su estructura jurídica y, como ha sido suficientemente señalado (34), el carácter medular de la dignidad de la persona es evidente en la configuración constitucional del sistema de derechos fundamentales que la asume como telos y referente último (35). Y es a través del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales como la dignidad de la persona toma cuerpo y concreción jurídica en el Estado constitucional.

Sin desconocer el proceso de consolidación del concepto de ciudadanía europea a partir de Maastricht (36), aun reconociendo el papel decisivo que

(32) F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del Derecho*, t. I, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 19.

(33) M. AZPITARTE SÁNCHEZ: «El art. 6 TUE...», *op. cit.*, pág. 12.

(34) *Vid.* por todos P. HÄBERLE: *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001, págs. 171 y ss. El citado autor ha desarrollado una concepción antropocéntrica de la Constitución basada en el carácter central del concepto de la dignidad de la persona y cuya consecuencia funcional es la democracia (*vid.* P. HÄBERLE: «La multifuncionalidad de los textos constitucionales a la luz de una comprensión "mixta" de la Constitución», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 17, 1996).

(35) La formulación del art. 10.1 CE constituye un buen ejemplo del carácter axial de la dignidad de la persona.

(36) *Vid.* al respecto D. J. LIÑÁN NOGUERAS: «De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión», *GJ*, 1992.

ha jugado el TJCE en la confirmación de un conjunto de derechos fundamentales en el ámbito de la Unión y valorando la tendencial democratización de la estructura orgánica de la Comunidad, lo cierto es que la Unión no se fundamenta en el principio de la dignidad sino en la consecución de sus fines, por tanto toda declaración de derechos no está orientada por los elementos básicos del Estado constitucional sino por los intereses, fundamentalmente económicos de la Unión; la dignidad humana y los derechos que le son inherentes se articulan no tanto para orientar a la acción de la Unión y la relación de sus órganos con los ciudadanos sino para coadyuvar a conseguir los objetivos de la Unión, insistimos impregnados aun de la base económica que está en su origen (37).

Por tanto, la consolidación de la Unión como verdadera estructura constitucional requiere ese reconocimiento de la persona como centro de la organización política, a través de la recepción de la dignidad de la persona y de su delimitación en un catálogo de derechos fundamentales en una norma jurídica primaria que exprese —por contenido y por proceso de elaboración— la traslación de la legitimidad del orden europeo desde los Estados a los ciudadanos (38). Reconocimiento éste que habrá de ser simultáneo a la defini-

(37) A tal situación no es ajena la consideración de los derechos como parte de los principios generales del derecho comunitario por el propio TJCE, cristalizada en su sentencia recaída en el caso *Hauer* (STJCE 44/79 *Hauer* de 13 de diciembre de 1979). Como ha sido sobradamente explicado, esta sentencia sería la reacción del TJCE ante las sentencias *Frontini* y *Solange I* de los tribunales constitucionales italiano y alemán, respectivamente, evitando el TJCE los peligros para el derecho comunitario procedente del hecho de que tribunales nacionales pudieran entenderse competentes para llevar a cabo un control de constitucionalidad sobre una norma comunitaria por vulneración de los derechos reconocidos en sus ordenamientos (para una síntesis *vid.*, A. RODRÍGUEZ: *Integración...*, cit., págs. 187-195). No obstante, entendemos que de esta tensión entre las jurisdicciones de algunos Estados miembros y el TJCE y de la evolución jurisprudencial de este último se desprende que el problema fundamental a dilucidar era asegurar el principio de primacía del derecho comunitario. La solución dada resulta ser un compromiso en el que el no reconocimiento de una primacía absoluta del derecho comunitario, también en materia de derechos fundamentales, se compensa por la renuncia de las jurisdicciones nacionales a cuestionar la supremacía del TJCE en el control del derecho comunitario. Evidentemente, la jurisprudencia del TJCE ha conseguido «introducir el respeto a los derechos fundamentales como criterio de validez del derecho comunitario» (*ibid.*, *idem.*) pero en la medida en que la invocación, ejercicio o violación de esos derechos esté relacionado con la consecución de los objetivos y políticas de la Unión y no por constituir esos derechos el eje vertebral del ordenamiento comunitario, referente en la relación entre los poderes públicos y los ciudadanos europeos y referencia inexcusable para orientar el diseño de aquellos objetivos y políticas.

(38) En este sentido «lo que verdaderamente importa no es tanto la denominación del documento, cuanto su modo de elaboración y aprobación, los poderes otorgados a las instituciones comunitarias, la posición de los Estados miembros, etc...» (L. M. DÍAZ PICAZO: «¿Qué

ción del resto de los elementos que definen a una estructura estatal y a su ordenamiento jurídico (39).

Como ya hemos señalado, tanto en Niza como en la agenda diseñada para la próxima Conferencia intergubernamental de 2004, el peso de los elementos institucionales del debate parece incuestionable y el tema de fondo sigue girando en torno a la relación entre la Unión y los Estados miembros y la futura orientación del permanente equilibrio entre las tendencias intergubernamentales y las más integradoras en su seno (40). En tanto esta tendencia se mantenga el debate constitucional en la Unión se presenta como lo que se podría denominar «constitucionalismo de segundo grado», en el que la recepción de los conceptos y principios propios del Derecho público estatal son trasladados al Derecho Comunitario para regular las relaciones de los Estados miembros con la Unión y las relaciones de los órganos comunitarios entre sí, mientras que el papel de los ciudadanos se desarrollaría básicamente por intermediación de los Estados (41) con lo que se deja a un lado la constitucionalización de la estructura interna de la Unión.

Queda, así, ubicada la cuestión sobre el sentido y el futuro de la Carta en un debate más amplio —y de más larga tradición— sobre la naturaleza cons-

diferencia hay entre un tratado y una constitución?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, mayo-agosto 2001, pág. 98.

(39) En palabras de BALAGUER CALLEJÓN «*En el Estado constitucional de derecho, Derecho y derechos son términos indisolubles: no puede haber una comunidad de Derecho que no sea a la vez una comunidad de Derechos Fundamentales*» (F. BALAGUER CALLEJÓN: «Derecho y Derechos en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 16). Como el mismo autor recuerda, de esta vinculación se desprende un valor añadido de los derechos respecto de la organización del Estado, en cuanto que «*sirven también de instrumento básico potenciador del equilibrio de poderes*» (*ibid.*, *idem*).

(40) La más reciente bibliografía sobre las reformas de los Tratados habidas en Niza dan buena cuenta de ello. Sólo a título indicativo: Una lectura intergubernamental de dichas reformas, *vid.* J. MARTÍNEZ SIERRA: «El debate constitucional europeo...», *op. cit.*, págs. 204 y ss.; en similar sentido, *vid.* J. M. AREILZA CARVAJAL: «La reforma de Niza: ¿hacia que Unión Europea?», *Política Exterior*, vol. XV, núm. 79, 2001, págs. 110 y ss.; sobre las competencias del TJCE *vid.* M. LÓPEZ ESCUDERO: «Modificaciones del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», *Boletín europeo de la Universidad de La Rioja*, núms. 7/8, 2001, págs. 40 y ss.; sobre el peso de los Estados miembros en la toma de decisiones de los órganos comunitarios; *vid.* A. REPOSO: «Sul presente assetto istituzionale dell'Unione Europea», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre 2002, págs. 484 y ss.

(41) Se ha señalado al respecto la importancia del papel jugado por los ciudadanos en la reforma de los Tratados con su intervención en los respectivos procesos de reforma constitucional derivados de aquélla (A. V. BOGDANDY: «Notas sobre la ciencia del Derecho europeo (contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la Teoría General del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 1.º semestre, 2000, pág. 213 (trad. M. AZPITARTE).

titucional de la Unión en el que, efectivamente, el concepto de ciudadanía ha jugado un papel destacado junto a la posición de los Estados miembros y de la propia Unión. La posible novedad, insistimos, la constituiría la reconsideración de la posición de cada uno de los actores y, en definitiva, el reconocimiento de un potencial constituyente cuya titularidad y ejercicio fuera equivalente al reconocido y concretado en los Estados (42), además de incorporar a la teoría jurídica de la Comunidad el concepto de dignidad de la persona (43).

La mera posibilidad de integrar en los Tratados un catálogo de derechos fundamentales que la Carta comporta, abre la puerta a un posible tránsito desde la Unión como comunidad jurídica de Estados democráticos a la misma como comunidad constitucional de ciudadanos (44). Se reconoce, así, a los derechos una eficacia integradora más intensa que la cesión de parte de la soberanía de los Estados en favor de la estructura comunitaria para la mera consecución de objetivos comunes o, incluso, para el ejercicio de determinadas competencias. La incorporación al ordenamiento comunitario de un sistema de derechos lo aproximaría a un modelo constitucional cuya articulación con los ordenamientos estatales se estructuraría, además de por las técnicas relacionales entre ordenamientos, por un proyecto común de defensa de la dignidad de la persona.

