

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: DE LA CARTA A LA CONSTITUCIÓN (*)

MARÍA DÍAZ CREGO

I. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMUNITARIOS, NACIONALES E INTERNACIONALES: I.1. *La Carta ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia*: I.1.1. *La Carta ante los Abogados Generales del TJCE*. I.1.2. *La Carta en la jurisprudencia del TPI*. I.2. *La Carta ante el Tribunal Constitucional español*. I.3. *La Carta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.—II. LA INTEGRACIÓN DE LA CARTA EN EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA: II.1. *La Carta como parte dogmática de la «Constitución europea»: el objetivo político*. II.2. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional: ¿instrumento a través del cual suplir las deficiencias del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea?*: II.2.1. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional y los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales*. II.2.2. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. II.2.3. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional: la limitada jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el restringido acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales comunitarios*.—III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El 7 de diciembre de 2000, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea fue solemnemente proclamada por el Parlamento, la Comisión

(*) Este trabajo es parte de otro más amplio que recibió uno de los dos premios a la mejor memoria de investigación del Curso de especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política impartido por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales durante el año académico 2002/2003. La investigación que sirvió de base al presente escrito, dirigida por Dra. María Luisa Marín Castán, finalizó el 15 de junio del año 2003. No obstante, el documento original ha sido actualizado a fecha de 10 de diciembre de 2004. El trabajo completo está publicado en la página web del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: www.cepc.es/bibvirtual.asp. Quisiera agradecer a la profesora María Luisa Marín Castán, al profesor Pablo Santolaya Machetti y al resto de profesores que participan en las sesiones del Instituto de Derecho Parlamentario de la UCM, la atención prestada a mi trabajo y la cuidadosa corrección de las primeras versiones del mismo.

y el Consejo europeo (1). Sin embargo, esta proclamación no convirtió a la Carta en un texto de carácter vinculante, situándola en una especie de limbo jurídico que la doctrina intentó definir a través de conceptos como el *soft law* comunitario (2), los acuerdos interinstitucionales (3), o considerándola un texto programático (4) no llamado a tener ningún tipo de eficacia jurídica.

No obstante, la historia de la Carta no finaliza el día de su solemne proclamación. La proclamación de este texto dio luz verde a dos procesos bien diferenciados. Por un lado, las instituciones comunitarias, los Abogados Generales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los órganos jurisdiccionales nacionales e, incluso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han realizado desde entonces múltiples referencias a la Carta (I). Por otro lado, la Carta se ha convertido en uno de los cuatro ejes centrales sobre los que ha girado el debate sobre el futuro de Europa y la elaboración del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (II).

I. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMUNITARIOS, NACIONALES E INTERNACIONALES

La naturaleza de instrumento jurídico no vinculante de la Carta no impidió que, en los momentos cercanos a su proclamación, muchos autores (5) e,

(1) La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea fue publicada en el *DOCE* de 18 de diciembre de 2000, Serie C, C-364/01.

(2) ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS: *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Monografías, 2001.

(3) EMMANUELLE BRIBOSIA y OLIVIER DE SHUTTER: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Journal des Tribunaux*, núm. 120, de 24 marzo 2001; MELCHIOR WATHELET: «La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue», *Cahiers de Droit Européen*, 5-6, 2000, Bruselas; VLAD CONSTANTINESCO: «La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia», *Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, 2001.

(4) Lord GOLDSMITH: «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review* 38, octubre 2001, pág. 1212.

(5) En este sentido, intervención de Melchior Wathelet en la Jornada de estudio organizada por la Universidad Católica de Lovaina el 15 de diciembre de 2000, *Les conséquences de l'adoption de la Charte sur les rapports de l'ordre juridique communautaire avec la Convention européenne des droits de l'homme*; MELCHIOR WATHELET: «La Charte...», *op. cit.*, págs. 591 y sigs.; EMMANUELLE BRIBOSIA y OLIVIER DE SHUTTER: *Op. cit.*, págs. 282 y sigs.; VLAD CONSTANTINESCO: *Op. cit.*, págs. 182 y sigs.; JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: «Notas Sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Dere-*

incluso, las propias instituciones comunitarias (6) señalaran que este texto podría ser difícilmente obviado por las instituciones que habían participado en su proclamación solemne. En idéntico sentido, se señalaba que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no podría dejar de integrar este texto en la construcción a través de la cual aseguraba la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión.

Las previsiones al respecto de la eficacia de la Carta parecen comenzar a cumplirse. Unos años después de su proclamación solemne, este texto aparece inserto en gran número de disposiciones adoptadas no sólo por el Parlamento europeo y la Comisión, sino también por el Consejo (7). No obstante, el interés de este estudio se centrará en las referencias a la Carta efectuadas por los órganos jurisdiccionales encargados de asegurar el respeto del Derecho comunitario en cuanto parte de la consideración de que la protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta sólo quedará asegurada en la medida en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE—, el Tribunal de Primera Instancia —TPI— y los tribunales nacionales dediquen parte de su actividad jurisdiccional a la protección de tales derechos (8).

cho comunitario, núm. 9, 2001, págs. 19 y sigs.; KOEN LENAERTS y EDDY EDDY DE SMIJTER: «A Bill of Rights for the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, págs. 299 y sigs.; ANTONIO VITORINO: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du Droit de l'Union européenne*, núm. 1, 2001, págs. 60 y sigs.

(6) La Comunicación de la Comisión, de 11 de octubre del 2000, sobre la naturaleza de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (COM (2000)644 final) es especialmente significativa en este sentido.