La ordenación temporal del par formado por la dignidad de la persona y el Estado constitucional cobra, así, sentido en cuanto que la primera ha de ser su premisa y su fin. Así, la Carta puede ser un elemento que, efectivamente, facilite una nueva relación en la que los objetivos y fines de la Unión queden supeditados a los derechos y no al contrario (45).

(42) En este sentido, hasta el momento se ha señalado que tal capacidad le correspondería a los Estados miembros e, incluso, se ha puesto de manifiesto que el TJCE ha actuado como un auténtico poder constituyente en el seno de la Comunidad (*vid.* al respecto E. STEIN: «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, núm. 75, 1981, págs. 3 y ss.

(43) Al respecto resulta especialmente significativo el propio preámbulo de la Carta cuando reconoce que la Unión «*está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad de humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad... sitúa a la persona en el centro de su actuación*».

(44) Donde cobraría pleno sentido la afirmación de Häberle en el sentido de que «*La democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad de la persona*». (P. HÄBERLE: «El Estado Constitucional Europeo», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, pág. 93.)

(45) Por más que hasta ahora el TJCE haya demostrado sobradamente su capacidad para deducir derechos fundamentales de los objetivos y de políticas comunitarias (*vid.* al respecto A. RODRÍGUEZ: *Integración europea...*, cit., págs. 183 y ss., en especial pág. 198).

Evidentemente, la declaración solemne de la Carta, e incluso su incorporación a los Tratados, no implica la automática transformación de la naturaleza de los mismos pero, como ya dijimos, sí la hace más factible y, en cualquier caso, incorpora a la cultura jurídica comunitaria un concepto de derechos fundamentales autónomo y diferenciado de los principios generales del derecho comunitario e, incluso, de las tradiciones comunes de los Estados miembros; conceptos ambos utilizados como vía para incorporar derechos públicos subjetivos al derecho comunitario a través de una construcción jurisprudencial sin un soporte normativo previo. No obstante, no parece que la Conferencia Intergubernamental de 2004 vaya a ser el momento decisivo de este proceso constituyente (46): la falta de un *demos* constitucional sigue siendo el argumento más persuasivo de aquellas opciones —jurídicas y políticas— más reacias a dotar a la Unión de una Constitución en sentido estatal (47). En esta línea, como veremos, la Carta también puede jugar un cierto papel en la definición e identificación del referente legitimante último de la posible Constitución europea.

Por tanto, en el debate que ya se está desarrollando confluyen dos niveles de discusión inevitablemente entrecruzados pero que necesariamente habrán de ser tratados diferenciadamente, a saber:

— El sentido de la Carta y su virtualidad jurídica desde su proclamación solemne.

— La posible integración de la Carta, en un futuro más o menos próximo, en los Tratados.

1.º El primero de los problemas requiere un tratamiento desde las bases que ofrece el actual ordenamiento comunitario y su relación con los ordenamientos nacionales, esto es, un ordenamiento que carece de una naturaleza constitucional y unos ordenamientos cada vez más dependientes de aquél; en una situación transitoria en la que, como ha sido señalado, el problema no es

(46) Incluso la fórmula de la Conferencia Intergubernamental no parece la más adecuada, desde la teoría de la Constitución, para llevar a cabo un proceso que transforme los Tratados en una norma o normas de carácter primario. (Para una crítica a la forma de la Conferencia como mecanismo de reforma de los Tratados *vid.* B. DE WITTE: «Il processo semi-permanente di revisione dei trattati», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, 2002, pág. 515.)

(47) Aun cuando no podamos entrar en profundidad sobre la cuestión, si queremos reseñar que la contraposición entre posturas más o menos estatalista en la Unión traslada a su seno el debate sobre el concepto mismo de Constitución, de tal forma que las posiciones políticas al respecto encuentren en los términos Constitución material (en sus diferentes acepciones), Constitución débil (*vid.*, al respecto G. MAESTRO BUELGA: «Globalización y Constitución débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1.º semestre, 2001, pág. 159)... una base doctrinal, de tal forma que encuentre en el ámbito de la Unión un nuevo espacio de desarrollo al tiempo que la realidad política europea ofrece nuevos matices a dicho debate.

tanto la existencia de conflictos entre ordenamientos sino la falta de vías jurídicamente prefijadas de resolución de los mismos (48).

En materia de derechos fundamentales la situación es, si cabe, más confusa dada la heterogeneidad de los tipos normativos a través de los cuales se han regulado lo que sólo con generosidad podrían calificarse como derechos fundamentales y, sobre todo, por ser la vía jurisprudencial la que ha ofrecido un soporte más sólido a dichos derechos y a su protección a través del recurso a los principios generales del derecho comunitario y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. La Carta tendría, aquí, una finalidad en sí misma consistente en perfeccionar la protección de los derechos fundamentales en el seno de la actual configuración de la Unión Europea. En este sentido, la proclamación de la Carta despliega ya unos efectos independientemente de cual sea su futuro aunque, y aquí está el punto de confluencia principal con el segundo de los enfoques señalados, dichos efectos y el potencial jurídico que la Carta despliegue pueden incidir en su incorporación plena a los Tratados.

2.º La segunda cuestión se relaciona con el propio futuro de la Unión y la posibilidad de fijar un orden constitucional comunitario del que la Carta sería su columna vertebral. Estaríamos, por tanto, ubicando el debate sobre la Carta en un proceso «protoconstituyente» europeo del que los derechos fundamentales sería sólo una parte de los contenidos a tener en cuenta. En este segundo caso, la Carta cobraría un sentido transitorio donde su contenido actual tendría una importancia relativa, o mejor dicho, indicativa. En este orden de cosas, el valor de la Carta y su propio contenido quedan supeditados a que la misma llegue a formar parte de una futura Constitución europea. Indudablemente, la posición de partida sobre un futuro Estado federal europeo influirá en la lectura de los ya presentes —aunque limitados— efectos de la Carta.

4. LAS POTENCIALIDADES DE LA CARTA

Tras lo expuesto es fácil vislumbrar que el papel de la Carta y el despliegue de sus potencialidades depende de la resolución de dos pares de tendencias enfrentadas que, a su vez, interactúan.

De una parte, se encuentra la tensión entre una opción por una organización política comunitaria donde el referente último se ubique en los Estados miembros frente a otra en la que la estructura institucional comunitaria re-

(48) *Vid.*, al respecto, F. BALAGUER CALLEJÓN: «La constitucionalización...», *op. cit.*, pág. 597.

sulte la preponderante. En ambos casos la premisa básica es la subsistencia de dos estructuras «soberanas» —La Unión y los Estados miembros— en una situación de equilibrio más o menos estable, configurando un sistema de doble legitimidad (49) y, en última instancia, de defensa del *statu quo* —en el sentido utilizado por WEILER (50).

De otra parte, se constata la alternativa entre una articulación ordinamental de la Unión basado en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos sin una norma suprema común a todos ellos y la posible configuración del «ordenamiento comunitario como un ordenamiento constitucional originario» (51). No se trata tanto de la disyuntiva entre si la Unión Europea debe tener su Constitución o no, sino sobre la operatividad del concepto de Constitución normativa en el ámbito de la Unión (52).

Según nos ubiquemos en uno u otro debate, evidentemente, el papel y la valoración de la Carta serán diferentes. Mientras que en el primero resultará relevante cuál sea la función a desempeñar por la Carta en la relación entre los órganos comunitarios, los posibles límites que de la misma se desprendan para la actuación de aquéllos —especialmente para el TJCE—, la naturaleza —jurídica o política— de esos límites, los problemas derivados del diferente tenor de la Carta y de los Tratados, los problemas técnico-formales para la integración y de la integración de la Carta en los Tratados, en definitiva, en este nivel de discusión se estaría dilucidando la posición de la Carta

(49) GIULANO AMATO ha planteado esta tensión como el dilema que deberá resolver la Convención para el futuro de Europa. En última instancia, AMATO presenta un modelo de organización federal para Europa (no un Estado Federal) frente a otra de corte más confederal, mostrando su preferencia por el primero (*vid.* G. AMATO: «La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre 2002, págs. 460-461).

(50) Para WEILER estas dos opciones —la federal y la confederal— definen la estructura jurídico-política de la Unión, en cuyo equilibrio encuentra esta su principal originalidad y valor. De donde se deriva su defensa del actual *status quo* —de este federalismo constitucional europeo— y desde donde cuestiona la necesidad de una Constitución en sentido formal para Europa, encontrando en el concepto de tolerancia constitucional su sustituto para basar esta organización constitucional federal sin Constitución estatal (*vid.* J. H. H. WEILER: «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea», ponencia presentada a las Jornadas, en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Derecho Constitucional y Cultura...*, cit.).

(51) F. BALAGUER CALLEJÓN: «Derecho y Derechos...», cit., pág. 43.

(52) Es evidente la interrelación de ambos planos de debate y en no pocas ocasiones uno y otro se confunden. De hecho, el término Constitución se utiliza en los dos casos apuntados. Ahora bien, en el primero su utilidad se circunscribe a la regulación de las instituciones comunitarias y a su relación con los Estados miembros soslayándose el núcleo esencial que subyace al segundo de ellos: la titularidad y el ejercicio del poder constituyente en la Unión Europea.

en la actual estructura jurídica de la Unión. En el segundo debate, la Carta invoca el problema de la relación de los derechos fundamentales y el Estado Constitucional y la relación de los ciudadanos con el Estado, esto es, la potencialidad de la Carta para generar las condiciones para dotar a la Unión de una Constitución. Abordaremos, a continuación, los elementos esenciales de cada uno de estos planos comenzando por el segundo de ellos.

4.1. *La Carta y la generación de las condiciones para una Constitución Europea*

Desde la asunción de una Constitución Europea como una necesidad, la Carta supone, indudablemente, un paso más en la consolidación de una ciudadanía europea como *demos* europeo (53).

Para desarrollar tal función, la no incorporación de la Carta en los Tratados y su sola proclamación solemne constituye un dato secundario y reconocedor, en última instancia, de que el clima político de Niza no era proclive a tal debate (54). Así, el proceso de elaboración de la Carta, su *status* actual y el debate que abre de futuro es, a la vez, un paso decisivo en la constitucionalización de la estructura política comunitaria y una constatación de lo lejano que está, por el momento, un futuro europeo plenamente constitucionalizado (55).

(53) En este sentido, A. ANZO: «La Costituzione europea come problema», en *Revista italiana de diritto comparado*, 2000, pág. 656.

(54) Al fijar la Comisión su posición sobre el proyecto de Carta (documento COM(2000) 559 final) junto a los objetivos de la misma y el valor añadido que comportaba puso especial énfasis en que el éxito de la Carta también dependería de «expresar con toda claridad que no tendrá [la Carta] las implicaciones cuya perspectiva alimentó quizá ciertas preocupaciones», en concreto que: La Carta no implicará la modificación de las competencias de la Unión ni de la Comunidad, la Carta no exigirá la modificación de las Constituciones nacionales, la Carta no modificará los recursos y la arquitectura jurisdiccional ofrecidos por los Tratados y que la Carta no cierra la posibilidad de una futura adhesión comunitaria a la CEDH. Todas estas prevenciones, entendemos, constituían un adelanto de la posición final de la Comisión sobre la Carta (recogida en el documento COM(2000) 644 final que se centraba en la naturaleza jurídica de aquella) favorable a la incorporación de la Carta a los Tratados pero en un momento ulterior a Niza, evitándose así la necesidad de una reforma de los Tratados de mayor calado como consecuencia de la incorporación de un nuevo título sobre derechos fundamentales en el Tratado de la Unión.

(55) Como ha recordado ASTOLA, «... la insistencia en hablar de una Constitución europea demuestra su inexistencia, siempre, claro está, que utilicemos el término Constitución en su sentido "constitucionalista"...» (J. ASTOLA MADARIAGA: «Los "efectos colaterales" del Derecho Comunitario en la regulación constitucional de los Derechos Fundamentales», en M. A. APARICIO PÉREZ (coord.): *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*,

Desde esta perspectiva, pues, la Carta es un episodio más en la constitucionalización de la Unión y en el reconocimiento de un sistema de derechos como espina dorsal de su ordenamiento (56). Ahora bien, se trata de un paso especialmente cualificado ya que la Carta concreta en un documento, asumido por todos las instancias de la Unión, los derechos que definen el concepto de dignidad de la persona, dotando a la construcción europea de la referencia a dicho concepto que caracteriza a las estructuras constitucionales estatales. En otros términos, la Carta ha profundizado en el referente constitucional como modelo para la futura estructura política de la Unión (57).

En este sentido, las posibilidades de la Carta se podrían concretar en, al menos, las siguientes funciones:

— La Carta viene a sintetizar en un solo texto el desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales realizado por el TJCE (58), lo que facilita su incorporación a un posible Tratado Constitucional de la Unión con, entonces sí, pleno valor normativo (59).

— Al «mostrar» la Carta los derechos fundamentales de una forma articulada, ofrece un referente más cierto sobre la efectiva legitimación de la es-

CEDECS, Barcelona, 2001, pág. 729. En última instancia, según la autora, la reivindicación de tal Constitución europea parte de la asunción de la realidad actual, dominada por los Estados miembros en los que la Unión encuentra su legitimidad última.

(56) En este sentido, FERNÁNDEZ TOMÁS ha señalado que en relación con la Carta *«hay que abogar por una lectura político jurídica de un instrumento que no constituye por sí mismo un texto decisivo, sino un mero escalón más en el avance progresivo hacia una situación mejor para los derechos fundamentales en el seno de la Unión»*. (A. FERNÁNDEZ TOMÁS: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 53.)

(57) Como se ha señalado, ya desde el proceso de elaboración de la Carta esta ha tenido una clara imagen de «Declaración Constitucional de Derechos» impregnado de tal naturaleza todo el debate sobre la misma, incluido la cuestión de su naturaleza jurídica (*vid.* al respecto A. RODRÍGUEZ: «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RDP*, núm. 51, 2001, págs. 40 y ss.).

(58) Aunque tal concreción no modifica, por el momento, la naturaleza de los derechos en la Unión como principios generales del Derecho Comunitario. Naturaleza ya confirmada por el tenor del art. 6.2 TUE (*vid.* al respecto M. PI LLORENS: *Los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 82 y ss.) pero que con la Carta encuentra un referente específicamente comunitario.

(59) Desde nuestro punto de vista, tal Tratado Constitucional, que podría ser el resultado de la Conferencia Intergubernamental de 2004, constituiría un avance determinante para alcanzar una auténtica Constitución europea. El informe final del Grupo de trabajo III «Personalidad jurídica» de la Convención para el futuro de Europa apunta en esta línea, abogando por el reconocimiento de una única personalidad jurídica para la Unión Europea que facilitaría la fusión de los distintos tratados dando paso a un Tratado constitucional (*vid.* documento CONV 305/02 de 1 de octubre de 2002 disponible en la página web de la Convención).

estructura política de la Unión en los valores de la Democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, superando definitivamente el referente economicista del diseño de las políticas comunitarias.

— La Carta puede confirmarse como un parámetro que impulse la nivelación de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, tomando como referencia los modelos más desarrollados (60). No se trata de reconocer a la Carta una virtualidad para modificar el actual equilibrio entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción comunitaria en materia de derechos fundamentales (61), nos referimos más bien al necesario esfuerzo que los Estados miembros deben hacer, como sujetos esenciales donde radica la actual legitimidad de la Unión, para conformar un sistema de derechos fundamentales común como elemento esencial de un ordenamiento constitucional común.

— La Carta, como ya se ha indicado, ha situado el debate sobre los derechos en uno más amplio sobre la reestructuración de los tratados y sobre la propia naturaleza de la Unión. En concreto, sea cual sea el resultado final, la Carta ha puesto de manifiesto la necesidad de resolver el dilema planteado entre la concepción de los derechos fundamentales como manifestación de los principios generales del derecho comunitario —propia de la actual estructura comunitaria— y su comprensión como límite y orientación de la acción política de la Unión dotándola, en este caso, de una dimensión constitucional que ya hemos comentado.

— La Carta puede jugar, también lo hemos comentado, como elemento configurador de una identidad europea basada en una comunidad de valores que, una vez integrada en la cultura de las sociedades europeas, pueda cristalizar, según la expresión de H. HELLER, en una Constitución como «forma nacida de la vida» (62) y que desde el pluralismo da forma jurídica al proyecto de sociedad explicitado en aquella Constitución.

(60) Sobre la comparación del contenido de la Carta y los Derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros se ha señalado que, en el caso español, la Carta aportaría escasas novedades y el nivel de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales no encontraría un plus interpretativo significativo en el tenor actual de misma (*vid.* en este sentido A. SAIZ ARNAIZ: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pág. 164). Sin embargo, tal afirmación no es válida para todos los Estados miembros y los respectivos órganos jurisdiccionales constitucionales pueden encontrar, en el desarrollo de sus funciones interpretativas de sus Normas Fundamentales, un referente claramente expansivo de los derechos constitucionales en el texto de la Carta.

(61) Sobre la coexistencia de estas dos jurisdicciones en materia de derechos fundamentales en el seno de la Unión *vid.* F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos...», *cit.*, pág. 44.

(62) *Vid.* P. HÄBERLE: «El Estado Constitucional Europeo...», *cit.*, pág. 90. No parece necesario subrayar la plena asunción por nuestra parte de la construcción de la Constitución como parte de la cultura debida al autor citado. A mayor abundamiento, en la contribución del

— La Carta, su proceso de elaboración y su utilización política pueden servir a los órganos de la Unión como vía para influir en la consolidación de una sociedad europea. Es decir, el uso que de la Carta se haga por las instituciones comunitarias puede convertirla en un instrumento en manos de estas para coadyuvar a la formación de un espacio público europeo.