(7) Las referencias a la Carta en el seno de la Unión se iniciaron a raíz del Informe de los tres sabios sobre la situación de Austria tras la inclusión en el gobierno de coalición del partido de extrema derecha FPÖ- Informe presentado por Martin Ahtisaari, Jochen Frowein y Marcelino Oreja, el 8 de septiembre del 2000 en París. Posteriormente, la Carta ha sido empleada en otros muchos documentos, entre los que podemos citar: Comunicación de la Comisión de 7 de marzo del 2001, sobre la aplicación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, SEC (2001) 380/2; Decisión de 23 de mayo de 2001, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia, 2001/462/CE, CECA, DOCE L 162, de 19 de junio de 2001; Código de buena conducta administrativa para el personal de la Comisión en sus relaciones con el público, SEC (1999) 1948/3; Reglamento adoptado por el Consejo y el Parlamento Europeo sobre el acceso del público a los documentos del Parlamento europeo, 1049/2001, DOCE L 145, de 31 de mayo de 2001.

(8) En este sentido, Ángel Rodríguez señala que, la reiterada utilización del texto de la Carta por las instituciones comunitarias no se convertirá en obligación jurídica sino en la medida en que el TJCE comience a utilizarla. ÁNGEL RODRÍGUEZ: «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, pág. 48.

I.1. *La Carta ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia*

Desde la proclamación solemne de la Carta, el TJCE y el TPI han conocido de un importante número de asuntos en los que se plantea la vulneración de derechos fundamentales. Las referencias a la Carta han sido una constante en las conclusiones de los Abogados Generales del TJCE y en la jurisprudencia del propio TPI. Sin embargo, el TJCE, quizás impulsado por una deliberada intención de no influir en las decisiones que se han adoptado en el marco de la última reforma de los tratados constitutivos de la Unión, continúa eludiendo toda posible referencia al texto de la Carta como fundamento de sus decisiones. Las decisiones del TPI y las conclusiones de los Abogados Generales del TJCE serán, por tanto, nuestra única ayuda a la hora de identificar la eficacia jurídica presente y quizás futura de este texto.

I.1.1. *La Carta de derechos fundamentales ante los Abogados Generales del TJCE*

La Carta de derechos fundamentales ha sido empleada ante el TJCE en múltiples ocasiones y su utilización se ha hecho desde perspectivas bien diferentes. Un elevado número de conclusiones de los Abogados Generales del TJCE e, incluso, de sentencias del TJCE, contienen una mera cita a alguno de los preceptos de la Carta. En estos casos, bien las partes (9), bien los Abogados Generales del TJCE (10), utilizan la Carta como argumento *a fortiori* a través del cual complementar y fortalecer sus pretensiones y conclusiones. La

(9) En este sentido, las más recientes argumentaciones de las partes pueden encontrarse en: Auto TJCE de 19 de marzo de 2004, asunto *Arnaldo Lucaccioni contra Comisión*, C-196/03 P; STJCE de 7 de octubre de 2004, asunto *Mag Instrument Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior*, C-136/02 P; STJCE de 7 de enero de 2004, asunto *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P y C-219/00P; STJCE de 6 de noviembre de 2003, asunto *Bodil Lindqvist*, C-101/01. Para un elenco exhaustivo de los casos ver el trabajo completo.

(10) En esta línea, las referencias más recientes realizadas por los Abogados Generales se encuentran en: Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 11 de noviembre de 2004, asunto *Proceso penal contra Maria Pupino*, C-105/03; Conclusiones del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, presentadas el 11 de noviembre de 2004, asunto *The Queen a solicitud de Dany Bidar contra London Borough of Ealingy contra Secretary of State for Education*, C-209/03; Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 21 de octubre de 2004, asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra max.mobil Telekommunikation Service GmbH*, C-141/02 P. Para un elenco exhaustivo de los casos ver el trabajo completo.

Carta es empleada, en estos casos, como argumento complementario en que apoyar el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales recogidos en instrumentos jurídicos diversos. En este sentido, la Carta ha sido empleada paralelamente al CEDH, a alguno de los Protocolos adicionales al CEDH, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al propio Derecho comunitario en la materia.

En otros asuntos, los Abogados Generales se han referido a la Carta desde una perspectiva más comprometida, atribuyéndole tres roles diferenciados, según sintetiza el Abogado General en las conclusiones del asunto *Arben Kaba* (11). En primer lugar, la Carta es utilizada como fuente de la cual extraer los valores jurídicos primordiales comunes a los Estados miembros, de los cuales emanan los valores jurídicos esenciales sobre los que se funda la Unión Europea. A partir de ellos, los Abogados Generales identifican los principios generales del Derecho comunitario y, entre éstos, los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión. En esta línea, son significativas las conclusiones del Abogado General en el asunto *Überseering BV* (12). En este asunto, el Abogado se refiere a la Carta como *una fuente preciosísima del común denominador de los valores jurídicos primordiales en los Estados miembros, de donde emanan, a su vez, los principios generales del derecho comunitario*. A través del discurso indicado, los Abogados Generales del TJCE (13) reutilizan la conocida fórmula por la que el TJCE asegura el respeto de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario. Sin embargo, en estos asuntos las fuentes de inspiración de los derechos fundamentales protegidos en el ámbito de la Unión no serán las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, sino la Carta, en cuanto la misma es considerada la expresión de los valores jurídicos primordiales comunes a los Estados miembros.

(11) Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 11 de julio de 2002, asunto *Arben Kaba c. Secretary of State for the Home Department*, C-466/00.

(12) Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 4 de diciembre del 2001, asunto *Überseering BV c. CC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, C-208/00.

(13) En esta línea: Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger, presentadas el 10 de julio de 2001 asunto *J.C.J. Wouters*, C-309/99; Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger, presentadas el 10 de julio de 2001, asunto *Consejo de la Unión Europea c. Heidi Hautala*, C-353/99 P; Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, presentadas el 22 de febrero de 2001, asunto *D. y Reino de Suecia c. el Consejo de la Unión Europea*, asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P; Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber, presentadas el 1 de febrero de 2001, asunto *TNT Traco SpA contra Poste Italiane SpA*, C-340/99.