— La Carta ofrece una clasificación de los derechos y un tratamiento de los mismos que puede operar de futuro como una vía para ampliar el concepto de derecho fundamental (63), borrar las clásicas distinciones entre derechos de libertad y derechos sociales y obligar a buscar un sistema de garantías que no esté basado en aquella distinción (64). En última instancia, queda abierta la posibilidad de que en una futura normativización de la Carta, necesariamente acompañada de una definición de los diferentes mecanismos y niveles de garantías de los derechos, los referentes necesarios para definir el status básico de las personas —o directamente vinculados con su dignidad, si se prefiere— se modifiquen y, consecuentemente, sea necesaria una articulación de las técnicas de garantías de los derechos coherentes con tal ensanche (65).

Consejo Económico y Social Europeo a la Convención para el futuro de Europa se resalta que *«Como expresión de una adhesión a valores comunes, la cultura es un factor fundamental de la identidad europea. El Comité solicita que el futuro Tratado constitucional incluya el concepto de cultura de forma que la política de la Unión en este ámbito contribuya a crear una verdadera comunidad de valores, al tiempo que garantice el pleno desarrollo de las culturas nacionales y regionales»*. (Vid. punto 2.3 del documento CONV 323/02 de 7 de octubre de 2002.)

(63) En este sentido, RIDOLA ha señalado como una de las principales novedades de la Carta su estructura, que organiza los derechos en capítulos cuyo enunciado coincide con algunos valores fundamentales, ofreciendo una guía interpretativa para establecer las necesarias conexiones entre los diferentes derechos (P. RIDOLA: «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo», en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Derecho Constitucional y cultura...*, cit.).

(64) RUBIO LORENTE ha señalado que en la Carta se utiliza indistintamente un concepto estricto y otro amplio de derecho fundamental que lleva a un tratamiento indiferenciado de los que él llama derechos de *status* y derechos de «prestación». Para el autor la consecuencia ha sido la extralimitación del mandato de la Convención encargada de redactar la Carta que no incluía «afirmar una concepción de la política y del Estado» sino que se trataba de «resaltar ante sus titulares la importancia de derechos positivos ya “vigentes a nivel de la Unión”» (F. RUBIO LORENTE: «Mostrar los Derechos...», cit., págs. 29 a 32).

(65) Como ha señalado FERRAJOLI, la superación de la distinción, derivada de su diferente estructura, entre derechos de libertad y derechos sociales es prácticamente imposible y las antinomias y lagunas que la misma provoca resultan inherentes al propio Estado Constitucional aunque sí pueden ser reducidas a través de las garantías de los derechos en cuanto las mismas son *«técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional»* (L. FERRAJOLI: *Derechos y Garantías*,

Situados en este plano, los destinatarios de la Carta son todos los «intérpretes constitucionales de la sociedad abierta» (66) que operan en la Unión y cada uno de sus Estados miembros. De ellos dependerá que las posibilidades antes señaladas respecto de la Carta se concreten. En definitiva, la potencialidad de la Carta se despliega en un ámbito metajurídico, previo a la existencia de una estructura constitucional de carácter estatal, y que, más allá de ser un documento político en el que se concreta un acuerdo interinstitucional, puede coadyuvar a la consolidación de un sujeto constituyente europeo equiparable al titular de dicho poder en los Estados, al tiempo que proporciona un contenido cierto de la dignidad de la persona como elemento básico que justifique la creación de una estructura constitucional europeo. Cuestión diferente será que se llegue a adoptar, y en qué momento, la decisión política de poner en marcha un auténtico proceso constituyente europeo en el que, junto al catálogo de derechos fundamentales y sus garantías, deberá contemplar el resto de contenidos que necesariamente definen una estructura constitucional (sistema de fuentes, principios estructuradores del ordenamiento jurídico, distribución de competencias entre los diferentes niveles territoriales, forma de gobierno, principios y valores fundamentales...).

4.2. *La Carta en la actual estructura de la Unión*

En cuanto al papel que la Carta puede desarrollar en la actual estructura jurídico-política de la Unión, el dato esencial del que debemos partir es el carácter esencialmente político de la Carta consecuencia de su proclamación solemne y de haber diferido su posible incorporación a los Tratados a un momento posterior.

Ciertamente, ha sido señalado que la falta de valor jurídico de la Carta no implica la inexistencia de efectos jurídicos de la misma. Así, ya sea incluyendo a la Carta en la categoría de *soft law* comunitario (67), ya sea, más

Trotta, Madrid, 1999, págs. 24-25). Así, aunque dependiendo del contenido de los derechos, los vínculos que establezcan para los poderes públicos serán positivos o negativos, sí es cierto que puede homogeneizarse su grado de precisión.

(66) *Vid.* al respecto P. HÄBERLE: «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *Juristenzeitung*, 1975, págs. 297 y ss. Existe traducción al español de este trabajo que con el título «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución» está incluida en P. HÄBERLE: *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996, págs. 15 y ss.

(67) Sobre tal consideración de la Carta *vid.*, A. FERNÁNDEZ TOMAS: *La Carta...*, cit., págs. 88 y ss., A. SAIZ ARNAIZ: «La Carta...», cit., págs. 157 y ss. Sobre el concepto, tipología y alcance del *soft-law* comunitario, *vid.* R. ALONSO GARCÍA: «El *soft-law* comunitario», *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 63 y ss.

concretamente, insistiendo en la vinculación del TJCE a la Carta en su tarea de interpretar los derechos fundamentales en cuanto parte esencial de los principios generales del derecho comunitario, la doctrina ha realizado una intensa e interesante concreción de cuáles pudieran ser dichos efectos.

En cualquier caso, sea cual sea el valor jurídico que la Carta pudiera tener, el tenor de sus disposiciones generales y las lagunas que su contenido presenta impiden un cambio sustancial en el modelo de protección de los derechos fundamentales en la Unión, en tanto que:

— No modifica la consideración de los derechos como parte de los principios generales del derecho comunitario y, por tanto, aun cuando la Carta sirva como instrumento de síntesis de la labor jurisprudencial del TJCE y del derecho escrito comunitario en materia de derechos fundamentales, el desarrollo y protección de los mismos seguirán estando supeditados a la realización de las políticas comunitarias y al logro de sus objetivos (68).

— La Carta no implica la modificación de las actuales vías de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión, ni incorpora nuevos recursos, ni refuerza la posición procesal de los ciudadanos frente a la jurisdicción comunitaria (69). De esta forma, la Carta no ofrece nuevos cri-

(68) La escasa certidumbre jurídica que los principios proporcionan en materia de derechos en el seno de la Unión (*vid.* M. PI LLORENS: *Los Derechos Fundamentales...*, cit., pág. 61) y la falta de un marco referencial que dote de sentido a la actividad jurisprudencial del TJCE en esta materia (*vid.* L. M. Díez PICAZO: «¿Una Constitución sin declaración de derechos? Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea», *REDC*, núm. 32, 1991, pág. 148) podrían encontrar un cierto paliativo en la Carta. Ahora bien, entendemos que el problema fundamental no se centra en la mayor o menor concreción de los principios generales del derecho comunitario sino en la finalidad de éstos, supeditada a la defensa de la integración y en ningún caso contraria a la misma (*vid.* A. G. CHUECA SANCHO: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 86), de esta forma los derechos, en cuanto no normativizados como tales, siguen operando básicamente como instrumento de consolidación de la estructura política comunitaria y no como límite y referente de dicha estructura. El problema, pues, no se centra tanto en el concepto de derechos fundamentales sino del momento en que políticamente sea posible incorporar tal categoría al derecho comunitario.

(69) Así, la vía procesal para la garantía de los derechos fundamentales en la Unión sigue siendo la cuestión prejudicial. El particular ha de acudir al juez nacional, en el caso en que entienda vulnerado un derecho por actos de aplicación del derecho comunitario por las instancias nacionales, y aquel elevar solicitar la cuestión prejudicial. Por otra parte, se ha llegado a plantear la posibilidad para el particular de recurrir a la vía del párrafo cuarto del artículo 234 TCE como mecanismo procesal de defensa de los derechos de un particular. Ambas vías presentan serias deficiencias derivadas, entendemos, de no tratarse de mecanismos procesales específicamente previstos para la protección de los derechos fundamentales. Sobre ambas vías *vid.* M. AZPITARTE SÁNCHEZ: *El Tribunal Constitucional ante...* cit., págs. 99-108 (para la interpretación del art. 230 TCE) y págs. 114 y ss. (sobre la cuestión prejudicial).

terios para resolver la cuestión del juez nacional como juez comunitario en la aplicación del Derecho de la Unión, ni modifica la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción comunitaria en materia de garantía de los derechos fundamentales, ni implica una profundización en la consideración del TJCE como un tribunal constitucional (70) ni en una jurisdicción constitucional unitaria. Lo que implica que, en el actual estado de cosas, junto a la determinación jurisprudencial de que derechos y con que contenido están reconocidos por el ordenamiento comunitario, también es una tarea esencialmente pretoriana la fijación del alcance de las garantías procesales de esos derechos. Y, en este sentido, hemos de recordar el carácter especialmente restrictivo que ha consagrado la jurisprudencia del TJCE sobre la legitimación de los particulares para interponer el recurso de artículo 230 apartado 4 (71), como ejemplo de la pretertoriedad en la que el sistema de garantías de los derechos puede caer si su alcance depende básicamente de los órganos judiciales comunitarios.