En segundo lugar, la Carta es contemplada como instrumento privilegiado a través del cual distinguir los derechos fundamentales protegidos en el ámbito comunitario del resto de derechos que, aún reconocidos igualmente en el ámbito comunitario, no alcanzan el estatus de derecho fundamental. En este sentido, es destacable la utilización que el Abogado General hace de la Carta en el asunto *BECTU* (14). En este asunto se plantea una cuestión prejudicial referida a la regulación británica sobre las vacaciones anuales retribuidas. Para su resolución, se estudia si el derecho a vacaciones anuales retribuidas puede considerarse un derecho fundamental en la esfera comunitaria. Tras analizar varios instrumentos internacionales en la materia, el Abogado General se refiere a la Carta señalando que *proporciona la confirmación más cualificada y definitiva de la naturaleza de derecho fundamental que reviste el derecho a vacaciones anuales retribuidas* (15).

Finalmente, la Carta ha sido utilizada por los Abogados Generales del TJCE como instrumento a través del cual delimitar el exacto contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión. En este sentido, la referencia más significativa a la Carta se encuentra en las conclusiones del Abogado General en el asunto *Booker Aquaculture Ltd.* (16). En este caso se utiliza la Carta —art. 17—, junto al artículo 1 del Protocolo adicional al CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, para delimitar el contenido concreto del derecho fundamental a la propiedad. El Abogado General distinguirá entre la privación de la propiedad y la regulación del uso de los bienes y señalará que, la Directiva comunitaria objeto de

(14) Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano, presentadas el 8 de febrero de 2001, asunto *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union c. Secretary of State for Trade and Industry*, C-173/99. El TJCE dictó sentencia en relación con este procedimiento el 26 de junio de 2001. A pesar de la importante referencia a la Carta realizada por el Abogado General en sus conclusiones, el TJCE se referirá únicamente a la Carta comunitaria de derechos sociales de los trabajadores en aras de identificar el derecho a vacaciones anuales retribuidas como derecho social fundamental.

(15) En esta misma línea, deben destacarse las Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger en el asunto *Consejo de la Unión Europea c. Heidi Hautala* —C-353/99 P, de 10 de julio de 2001— y las Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. Jacobs en el asunto *Reino de los Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* —C-377/98, de 14 de junio de 2001. Las Conclusiones del Abogado General Sr. Poiares Maduro, presentadas el 29 de junio de 2004, asunto *Albert Nardone contra Comisión*, C-181/03 P; y las Conclusiones de la Abogado General Sra. J. Kokott, presentadas 14 octubre 2004, asunto *Silvio Berlusconi*, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, también parecen utilizar la Carta en esta línea.

(16) Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, presentadas el 20 de septiembre de 2001, asuntos *Booker Aquaculture Ltd. e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00.

la cuestión prejudicial, regula el uso de ciertos bienes y no la privación de los mismos y, por tanto, no ha de contemplar obligatoriamente la indemnización de los afectados por sus previsiones.

I.1.2. *La Carta en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia*

El TPI utilizó por primera vez la Carta el 20 de febrero de 2001, apenas días después de que los Abogados Generales del TJCE (17) hicieran referencia a la misma. Desde esa fecha el TPI ha empleado la Carta en reiteradas ocasiones, utilizándola desde tres ópticas distintas (18). Por un lado, en las sentencias *JFE Engineering Corp. y Nippon Steel Corp. contra Comisión* (19), *Tideland Signal Ltd c. Comisión* (20), *Archer Daniels Midland Company y otros c. Comisión* (21), *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd c. Comisión* (22) y *P&O European Ferries (Vizcaya), S.A. Diputación Foral de Vizcaya c. Comi-*

(17) En el momento en que el TPI dicta la sentencia en el asunto *Mannesmannröhren-Werke AG*, los Abogados Generales del TJCE se habían referido a la misma tan sólo en los asuntos *TNT Traco* y *BECTU*, previamente citados.

(18) A pesar de la utilización constante de la Carta, es necesario constatar que las sentencias más recientes del TPI hacen un uso más moderado de ella, refiriéndose a la misma como mero argumento complementario o evitando toda referencia a la Carta, aún cuando las partes hayan introducido este texto en sus alegaciones —STPI de 16 marzo 2004, asunto *Elizabeth Afari contra Banco Central Europeo*, T-11/03; Auto del TPI de 2 de abril de 2004, asunto *Piero Gonnelly y Associazione Italiana Frantoiani Oleari (AIFO) contra Comisión*, T-231/02; STPI de 13 de enero de 2004, asunto *JCB Service c. Comisión*, T-67/01. El TPI ha llegado, incluso, a señalar que a pesar de que la Carta *ha sido invocada en varias ocasiones por los Tribunales comunitarios como fuente de inspiración para el reconocimiento y la protección de los derechos de los ciudadanos y como criterio de referencia de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario, no lo es menos que en el momento actual se trata de una declaración carente de fuerza jurídica vinculante* —STPI de 28 de octubre de 2004, asunto *Olga Lutz Herrera contra Comisión*, asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02. Debe señalarse que, el más que aparente cambio de posición del TPI no tendrá relevancia alguna en caso de que el Tratado constitucional de la Unión Europea entre en vigor próximamente. Sin embargo, en el caso de que la Carta no se convierta en instrumento jurídico vinculante, las últimas manifestaciones del TPI harían temer por el futuro de este texto.

(19) STPI de 8 de julio de 2004, asuntos acumulados *JFE Engineering Corp. y Nippon Steel Corp. contra Comisión*, asuntos acumulados T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00.

(20) STPI de 27 de septiembre de 2002, asunto *Tideland Signal Ltd c. Comisión de las Comunidades Europeas*, as. T-211/02.

(21) STPI de 9 de julio de 2003, asunto *Archer Daniels Midland Company y otros c. Comisión*, as. T-224/00.