— La Carta ni crea nuevas competencias ni modifica el reparto de competencias en materia de derechos fundamentales entre los órganos comunitarios y entre éstos y los Estados miembros, tal y como su propio articulado establece (72). Tal circunstancia comporta que la declaración de un catálogo de derechos fundamentales —además de su falta de normatividad— no va acompañada de una articulación entre los órganos de la Unión que reproduzca el equilibrio interorgánico que, en el seno de los Estados, se deriva de la proclamación constitucional de los derechos fundamentales (73). El plantea-

(70) Sobre la consideración del TSJE como tribunal constitucional *vid.* A. SAIZ ARNAIZ: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como tribunal constitucional», en R. MORODO y P. DE VEGA (dirs.): *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional. En honor de Pablo Lucas Verdú*, t. IV, UNAM-Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs. 2425 y ss.

(71) Sobre la que recientemente se ha abierto una línea crítica expresada en las conclusiones del abogado general en el asunto C-50/00 P (Asunto Unión de pequeños agricultores c. Consejo) presentadas en mayo de 2002.

(72) El artículo 51.2 de la Carta establece que: «La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados.» En las explicaciones con las que la Convención acompañó la Carta se conecta tal previsión con el principio de subsidiaridad y con el hecho de que la Unión «sólo disponga de competencias de atribución». (sobre la incidencia del principio de subsidiaridad en materia de derechos fundamentales *vid.* A. RODRÍGUEZ: *Integración...* cit., pág. 270).

(73) *Id.*, al respecto, F. BALAGUER CALLEJÓN: «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», en G. ROLLA (coord.): *Tecniche di garanzia dei Diritti Fondamentali*, G. Giappichelli, Torino, 2001, pág. 115. Como señala BALAGUER CALLEJÓN, la proclamación constitucional de los derechos tiene, también, la funcionalidad de ser un instrumento potenciador del equilibrio de poderes que, a su vez, refuerza a los

miento anterior parte, evidentemente, de una lectura constitucional de los derechos en el seno de la Unión pero, incluso desde la defensa del actual *statu quo* de la Comunidad se ha evidenciado que la eficacia futura de la Carta dependerá de la creación de nuevas estructuras institucionales que completen la función del TJCE en la garantía de los derechos fundamentales (74).

— La propia Carta establece que está dirigida a los órganos comunitarios y a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» (75). Tal determinación, conlleva que tampoco en la relación entre la Unión y los Estados miembros se modifique la situación actual caracterizada, como se sabe, por la vinculación de los Estados miembros de la Unión a los derechos fundamentales —en cuanto principios generales del derecho comunitario— cuando desarrollan o ejecutan normas comunitarias lo que, unido a la falta de una relación normativizada de distribución de competencias, da como resultado un sistema relacional impreciso y sometido, en buena parte, a la concreción jurisprudencial llevada a cabo por el TJCE (76).

propios derechos al articular la intervención del poder constituyente, del legislador y de la jurisprudencia en la realización de los derechos. En este sistema, los Tribunales constitucionales estatales crean derecho y aplican e interpretan los derechos en un sistema equilibrado de poderes que condiciona tal actividad (como el mismo autor ha explicado, tal limitación se conecta, y a su través a los Tribunales constitucionales, con el principio democrático, *vid.* F. BALAGUER CALLEJÓN: «Tribunal Constitucional y creación del Derecho», en E. ESPÍN y J. DÍAZ (cords.): *La Justicia Constitucional en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 389). Evidentemente, la efectividad, presente y futura, de la Carta dependerá de que, además de que la misma se incorpore a los Tratados, se establezca una estructura orgánica en la Unión que permita transportar a su seno el modelo estatal descrito.

(74) En este sentido *vid.* J. H. H. WEILER: «Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre, 2002, págs. 529-530.

(75) Artículo 51.1 de la Carta, que establece «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias». Para LÓPEZ CASTILLO, la tajante fórmula utilizada para limitar el ámbito de aplicación de la Carta por los Estados miembros refleja la posición jurisprudencial del TJCE sobre la vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales en el ámbito comunitario cuando aquellos apliquen reglamentaciones comunitarias (*vid.* A. LÓPEZ CASTILLO: «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *REP*, núm. 113, 2001, pág. 64).

(76) Que, a su vez, y en este caso estaría condicionada por la consideración o no del Estado como agente comunitario, como ha señalado RODRÍGUEZ tras desarrollar un brillante análisis de la jurisprudencia del TJCE al respecto (A. RODRÍGUEZ: *Integración...*, cit., págs. 259 a 264). Así, el autor concluye que «el hecho de que la Comunidad acepte vincularse a una Carta de Derechos Fundamentales en el desarrollo de sus funciones no puede vincular a los Estados miembros cuando estos desarrollan sus propias competencias, ni puede por

La idea de que, a criterio de la Comisión, los efectos jurídicos de la Carta no dependen de su incorporación a los Tratados y de que la misma, independientemente de dicha incorporación, *«producirá sus efectos, también en el plano jurídico, sea cual sea la naturaleza que se le atribuya»* (77), puede ser interpretada en el sentido de que el contenido de la Carta y, sobre todo, sus lagunas (sobre todo la falta de un sistema de protección jurisdiccional de los derechos proclamados) resultan un impedimento para que la misma, aun en el supuesto de que se incorpore a los Tratados con pleno valor normativo, pueda modificar sustancialmente el actual sistema de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Ciertamente, como la Comisión expuso, ni el Consejo ni la Comisión podrán desconocer el hecho de la existencia de la Carta; y se puede asumir que el TJCE tome en consideración la Carta como parámetro interpretativo para concretar el contenido y alcance de los derechos fundamentales en la Unión (78). Cuestión

lo tanto ser el fundamento de un control, jurisdiccional o de otra naturaleza» (op. cit., pág. 264). Sin embargo, no podemos compartir la sugerencia del autor de utilizar la Carta como parámetro del control comunitario sobre la actuación estatal en materia de derechos fundamentales sobre la base de la *«fórmula Cinetheque»*: Se trataría de encontrar una cierta virtualidad a la Carta a través de la doctrina sentada por el TJCE en su sentencia de 11 julio de 1985, Cinetheque, asunto 60-61/84 según la cual el propio TJCE reconoció que su deber era garantizar los derechos fundamentales en el campo del derecho comunitario. Según RODRÍGUEZ, ahora se trataría de entender que la existencia de la Carta hace que la protección de los derechos caiga en el campo del derecho comunitario aunque la misma no posea valor normativo (op. cit., pág. 267). La razón de nuestra discrepancia en este punto se fundamenta en el hecho de que en el en proyecto de Carta de 16 mayo de 2000 el artículo 51.1 (entonces art. 46) establecía la vinculación de los Estados miembros a la Carta «en el campo de aplicación» de la misma, como hemos señalado la fórmula decayó a favor de la actual (vid. nota anterior) con lo que la Carta deja poco margen a una interpretación del artículo de referencia que obviase la existencia de una norma jurídica como base para el control comunitario de vulneraciones de los derechos fundamentales por los Estados miembros.

(77) Párrafo 10 de la Comunicación de la Comisión *«sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»* [COM (2000) 644 final].

(78) Esta funcionalidad interpretativa de la Carta fue especialmente destacada por la Comisión, en cuanto a sus posibles efectos jurídicos, al considerar que *«se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho Comunitario»*. Mientras que la vinculación del resto de los órganos comunitarios a la Carta se expresó en términos más difusos, al entender que dichos órganos *«difícilmente podrán ignorar en el futuro, cuando actúen como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo por todas las fuentes de legitimidad nacionales y europeas reunidas en un mismo foro»* [COM (2000) 644 final], en este caso, la efectividad de la Carta parece concretarse en el ámbito estrictamente político. Entendemos, por tanto, la Comisión estaría invocando a la actividad jurisprudencial como vehículo de juridificación de la Carta, más que como un mero parámetro interpretativo a sumar a los viene utilizando el TJCE (en este mismo sentido, J. A. CARRILLO

diferente será hasta qué punto este condicionamiento de la actividad de los órganos comunitarios por la Carta tenga un carácter jurídicamente vinculante o se trate de una relación de otra índole.