(22) STPI de 9 de julio de 2003, asunto *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd c. Comisión*, as. T-223/00.

sión (23), *Territorio Histórico de Álava c. la Comisión de las Comunidades europeas* (24), y *Mannesmannröhren-Werke AG c. Comisión* (25), el TPI utiliza la Carta como mero argumento complementario, haciendo referencia a los artículos 41, 47, 48 y 50 de la Carta paralelamente a decisiones del propio TPI, del TJCE y del TEDH, a los correspondientes artículos del CEDH e, incluso, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Por otro lado, el TPI ha considerado la Carta expresión de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y, en ese sentido, ha reiterado que los derechos reconocidos en ella forman parte de los principios generales del Derecho comunitario. La sentencia del TPI *max.mobil Telekommunikation Service GmbH* (26) es un buen ejemplo de esta jurisprudencia. En este asunto, el TPI hace referencia a la Carta en relación con el derecho a la buena administración —artículo 41— y el derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 47. A ojos del TPI, estos derechos forman parte de los principios generales del Derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, tal y como confirma el hecho de que ambos aparezcan recogidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. La lógica empleada en el presente asunto es clara (27): En cuanto la Carta no es más que la confirmación de los valores, principios y derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, su utilización por el TJCE y el TPI no necesita de base jurídica diferente a la ya otorgada por el actual artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea —TUE—, precepto que hace específica referencia a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como fuente de inspiración de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito comunitario.

Finalmente, el TPI ha hecho uso de la Carta en la revolucionaria sentencia *Jégo-Quére*, en la que el tribunal ha recogido la línea argumental indicada por el Abogado General Jacobs en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores* y ha modificado, en este sentido, el criterio jurisprudencial empleado por el TJCE en materia de acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales comu-

(23) STPI de 5 de agosto de 2003, asunto *P&O European Ferries (Vizcaya), S.A. y Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión*, asuntos acumulados T-116/01 y T-118/01.

(24) Auto del TPI de 11 de enero de 2002, asunto *Territorio Histórico de Álava contra la Comisión de las Comunidades europeas*, T-77/01.

(25) STPI de 20 de febrero de 2001, asunto *Mannesmannröhren-Werke AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, as. T-112/98.

(26) STPI de 30 de enero de 2002, asunto *max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Comisión de las Comunidades Europeas*, T-54/99.

(27) En idéntico sentido, Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 2002, asunto *Technische Glaswerke Ilmenau GMBH c. Comisión*, T-198/01 R.

nitarios. No obstante, el potencial innovador de esta decisión se ha visto quebrado por la sentencia del TJCE en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores*. Veamos la problemática sobre la que incide este juego de sentencias y conclusiones de los Abogados Generales.

Una de las críticas más reiteradas al sistema jurisdiccional de la Unión Europea se centra en el restringido acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales comunitarios y, en concreto, en la limitada legitimación activa de los particulares para interponer un recurso de anulación contra actos comunitarios de alcance general. La importancia de esta vía de recurso es radical en la medida en que a través de ella el particular puede impugnar la validez de actos comunitarios, incluidos aquellos que vulneren sus derechos fundamentales. A pesar de ello, las previsiones de los tratados constitutivos y la interpretación que de los mismos ha hecho el TJCE han convertido el recurso de anulación en un instrumento prácticamente inalcanzable para los particulares (28).

Las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto *Unión de*

(28) Según lo establecido por el párrafo 4 del artículo 230 TCE, las personas físicas y jurídicas sólo están legitimadas para interponer un recurso de anulación contra las decisiones de las instituciones comunitarias de que sean destinatarias, y contra las decisiones que, aunque revisitan la forma de reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente. En base a este artículo, la legitimación activa de los particulares para interponer un recurso de anulación contra actos comunitarios de los que no sean destinatarios queda limitada a aquellos supuestos en que el particular cumpla tres requisitos bien definidos: afectación directa, afectación individual, e interés para ejercitar la acción. Si bien el requisito de afectación directa y el de interés para ejercitar la acción no han contribuido en demasía a restringir el acceso de los particulares a la justicia comunitaria, el requisito de afectación individual, tal y como el mismo viene siendo interpretado por el TJCE desde la Sentencia *Plaumann* —STJCE de 15 de julio de 1963, asunto *Plaumann c. Comisión*, 25/62, Rec. págs. 197 y sigs.—, ha supuesto una grave restricción del derecho a la tutela judicial efectiva. A partir del asunto *Plaumann*, el TJCE interpreta el requisito de afectación individual en el sentido de que *una persona física o jurídica sólo puede afirmar que la disposición objeto de litigio le afecta individualmente cuando le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que le caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de manera análoga a la del destinatario*. Sobre esta problemática ver, entre otros: D. WAELBROECK y A.-M. VERHEYDEN: «Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de Droit Européen*, 1995, pág. 440; G. VANDERSANDEN: «Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions que leur sont adressées», *Cahiers de Droit Européen*, 1996, pág. 535; C. HARLOW: «Access to Justice as a Human Right: the European Convention and the European Union», en PH. ALSTON (dir.): *The E.U. and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 187 y sigs.

Pequeños Agricultores (29), y la Sentencia *Jégo-Quére* (30) del TPI plasman una evolución notable en la jurisprudencia del TJCE relativa al acceso de los particulares a las instancias jurisdiccionales comunitarias. Tras un estudio detallado de las posibilidades de acceso de los particulares a las instancias jurisdiccionales comunitarias, el Abogado General y el TPI consideran que la inadmisión de los recursos de anulación de los que están conociendo privaría a los particulares interesados de toda posibilidad de defender sus derechos en vía jurisdiccional y vulneraría, por tanto, su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho que es reconocido no sólo por el propio TJCE, sino también por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, el CEDH y el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En base a ello ambos proponen una interpretación de los tratados constitutivos más favorable al acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales comunitarios (31).

No obstante, lo innovador de la sentencia del TPI y de las conclusiones del Abogado General ha sido puesto en entredicho por resoluciones posteriores del TJCE y del propio TPI. Apenas meses más tarde de la Sentencia *Jegó-Queré*, el Pleno del TJCE (32) confirmaba su jurisprudencia tradicional en materia de acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales comunitarios y rechazaba así la novedosa interpretación sugerida por el TPI. A pesar de este rechazo, el TJCE señalaba que los requisitos de legitimación activa de los particulares para acceder a los órganos jurisdiccionales comunitarios han de ser interpretados a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no pueden ser obviados, en cuanto esto supondría una modificación efectiva de

(29) Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. Jacobs, presentadas el 21 de marzo de 2002, asunto *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo de la Unión Europea*, C-50/00 P.