En este sentido, el ámbito donde se puede plantear la posible proyección jurídica de la Carta correspondería a la concreción, por parte del TJCE, de derechos fundamentales y de su contenido en el ordenamiento comunitario como principio generales del mismo. Y aquí el problema no se encuentra tanto en medir la proyección jurídica de la Carta a través de la actividad jurisprudencial del TJCE, sino en determinar hasta qué punto la Carta limita dicha actividad jurisprudencial; es decir, de qué forma y en qué medida viene obligado el TJCE a utilizar la Carta como referencia interpretativa en su tarea jurisprudencial en materia de derechos fundamentales.

Planteado así el tema, entendemos que el dato esencial vuelve a ser la falta de normatividad de la Carta, que rompe la posible equivalencia que pudiera establecerse entre la Carta y el TJSE y los Tribunales Constitucionales y la Constitución en materia de derechos fundamentales (79). En concreto, la función «constituyente» y la función «legislativa» (80) que el TJCE ha venido desarrollando en materia de derechos fundamentales no se ve alterada jurídicamente por la Carta. No obstante, la mera existencia de la Carta constituye un dato esencial que no puede ser desconocido por el Tribunal de Justicia a la hora de «crear» nuevos derechos a partir del ordenamiento comunitario, ni a la hora de reconocer a los derechos recogidos en la Carta como la concreción de su propia actividad y de la actividad legislativa del resto de los órganos comunitarios en materia de derechos fundamentales. Dicho de otra forma, si el artículo 6 TUE ya suponía una confirmación del *status* de los derechos como principios generales del derecho comunitario y derivadamente un límite para el TJCE en cuanto quedaría vinculado por su propia construcción jurisprudencial en este sentido, no pudiendo cambiarla (81), la Carta vendría a concretar cuáles son aquellos

SALCEDO: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *RDCE*, núm. 9, 2001, págs. 19 y ss.).

(79) *Vid.* al respecto F. BALAGUER CALLEJÓN: «Derecho y Derechos en la Unión Europea», *cit.*

(80) Distinción apuntada por BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, y que asumimos. Como el citado autor afirma, el TJCE «tiene que realizar una función constituyente propia para incorporar derechos al ordenamiento, a veces mediante el recurso a elementos externos al propio sistema..., si bien ahora podrá recurrir también a la Carta de Derechos Fundamentales. Pero a la vez, esa función constituyente tiene una vocación legislativa necesaria para la realización de los derechos fundamentales, por lo que el TJCE tiene que actuar simultáneamente en el ámbito legislativo y en el ámbito constituyente».

(81) Como ha señalado BALAGUER CALLEJÓN en su trabajo «Derecho y Derechos en la Unión Europea».

derechos que forman parte del ordenamiento comunitario como principios generales y, consecuentemente, la actividad «constituyente» del TJCE en materia de derechos fundamentales quedaría limitada (82), al menos en lo referente a la definición de la «política» del TJCE en esta materia (83), lo que podría explicar la falta de referencias en la jurisprudencia del TJCE a la Carta (84) ni tan siquiera como «fuente complementaria para evocar los valores constitucionales comunes» (85). Así, más que reconocer a la Carta la virtualidad de jugar en favor de una mayor seguridad jurídica, nos parece lo adecuado señalar que la Carta ofrece una mayor seguridad política en las relaciones jurídicas de los órganos comunitarios (86). En cualquier caso, esta posible limitación de la capacidad del TJCE para descubrir nuevos derechos o para obviar los ya recogidos en la Carta no tiene, en el mo-

(82) Algún autor se ha referido a esta potencialidad de la Carta como «congelación del derecho jurisprudencial» en materia de derechos fundamentales (*vid.* B. WITTE: «The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Isurre?», *Maastricht Journal of European Law*, núm. 1, 2001, pág. 84, el citado autor pone como ejemplo el art. 41 de la Carta y la previa construcción jurisprudencial sobre el derecho a una buena administración que, en buena medida, se ve reflejado en el tenor del citado artículo). Junto a esta posibilidad se apunta que la Carta, por el contrario, podría servir al TJCE como instrumento para formular como derechos nuevos principios generales del derecho comunitario (*ibid.*, *idem*). Esta última posibilidad parece más improbable dado que, a tal fin, parece más fácil que tal ampliación siga realizándose al margen de la Carta.

(83) Evidentemente, la naturaleza jurídica de tal limitación se produciría con la normativización de la Carta. Mientras la misma constituye un dato en el mantenimiento del equilibrio político entre los agentes comunitarios que subyace a toda estructura del poder político de inspiración constitucional.

(84) Hasta el momento, la Carta ha sido invocada en numerosas ocasiones en las conclusiones de los Abogados Generales y en algunas sentencias del Tribunal de Primera Instancia (a título indicativo, señalar las sentencias recaídas en los asuntos T-112/98 de 20-02-2001, T-54/99 de 30-01-2002, T-177/01 de 3-05-2002). En cualquier caso, la invocación de la Carta en las Sentencias del TPI resulta poco significativa en la medida en que las referencias a los artículos de la Carta se realizan a modo de refuerzo de una línea argumental basada, sobre todo, en las disposiciones del CEDH. Incluso, en algún caso, donde el TPI ha señalado la imposibilidad tomar en consideración la Carta, por haber sido proclamada con posterioridad al acto impugnado, el mismo Tribunal niega que tal imposibilidad resulte relevante para apreciar una posible indefensión (T-112/98 Sentencia de 20 del 02 de 2002, asunto Mannesmannröhren/Comisión, párrafos 76 y 77, este caso el derecho invocado fue la tutela judicial efectiva asegurada, a juicio del Tribunal, por lo previsto en el artículo 6 del CEDH).

(85) A. WEBER: «La Carta de los Derechos...», *cit.*, pág. 83.

(86) En la comparecencia del magistrado Skouris del TJCE ante el grupo de trabajo II de la Convención, reconoció que la actual situación daba un mayor margen al Tribunal aunque, a título personal, se sentiría más cómodo con un referente normativo que hiciera expresas los derechos fundamentales en la Unión para decantarse por la incorporación de la Carta en los Tratados (*vid.* documento CONV 295/02 de 26 de octubre)

mento actual, un carácter jurídico y se inscribe más bien dentro del equilibrio de poderes en el seno de la Unión.

Más complejo resulta descubrir en la Carta una equivalente virtualidad limitativa en el desarrollo de la «función legislativa» del TJCE en materia de derechos fundamentales (87). Como ya se ha indicado, la Carta no incorpora ni mecanismos de garantía ni límites concretos a los derechos por lo que su desarrollo seguirá produciéndose preponderantemente por vía jurisprudencial (88). En esta tarea, el problema esencial, como hasta ahora, girará en torno al mantenimiento del difícil equilibrio entre los sistemas jurisdiccionales estatales y el comunitario en materia de derechos fundamentales cuya competencia al respecto viene dada por la relación de los respectivos derechos con competencias atribuidas a la Unión. Esto es, la cuestión que previamente condicionará el posible alcance de la Carta es la delimitación de aquel ámbito competencial y la definición del mismo como comunitario o de competencia exclusiva de los Estados miembros. Evidentemente, en esta apreciación el contenido de la Carta queda supeditado a otros principios y criterios utilizados a tal fin y que, como es sabido, dibujan un sistema basado en la consecución de los objetivos comunitarios. Lo que, en última instancia, nos conduce a la naturaleza misma de la Unión y a la articulación de una estructura cuyo fundamento está en la decisión de Estados y en una autolimitación de los mismos y en el que una declaración de derechos, incluso sin valor normativo, ha evidenciado la dificultad de seguir sustentando la arquitectura comunitaria sobre la base que requiere el reconocimiento de la supremacía del Derecho Comunitario en relación con los ordenamientos estatales

(87) En algún caso la duda sobre la capacidad de la Carta para limitar la «función legislativa» del TJCE ha sido directamente negada (*vid.* M. AZPITARTE SÁNCHEZ: «Recensión del libro de A. Rodríguez Integración europea y derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. ???, pág. 445).

(88) Lo que concuerda, como ya hemos explicado, con la previsión del art. 51.2 de la Carta y que, en última instancia, viene a consagrar la doctrina sentada por el TJCE en su conocido Dictamen 2/94 sobre la falta de competencia de las instituciones comunitarias para adoptar normas en materia de Derechos Humanos. Se han señalado algunos supuestos en los que esta doctrina se ha visto matizada y se ha apuntado que el propio dictamen permitiría invocar el principio de los poderes implícitos como título competencial para el desarrollo normativo de los derechos por los órganos comunitarios, siempre que se respetasen las condiciones señaladas en el dictamen (en este sentido *vid.* A. RODRÍGUEZ: *Integración...*, cit., pág. 245), la condición de que dicha normación no alterase la posición de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario implica que el desarrollo de los derechos, en cuanto que principios generales, les corresponde al TJCE y las normas en esta materia deberían ser o bien una plasmación de la concreción jurisprudencial previamente realizada al respecto o bien estar destinadas a asegurar el respeto de los principios generales en el ámbito normado.

y que, al tiempo, el alcance de tal principio en materia de derechos fundamentales podría cuestionar la competencia de sus miembros; no por la declaración abstracta de un catálogo de derechos fundamentales en el seno de la Unión, sino por la homogeneización de su desarrollo y protección, como obligación para los Estados miembros (89).

Como ya hemos apuntado, la futura incorporación de la Carta a los Tratados, sin que la misma se viera acompañada de una profunda transformación de los mismos, en el sentido de aproximar la estructura comunitaria a la constitucional, tampoco va a suponer un cambio trascendente en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en la Unión. A mayor abundamiento, en el informe final del Grupo II de la Convención para el futuro de Europa (90), que habrá de ser sometido al pleno de la misma, se recoge el apoyo prácticamente unánime al reconocimiento de valor jurídicamente vinculante a la Carta (91). Sin embargo, el informe insiste en que la Carta no modificará el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. De hecho, el trabajo más significativo del Grupo II se ha centrado en subrayar tal afirmación hasta el punto de proponer modificaciones de las actuales disposiciones generales de la Carta en tal sentido. Desde nuestro punto de vista, tales modificaciones están destinadas a limitar la actividad de los órganos comunitarios en materia de derechos fundamentales, reconocer a los Estados miembros como los principales agentes para la protección de los mismos y, en definitiva, instrumentalizar la Carta como mecanismo para limitar a los poderes de la Unión y no para definir una proyecto político-constitucional impulsado por ella. No obstante, la fuerza integradora y expansiva de los derechos puede desarrollar otras vías para que acaben siendo asumidos como orientación en la acción de los órganos comunitarios y, a la postre,

(89) Como ha señalado RUBIO LLORENTE «La libertad para establecer el equilibrio deseable entre la protección concedida a los distintos Derechos, o entre la de estos y la de otros objetivos de interés general, es parte esencial de la autonomía colectiva de cada comunidad política. La determinación del nivel de protección de cada Derecho es en consecuencia competencia básica de los Estados, que al establecerla habrán de tomar en cuenta las preferencias de las respectivas sociedades». F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos...», cit., pág. 48.

(90) Documento CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002. El documento está disponible en la página web de la Convención.

(91) El informe final no se decanta por un mecanismo concreto para reconocer tal valor a la Carta pero señala que la gran mayoría de los miembros del Grupo de trabajo se inclinan por la inclusión del texto de la Carta al principio de un futuro Tratado constitucional. Otra opción consistiría en incorporar la Carta como añadido o anexo a dicho Tratado. Por su parte el Anteproyecto de Tratado constitucional elaborado por el Presidium de la Convención deja abiertas todas las posibilidades (CONV 369/02 de 28 de octubre, explicación del artículo 6 del citado anteproyecto) a expensas de la propuesta del Grupo de Trabajo II que, como decimos, tampoco ofrece una única solución.

como referente esencial de una estructura de la Unión tendencialmente constitucional (92).

En materia de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el informe recomienda *no* incluir un procedimiento especial de protección de los derechos ante el TJCE en manos de los ciudadanos y mantener el actual sistema, con algunos ajustes tendentes a suavizar las condiciones de acceso directo de particulares al TJCE (93).

Pero lo que resulta más destacable en el informe sobre el mantenimiento del actual *statu quo* en materia de derechos viene dado por las propuestas de modificación o adición que el informe contiene respecto a las disposiciones generales de la Carta (94).

Tales modificaciones tienden a subrayar que la Carta ni modifica la distribución de competencias en materia de derechos fundamentales ni crea competencias nuevas en esta materia de tal forma que *«la protección de los derechos fundamentales por la legislación de la Unión no puede tener el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Unión»* (95). Dada la previsible incorporación de la Carta a los Tratados, se ha entendido necesario reforzar el anterior planteamiento, para lo que el Grupo de Trabajo II de la Conven-

(92) El informe final afirma significativamente al respecto que *«El hecho de que la Carta contenga derechos en ámbitos en los que la Unión no tiene, o apenas tiene competencias, no es contradictorio, dado que, aunque se limiten las competencias de la Unión, la Unión debe respetar en todos sus actos todos los derechos fundamentales, incluidos los que se refieren a ámbitos en los que carece de competencia legislativa»*.

(93) *Vid.* el apartado C del informe final. Los ajustes se refieren a la posible necesidad de modificar el párrafo cuarto del art. 230 TCE para facilitar la legitimación de los ciudadanos para acudir al TJCE por esta vía. Incluso en este caso el informe se muestra reticente a una reforma en profundidad del artículo citado y reconociendo las lagunas que permanecerían en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, se hace eco de la propuesta de algunos miembros del Grupo II de obligar a los Estados miembros, a través de la correspondiente previsión en el Tratado, de que éstos incluyan en sus correspondientes sistemas jurisdiccionales recursos efectivos en relación con los derechos derivados de la legislación de la Unión. Tal posibilidad, en el caso de sustanciarse, reafirmaría la posición preferente de los Estados miembros, en detrimento de la Unión, en la protección jurisdiccional de los derechos.

(94) La propuesta de nueva redacción y añadidos a los artículos 51 y 52 de la Carta está recogida en el anexo que acompaña al informe final del Grupo de Trabajo II de la Convención. Modificaciones que resultan especialmente significativas si tenemos en cuenta que el Grupo ha desarrollado su trabajo sobre la premisa de respetar el contenido íntegro de la Carta y trasladando al pleno de la Convención la necesidad de no entrar en la reforma de la misma.

(95) Documento CONV 354/02. Planteamiento que, como el propio documento citado reconoce, coincide con la doctrina sentada por el TJCE en su sentencia C-249/96, asunto GRANT, 1998.

ción ha propuesto algún cambio en la redacción del artículo 51 de la Carta despejando las dudas que su actual dicción pudiera generar al respecto. En concreto, si el artículo 51 pretendía circunscribir el ámbito de aplicación de la Carta a los órganos de la Unión y a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», el nuevo añadido del artículo 51.1. de la Carta (96) fija un límite a una interpretación expansiva de lo que pueda entenderse como ámbito propio del derecho comunitario; así el TJCE, a la hora de determinar el ámbito competencial donde la actuación de los órganos de la Unión es posible en materia de derechos fundamentales, habría de tomar en consideración los términos en los que los Estados miembros han conferido competencias a la Unión. Así, «los límites de las competencias conferidas a la Unión» vendrían dados tanto por el derecho comunitario como por las previsiones al respecto de los ordenamientos estatales con lo que, uno y otros, habrán de ser atendidos por el TJCE para definir su competencia en materia de protección de los derechos fundamentales. Con la misma intención puede entenderse la modificación del artículo 51.2 de la Carta (97) que cercenaría las posibilidades abiertas por algunas sentencias del TJCE para llevar a cabo un control sobre los derechos fundamentales en casos en los que el Tribunal conocía sobre actos de los Estados miembros en el ejercicio de sus propias competencias (98). Esta preocupación de los redactores de la Carta, y subrayada por los miembros del Grupo de trabajo II de la nueva Convención, por delimitar el ámbito de la Carta atendiendo a criterios de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros no resulta coherente con una comprensión plenamente constitucional de la Carta ya que la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo no puede ser limitada por una cuestión competencial. Desde nuestro punto de vista, la incorporación de la Carta a una Constitución europea, o en su caso a un Tratado Constitucional, hace improcedente el artículo 51 de la Carta, y más aún con los añadidos propuestos.

(96) En concreto se ha propuesto incluir en el art. 51.1 el siguiente añadido final: «... y respetando los límites de las competencias conferidas a la Unión por otras partes».

(97) Se ha propuesto que la redacción del art. 51.2 incluya la siguiente concreción inicial: «La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni...»

(98) Entre otras las SsTJCE 36/5, de 28 de octubre de 1975, asunto RUTILI, y la 201-2002/85, de 25 de noviembre de 1986, asunto KIPGEN, consagrando normativamente la jurisprudencia más restrictiva del propio TJCE (entre otras la STJCE 60-61/84, de 11 de julio de 1985, asunto CINETHEQUE). Para un análisis de la jurisprudencia citada *vid.*, A. RODRIGUEZ: *Integración...*, cit., págs. 259 y ss.

Por su parte, las propuestas de añadido al artículo 52 (99) vendrían a limitar la capacidad interpretativa del contenido de los derechos contenidos en la Carta por parte del TJCE insistiendo, básicamente, en el necesario referente del derecho de los Estados miembros como criterio preponderante en dicha actividad jurisprudencial, al tiempo que condiciona la aplicabilidad de los «principios» contenidos en la Carta a la previa actuación normadora de la instancia correspondiente (100). También en este caso, parece evidente la intención de mantener la actual estructura de la Unión en detrimento del potencial constitucional de la Carta ya que, entendemos, los nuevos apartados propuestos para el artículo 52 vendrían a consagrar un difícil equilibrio entre dos sistemas de derechos, más o menos desarrollados, —el de la Unión y el de cada uno de los Estados miembros— antes que consolidar un único sistema común.