(30) STPI de 3 de mayo de 2002, asunto *Jegó-Queré et Cie SA c. Comisión*, T-177/01.

(31) Tanto el Abogado General Sr. F. G. Jacobs como el TPI interpretan, de forma más amplia a como lo viene haciendo el TJCE, el requisito de afectación individual previsto por el párrafo 4 del art. 230 TCE. En esta línea, el Abogado General propone considerar que *una persona resulta individualmente afectada por un acto comunitario si, debido a sus circunstancias particulares, el acto lesiona o puede lesionar sus intereses de manera sustancial*. El TPI propone considerar persona individualmente afectada por una disposición comunitaria de la que no sea destinataria a toda persona que se vea afectada directamente por la misma *si la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones*.

(32) EL TJCE rechaza la línea jurisprudencial iniciada por el TPI en la STJCE de 25 de julio de 2002, asunto *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, C-50/00 P, Rec. p. I-6677. Sobre esta sentencia leer: PASCAL GILLIAUX: «L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiarité juridictionnelle e effectivité», *Cahiers de Droit européen*, 2003, núm. 1-2, págs. 177-202.

los tratados constitutivos y esta tarea no corresponde a los órganos jurisdiccionales comunitarios sino a los Estados miembros de la Unión. La jurisprudencia del TPI (33) posterior al rechazo del TJCE ha girado en esta línea.

El curioso dialogo protagonizado por el TPI y el TJCE adquiere mayor relevancia en cuanto se desarrolla en pleno *proceso constituyente* comunitario (34). En este sentido, no pueden considerarse baldías ni las referencias a la Carta realizadas por los Abogados Generales, ni, por supuesto, las demandas de una ampliación de las vías de acceso de los particulares ante las instancias jurisdiccionales de la Unión que han realizado en sus últimas sentencias tanto el TPI como el TJCE.

I.2. *La Carta ante el Tribunal Constitucional español*

El Tribunal Constitucional español —TC— se ha referido a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en dos de sus sentencias (30). Asimismo, el voto particular del magistrado Jiménez de Parga en la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre (36), hace mención expresa a la Carta.

La primera de las sentencias indicadas resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra ciertos preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de

(33) Los asuntos sobre los que el TPI se ha pronunciado con posterioridad a la STJCE *Unión de Pequeños Agricultores* han sido: Auto del TPI de 2 de abril de 2004, asunto *Piero Gonnelli y Associazione Italiana Frantoiani Oleari (AIFO) contra Comisión*, T-231/02; Auto del TPI de 21 de marzo de 2003, asunto *Établissements Toulorge c. Parlamento Europeo y Consejo*, as. T-167/02; STPI de 15 de enero de 2003, asuntos *Philip Morris International, Inc. c. Comisión*, *R. J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc., RJR Acquisition Corp., R. J. Reynolds Tobacco Company, R. J. Reynolds Tobacco International, Inc. c. Comisión* y *Japan Tobacco, Inc. c. Comisión*, asuntos acumulados T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01.

(34) Jean-Paul Jacqué manifiesta en su artículo, «La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dialogue entre le juge et le "constituant"», *Actualité Juridique, Droit Administratif*, núm. 6, junio 2002, París, págs. 476-480, la existencia de un diálogo continuo entre el juez comunitario y el poder constituyente comunitario, entendido éste como las personas encargadas de estudiar las sucesivas reformas de los tratados constitutivos, esto es, en el momento en que se redactó el artículo, la Convención sobre el futuro de Europa y la Conferencia Intergubernamental.

(35) Una vez concluida la redacción de este artículo, fue publicada en la página web del TC la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, en la que el Alto Tribunal hace una sustanciosa referencia a ciertos preceptos de la Parte II del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

(36) STC 290/2000, de 30 de noviembre de 2000, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, BJC 237 (2001).

13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (37). En esta sentencia, el TC se centra en delimitar el contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución española —CE. Señala así que, el núcleo de facultades que conforman el derecho a la protección de datos de carácter personal, aparecen plasmadas en instrumentos internacionales cuya consideración como criterio hermenéutico de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución viene impuesta por el artículo 10.2 de la misma. En base a ello, el TC construirá el contenido del derecho fundamental siguiendo las pautas marcadas por estos instrumentos internacionales y declarará nulos los preceptos de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal impugnados por el Defensor del Pueblo. Entre los instrumentos internacionales utilizados por el TC para delimitar el contenido del derecho fundamental se encuentra la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *cuyo artículo 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto.*

La segunda de las sentencias citadas resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (38). En ella, el TC se centrará en determinar si la previsión de la Ley de asilo en virtud de la cual el solicitante de asilo debe permanecer, durante la tramitación de su solicitud, en las dependencias habilitadas para ello en el puesto fronterizo, es contraria al derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 CE. La referencia a la Carta aparecerá, en este caso, en el núcleo central del discurso a través del cual el TC plantea la relevancia del Derecho europeo sobre inmigración y asilo, *en cuyo contexto cobra sentido el precepto impugnado*, a los ojos del Tribunal.

Finalmente, la referencia a la Carta llevada a cabo por el magistrado Jiménez de Parga en el voto particular de la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, tiene menor interés desde la perspectiva del estudio que se está realizando en cuanto es muy escueta y se realiza en conexión con otro gran número de normas internacionales utilizadas por el TC como parámetro interpretativo de los derechos reconocidos en la CE, según lo indicado en el artículo 10.2 CE.

(37) STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, recurso de inconstitucionalidad contra arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BJC 237 (2001).

(38) STC 53/2002, de 27 de febrero de 2002, recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que modificó un precepto de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, BOE núm. 80, de 3 abril de 2002.

En las dos sentencias que hemos indicado parecen identificarse dos lógicas bien distintas. Si bien en su primera sentencia el TC utiliza la Carta como criterio hermenéutico a través del cual esclarecer el contenido y alcance concreto del derecho fundamental a la protección de datos en virtud de lo establecido por el artículo 10.2 CE, en su segunda sentencia, el TC parece considerar la Carta como argumento de autoridad que pone de manifiesto el reconocimiento del derecho de asilo y el principio de *non refoulement* en el seno de la Unión Europea. En esta segunda ocasión, la referencia a la Carta parecerá carecer de efecto alguno ya que, una vez señalada la existencia del derecho fundamental a nivel europeo, el TC estudiará el caso desde la perspectiva única de los límites a los derechos fundamentales que vienen definidos por nuestro texto constitucional, y obviará, en ese sentido, la posibilidad de delimitar el contenido del derecho de asilo en relación con lo dispuesto por el texto comunitario, tal y como habría llevado a cabo, respecto del derecho a la protección de datos de carácter personal, en su sentencia primera.

En todo caso, las sentencias estudiadas y, especialmente, la primera, se encuadran perfectamente en la postura adoptada de forma reiterada por el TC respecto al Derecho comunitario (39). Según jurisprudencia del TC, las normas comunitarias no adquieren, por intermedio del artículo 93 CE, relevancia constitucional y no pueden, por tanto, considerarse parámetro de constitucionalidad de las normas internas. Sin embargo, el Derecho comunitario de los derechos fundamentales sí adquiere relevancia constitucional *ex* artículo 10.2 CE. En virtud de este precepto, el Derecho internacional de los derechos humanos (40) y, dentro del mismo, las normas comunitarias en materia de derechos fundamentales, se consideran criterios interpretativos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española y, en este sentido, conforman el parámetro de constitucionalidad de las normas internas.

(39) Sobre esta jurisprudencia, ver: LUIS MARÍA DíEZ PICAZO: «El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998; SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE: «El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, enero-abril 2001, págs. 301-347; GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS: *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tribunal Constitucional y Derecho comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 118, noviembre, 1994; ÁNGEL SÁNCHEZ LEGIDO: «Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre, 1991.

(40) Utiliza esta expresión: FRÉDÉRIC SUDRE: *Droit international et européen des droits fondamentaux*, PUF, París, 2001.

Esta lógica se plasma de forma casi perfecta en la STC 292/2000. En ella se pone de manifiesto que, si bien el Derecho comunitario no puede determinar la declaración de inconstitucionalidad de una norma nacional debido a su falta de relevancia constitucional *ex* artículo 93 CE, la utilización del Derecho comunitario como criterio hermenéutico de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española *ex* artículo 10.2 CE, sí puede determinar la declaración de inconstitucionalidad de las normas internas por vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, aunque interpretados a la luz del Derecho comunitario y, en el caso en estudio, de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos indicados de la Ley Orgánica de Protección de Datos se funda en la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 CE, tal y como éste es interpretado a la luz de una serie de documentos internacionales, el artículo 8 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea entre ellos.

I.3. *La Carta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Ahora bien, no sólo los órganos jurisdiccionales comunitarios y las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros han hecho referencia a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—, supremo intérprete del CEDH, ha hecho uso de la Carta en dos asuntos relacionados con la violación del derecho a la vida privada y del derecho a contraer matrimonio de los transexuales.

Los asuntos *Goodwin* e *I. c. Reino Unido* (41) han modificado la jurisprudencia tradicional del TEDH sobre los derechos de los transexuales (42) al afirmar que, en virtud de las transformaciones sufridas en los últimos años por la sociedad europea, la legislación británica que impide a los transexuales modificar sus datos registrales tras sufrir una operación de cambio de sexo y

(41) STEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, as. núm. 28957/95, y, STEDH de 11 de julio de 2002, asunto *I. c. Reino Unido*, as. núm. 25680/94: Ambas fueron dictadas por la Gran Sala del TEDH.

(42) Algunos ejemplos de esta jurisprudencia, son: STEDH de 17 de octubre de 1986, asunto *Rees c. Reino Unido*, Informe de la Comisión de 12 de diciembre de 1984, A núm. 106, pág. 27; STEDH de 27 de septiembre de 1990, asunto *Cossey c. Reino Unido*, A núm. 184, pág. 17; STEDH de 22 de abril de 1997, asunto *X, Y, y Z c. Reino Unido*, Recueil 1997-II; STEDH de 30 de julio de 1998, asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, Recueil 1998-V. Ver, con relación a este tema: PABLO SANTOLAYA MACHETTI: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

que les impide contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico, debe ser considerada contraria al artículo 8 CEDH —derecho al respeto de la vida privada— y al artículo 12 CEDH – derecho a contraer matrimonio.

Más allá de la importancia de la evolución jurisprudencial del TEDH en relación con los derechos de los transexuales, lo que interesa desde la perspectiva del trabajo actual es el papel que la Carta de derechos de la Unión Europea ha jugado en esta evolución jurisprudencial. En este orden de ideas, debemos señalar que la motivación del cambio jurisprudencial realizado por el TEDH se encuentra en las transformaciones sufridas por la sociedad europea en los últimos tiempos y en los consecuentes cambios jurídicos llevados a cabo en los Estados parte del CEDH. La proclamación de la Carta de derechos de la Unión Europea y la ausencia en el artículo 9 de la misma de toda referencia al hombre y a la mujer como sujetos del derecho a contraer matrimonio, constituye una manifestación más de los cambios radicales sufridos por la sociedad europea.