5. CONCLUSIONES

— El proceso de elaboración de la Carta y el debate sobre su futuro nos permiten plantear la cuestión de la paulatina incorporación de conceptos y construcciones procedentes del constitucionalismo (en este caso, la normativización de un sistema de derechos fundamentales) a la estructura comunitaria.

— Al igual que la historia del Estado constitucional muestra claramente que sus diferentes formulaciones han encerrado distintas opciones políticas en tensión, de cuya resolución ha dependido su desarrollo, las diferentes valoraciones de la Carta y el debate sobre su futuro en el ordenamiento de la Unión representan posiciones políticas contrapuestas. Detectar cuáles sean

(99) El informe final del Grupo de Trabajo II de la Convención propone añadir los siguientes apartados al artículo 52 de la Carta: «4. En la medida en que la presente Carta reconoce derechos fundamentales que tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, esos derechos se interpretarán en consonancia con dichas tradiciones. 5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos de las instituciones y órganos de la Unión, así como mediante actos de los Estados miembros que apliquen el Derecho de la Unión, en ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo serán invocables ante los Tribunales respecto de la interpretación y el control de la legalidad de dichos actos. 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales conforme a lo especificado en la Carta.»

(100) Ver el nuevo punto 5 del artículo 52. Quedarían solventadas las críticas que ha recibido la Carta en este sentido (*vid.* al respecto F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos...», *op. cit.*). No obstante, entendemos, el problema se difiere a un momento ulterior, en concreto, a la determinación por parte del TJCE de qué disposiciones de la Carta expresan «principios» y cuáles «derechos».

esas alternativas, fijar los agentes políticos que las sustentan y determinar los mecanismos a través de los cuales aquellos interactúan son elementos tan relevantes como el contenido y la naturaleza jurídica de la Carta.

— Ya en el propio proceso de gestación de la Carta se pudo detectar la confrontación entre una postura más «federalizante» frente a otra de claro cariz intergubernamental. Esta tensión explica, en buena medida, que la decisión sobre la posición de la Carta en el ordenamiento comunitario se dividiera en dos fases: una primera, finaliza en Niza con la solemne proclamación de la Carta y otra segunda, pospuesta hasta la próxima Conferencia Intergubernamental en la que habrá de acordarse la incorporación de la Carta a los Tratados con pleno valor jurídico con lo que el debate sobre la naturaleza constitucional de la Unión ha quedado planteado, independientemente del valor jurídico de la Carta.

— Así, cabe plantear dos planos de estudio íntimamente relacionados pero claramente diferenciados:

1.º El sentido de la Carta y su virtualidad jurídica desde su proclamación solemne, que requiere un tratamiento desde las bases que ofrece el actual ordenamiento comunitario, carente de una naturaleza auténticamente constitucional, y su relación con los ordenamientos nacionales.

2.º El potencial «constitucionalizador» de la Carta, que se relaciona con el propio futuro de la Unión y la posibilidad de fijar un orden constitucional comunitario del que la Carta sería su columna vertebral.

— En el primero de los planos señalados, el debate sobre el valor jurídico de la Carta se inserta en la definición de la estructura interna de la Unión y en la fijación del equilibrio de poder en el ámbito comunitario. En el segundo, la Carta plantea la posible evolución de la Unión Europea hacia un modelo constitucional pleno.

— La consolidación de la Unión como una verdadera estructura constitucional requiere, entre otros extremos, la recepción de la dignidad de la persona, como eje central de la organización política, y su concreción en un sistema de derechos fundamentales en una norma jurídica primaria que exprese la traslación de la legitimidad del orden europeo desde los Estados a los ciudadanos.

— En este sentido, la Carta ofrece una evidente potencialidad como factor de consolidación del proceso de constitucionalización de la Unión. Así, la posibilidad de integrar en los Tratados un catálogo de derechos fundamentales a través de la Carta, abre la puerta a un posible tránsito desde la Unión como comunidad jurídica de Estados democráticos a su consideración como comunidad constitucional de ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: «El soft-law comunitario», en *RAP*, núm. 154, 2001.
- ALONSO GARCÍA, R.: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000.
- AMATO, G.: «La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre 2002.
- ANZO, A.: «La Costituzione europea come problema», en *Revista italiana de diritto comparado*, 2000.
- AREILZA CARVAJAL, J. M.: «La reforma de Niza: ¿hacia que Unión Europea?», *Política Exterior*, vol. XV, núm. 79, 2001.
- ASTOLA MADARIAGA, J.: «Los “efectos colaterales” del Derecho Comunitario en la regulación constitucional de los Derechos Fundamentales», en M. A. APARICIO PÉREZ (coord.): *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, CEDECS, Barcelona, 2001.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: «El artículo 6 TUE - Codificación en el tiempo, significado y consecuencias jurídicas», en F. BALAGUER CALLEJÓN: *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, en prensa.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Recensión del libro de A. Rodríguez: Integración europea y derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. ???.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», en G. ROLLA (coord.): *Tecniche di Garanzia dei Diritti Fondamentali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Tribunal Constitucional y creación del Derecho» en E. ESPÍN y J. DÍAZ (coords.): *La Justicia Constitucional en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en J. CORCUERA ATIENZA (coord.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BOGDANDY, A. VON: «Notas sobre la ciencia del Derecho europeo (contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la Teoría General del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 1.^{er} semestre, 2000 (trad. M. AZPITARTE).
- CABELLOS ESPÍERREZ, M. A.: «La contribución del Derecho comunitario a la interpretación de los derechos constitucionales: la Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2000 (Kreil) y el artículo 12 a. de la Constitución Alemana», en M. A. APARICIO

- PÉREZ (COORD.): *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, Ce-decs, Madrid, 2001.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *RDCE*, núm. 9, 2001.
- CARTABIA, M.: «Riflessioni sulla Convenzione di Laeken: come se si trattasse di un proceso costituente» *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre 2002.
- CHUECA SANCHO, A. G.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1999.
- DÍEZ-PICAZO: «Glosa a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Tribunales de Justicia*, núm. 5, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: «¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, mayo-agosto 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: «¿Una Constitución sin declaración de derechos? Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea», *REDC*, núm. 32, 1991.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: «La convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne», *Revue du Marché Común et de l'Union Européenne*, 2000.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y Garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- HÄBERLE, P.: «Prólogo» al libro de A. RODRIGUEZ: *Integración europea y derechos fundamentales*, cit.
- HÄBERLE, P.: *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001.
- HÄBERLE, P.: «El Estado Constitucional Europeo», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000.
- HÄBERLE, P.: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- HÄBERLE, P.: «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución», en P. HÄBERLE: *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996.
- HÄBERLE, P.: «La multifuncionalidad de los textos constitucionales a la luz de una comprensión “mixta” de la Constitución», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 17, 1996.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: «De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión», *GJ*, 1992.
- LÓPEZ CASTILLO, A.: «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *REP*, núm. 113, 2001.
- LÓPEZ ESCUDERO, M.: «Modificaciones del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», *Boletín europeo de la Universidad de la Rioja*, núms. 7/8, 2001.
- MAESTRO BUELGA, G.: «Globalización y Constitución débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1.º semestre, 2001.

- MARTÍNEZ SIERRA, J. M.: «El debate constitucional europeo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113, julio-septiembre 2001.
- PACE, A.: «¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1.º semestre, 2001.
- PÉREZ TREMPES, P.: «La Constitución española antes y después de Niza», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, mayo-agosto 2001.
- PÉREZ VERA, E.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en AA.VV.: *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, Granada, 2001.
- PESCATORE, P.: «Aspectos judiciales del acervo comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2, 1981.
- PI LLORENS, M.: *Los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.
- REPOSO, A.: «Sul presente assetto istituzionale dell'Unione Europea», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre 2002.
- RIDOLA, P.: «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo», en F. BALAGUER CALLEJÓN: *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, en prensa.
- RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ, A.: «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», Lección inaugural del Curso académico 2000-2001 en la Universidad Autónoma de Madrid. Servicio de imprenta de la Universidad.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, 2001.
- RUBIO LLORENTE, F.: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como tribunal constitucional», en R. MORODO y P. DE VEGA (dirs.): *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional. En honor de Pablo Lucas Verdú*, UNAM-Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001.
- STEIN, E.: «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, núm. 75, 1981.
- WEBER, A.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002.
- WEILER, J. H. H.: «Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, septiembre, 2002.

- WEILER, J. H. H.: «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea», en F. BALAGUER CALLEJÓN: *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, en prensa.
- WEILER, J.: «La transformación de Europa», en *Europa, fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995.
- WITTE, B. DE: «Il processo semi-permanente di revisione dei trattati», *Quaderni Costituzionali*, año XXII, núm. 3, 2002.
- WITTE, B. DE: «The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Isurre?», *Maastricht Journal of European Law*, 2001.