Sin embargo, la referencia a la Carta adquiere mayor relevancia si observamos que el TEDH sólo introduce dos nuevos hechos que hayan plasmado la evolución de la sociedad europea en pro de la aceptación del transexualismo desde que en 1998 este tribunal dictara sus últimas sentencias en la materia (43). El primero de estos hechos se identifica con el nacimiento en el Reino Unido de una serie de iniciativas encaminadas a modificar la legislación británica para adaptarla a las necesidades del grupo transexual. El segundo hecho se relaciona con la proclamación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión y el reconocimiento, por el artículo 9 de la misma, del derecho al matrimonio sin hacer específica referencia al hombre y a la mujer. La Carta posibilita, de este modo, que el derecho a contraer matrimonio se vea reconocido a nivel nacional no sólo al colectivo heterosexual, sino también al homosexual y al transexual (44).

(43) Ver, en este sentido: STEDH de 30 de julio de 1998, asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, op. cit.

(44) El artículo 9 de la Carta —actual artículo II-69 del Tratado constitucional, CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004— sustituye la referencia al hombre y a la mujer por *Se reconocen...* Esta sustitución permite que los Estados miembros de la Unión autoricen, a través de sus legislaciones internas, formas de matrimonio distintas a la tradicional. Así lo reconocen las Explicaciones a la Carta hechas públicas por el Presidium de la Convención que la elaboró —CHARTE 4473/1/00 REV 1, Bruselas, 19 octubre 2000—, y revisadas, posteriormente, por la Convención sobre el futuro de Europa —CONV 828/1/03, Bruselas, 18 de julio 2003— y por la Conferencia Intergubernamental —CIG 87/04 ADD 2 REV 2, Bruselas, 25 de octubre de 2004. En España, esta posibilidad ha fraguado ya en los trabajos del gobierno dirigidos a modificar el Código Civil para permitir el matrimonio entre homosexuales. El Consejo de Ministros aprobó,

En este sentido, la importancia de la Carta en la evolución jurisprudencial desarrollada por el TEDH no puede ser minusvalorada. La Carta toma el derecho al matrimonio del propio CEDH, pero, a fin de adecuarlo a las necesidades de la sociedad europea actual, plasma la posibilidad de extender este derecho a colectivos distintos del heterosexual. A raíz de esta evolución, el TEDH redefinirá el concepto tradicional de matrimonio y reconocerá como sujetos de tal derecho no sólo a las parejas heterosexuales tradicionales sino también a las formadas por transexuales y personas de su sexo originario.

A pesar de que los asuntos *Goodwin e I* han sido los únicos, hasta la fecha, en los que el TEDH ha hecho uso de la Carta de derechos de la Unión Europea, estos casos nos muestran una vez más las posibilidades que ofrece el diálogo y la interacción de los dos sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales. La reacción del TJCE frente a la jurisprudencia de Estrasburgo no se hará esperar.

Efectivamente, el 7 de enero del 2004 salía a la luz la Sentencia del TJCE *K. B.* (45). En el asunto citado, la recurrente, trabajadora del National Health Service británico —NHS—, solicita que, en caso de producirse su muerte previa, su pareja, R, nacida mujer pero sometida a una operación de cambio de sexo, perciba la pensión de viudedad a favor de cónyuge supérstite del afiliado que prevé el régimen de pensiones del NHS, y ello a pesar de que ambos jamás pudieron contraer matrimonio debido a la legislación británica que impide el matrimonio de transexuales con individuos de su sexo originario.

El asunto plantea una problemática semejante a la de los asuntos *Goodwin e I*. En el presente caso, la legislación británica imposibilita al transexual R, contraer matrimonio con la recurrente y le impide, consecuentemente, percibir la pensión de viudedad a la que tendría derecho en caso de haber contraído matrimonio. El TJCE considerará que, la legislación británica que impide a la pareja formada por K. B. y R. contraer matrimonio y, por tanto, cumplir el requisito imprescindible para que R. pueda acceder a la pensión de viudedad controvertida, es contraria a Derecho comunitario en cuanto vulnera la prohibición de discriminación por razón de sexo reconocida por el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea —TCE.

No obstante, lo que interesa a efectos del presente estudio es observar la

una vez finalizada la redacción de este trabajo, el envío a las Cortes del Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio —Reunión del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004.

(45) STJCE de 7 de enero de 2004, asunto *K.B. c. Nacional Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*. C- 117/01.

posible participación de la Carta en la toma de postura final del TJCE. En este sentido, resulta significativo que el TJCE fundamente su conclusión final, de forma casi exclusiva, en las Sentencias *Goodwin e I. c. Reino Unido* del TEDH y en el reconocimiento, por este tribunal, del derecho de los transexuales a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo biológico. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, el TJCE pondrá un énfasis especial en el hecho de que la legislación británica que impide el matrimonio de transexuales con personas de su sexo originario es contraria al CEDH, y justificará, tan sólo con referencia a esta jurisprudencia, que el impedimento matrimonial sufrido por los transexuales conlleve una declaración de discriminación por razón del sexo. Si recordamos que la evolución jurisprudencial del TEDH vino marcada, en cierta medida, por la innovación introducida por el artículo 9 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, parece lógico destacar que, a pesar de que la Carta todavía no ha sido directamente empleada por el TJCE en sus sentencias (46), las posibilidades innovadoras de la misma se están incorporando al sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea de forma indirecta, esto es, a través de la utilización de la Carta por el TEDH y de la posterior adopción de su jurisprudencia por el TJCE. Se abren, de este modo, nuevas y curiosas posibilidades de interacción entre los dos sistemas europeos de protección de los derechos humanos, posibilidades que, en todo caso, parecen acordes con la relación de enriquecimiento mutuo y colaboración continua que históricamente vienen alimentando ambos sistemas.

II. LA INTEGRACIÓN DE LA CARTA EN EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Paralelamente a la utilización de la Carta de derechos fundamentales por los órganos jurisdiccionales nacionales, comunitarios y por el TEDH, el estatus jurídico de la misma se introdujo en el debate sobre el futuro de Europa como uno de los cuatro pilares esenciales en torno a los cuales había de girar la elaboración del *Tratado constitucional* de la Unión Europea.

(46) Si bien la STJCE no incorporó ninguna referencia a la Carta de derechos de la Unión Europea, las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer sí hicieron referencia al art. 21 de la misma. Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 10 de junio de 2003, asunto *KB c. The National Health Service Pensions Agency y The Secretary of State for Health*, C-117/01.

El proceso de elaboración de este Tratado comenzó con la Declaración número 23 sobre el futuro de la Unión (47), anexa al Tratado de Niza. Esta declaración emplazó a los Estados miembros de la Unión a un debate más extenso y profundo sobre el futuro de la integración europea, y centró su atención sobre cuatro cuestiones fundamentales:

1. *Cómo establecer y supervisar una delimitación de poderes más precisa entre la Unión Europea y los Estados miembros, que refleje el principio de subsidiariedad.*

2. *La situación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza, de acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo en Colonia.*

3. *La simplificación de los Tratados con el fin de conseguir que sean más claros y se comprendan mejor, sin cambiar su significado.*

4. *El papel de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea.*

La Cumbre de Laeken, de 14 y 15 de diciembre de 2001 (48), desmembró las cuatro cuestiones inicialmente planteadas en Niza en más de cincuenta problemáticas y creó el órgano encargado de debatirlas, la Convención sobre el futuro de Europa (49). Los trabajos de la Convención fueron revisados, posteriormente, por una Conferencia Intergubernamental (50).

El proceso iniciado en Niza culminó, tras duras negociaciones, con la adopción del texto definitivo de *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (51). No obstante, el presente trabajo no se centrará en el análisis del proceso que dio luz al *Tratado constitucional* de la Unión Europea, sino en el estudio del contenido de este Tratado desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea.

(47) Declaración número 23 sobre el futuro de la Unión, anexo IV al Tratado de Niza, DOCE C-80/85.

(48) Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea, Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001.

(49) La Convención sobre el futuro de Europa inició sus trabajos el 1 de marzo de 2002 y presentó el proyecto de *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, el 20 de junio de 2003, durante la reunión del Consejo Europeo que se celebró en la ciudad griega de Salónica.

(50) La Conferencia Intergubernamental inició sus trabajos el 4 de octubre de 2003 en Roma, y culminó su labor tras la aprobación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* en la reunión del Consejo Europeo de 17 y 18 de junio de 2004.

(51) El texto definitivo de *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* fue firmado el 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de todos los países miembros de la Unión Europea. CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004. Tras la finalización de este trabajo, el texto del Tratado ha sido publicado en el *DOCE* de 16 de diciembre de 2004, Serie C, C -310/01.

Como ya quedó indicado, la Declaración de Niza señaló que uno de los puntos sobre los que se habían de centrar los trabajos sobre el futuro de Europa debía ser, precisamente, la situación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. La Declaración de Laeken clarificó la cuestión planteada en Niza al indicar que la Convención sobre el futuro de Europa había de preguntarse no sólo si la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea debía integrarse en el *Tratado constitucional* de la Unión Europea, sino también si era conveniente la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH.

Para dar respuesta a estas preguntas, la Convención creó un grupo de trabajo específico, el Grupo II o Grupo Carta (52). Las conclusiones alcanzadas por este grupo de trabajo quedaron plasmadas en su Informe final, de 22 de octubre de 2002 (53). En este Informe, el Grupo II plasmó la necesidad de incluir los derechos fundamentales en el *Tratado constitucional* de la Unión a través de la doble vía de la integración de la Carta en el Tratado y la simultánea adhesión de la Unión al CEDH. Sin embargo, las conclusiones del Grupo II no adoptaron una decisión definitiva en relación con la modalidad de integración de la Carta en los tratados constitutivos, limitándose a plantear diferentes posibilidades. La elección final sobre la manera en que el texto de la Carta había de integrarse en el *Tratado constitucional* de la Unión pasó a ser responsabilidad del Pleno de la Convención que optó, finalmente, por la integración plena de la Carta en el *Tratado constitucional* de la Unión. La posterior Conferencia Intergubernamental no aportó ninguna modificación a las recomendaciones realizadas por la Convención sobre este punto.

No obstante, la elección entre las diversas modalidades de integración de la Carta en el Tratado no puede considerarse una cuestión baladí en cuanto tal integración sólo tiene sentido en la medida en que cumpla dos funciones de relevancia mayor (54). Por un lado, la integración de la Carta de derechos fundamentales en el *Tratado constitucional* de la Unión puede convertir a este texto en la parte dogmática de la atípica *Constitución Europea*, dotando a la Carta de una significación política notable como instrumento legitimador de

(52) Sobre la formación y los trabajos del Grupo II, ver: ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ: «Constitución y derechos: La Carta retocada, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado», en ENOCH ALBERTÍ ROVIRA (dir.) y EDUARD ROIG MOLÉS (coord.): *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Fundación Carles Pi i Sunyer. Tirant, Valencia, 2004, págs. 329 y sigs.

(53) CONV 354/02, presentado el 22 de octubre de 2002, en Bruselas.

(54) Esta dicotomía ya es planteada por FRANCISCO RUBIO LLORENTE en «Una Carta de dudosa utilidad», FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, 2002, págs. 170 y sigs.

la actividad comunitaria. Por otro lado, la integración de la Carta de derechos de la Unión en el *Tratado constitucional* puede suplir las lagunas del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea. En este orden de ideas, la decisión final sobre el futuro de la Carta debe valorarse desde la perspectiva de su capacidad de alcanzar el objetivo político de legitimar el proceso de integración europeo y el objetivo jurídico-técnico de colmar las lagunas que hasta el momento oscurecen el potencial del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión.

II.1. *La Carta como parte dogmática de la «Constitución europea»: el objetivo político*

La elaboración de una Carta de derechos fundamentales fue planteada, desde un principio, como un mecanismo para legitimar a la Unión Europea y disminuir el déficit democrático que la alejaba de sus ciudadanos. A medida que las competencias de la Unión Europea han ido aumentando se ha gestado en la opinión pública el sentimiento de que decisiones de relevancia patente para las vidas de los ciudadanos europeos se adoptan en la alejada Bruselas de forma totalmente ajena a las opiniones y los intereses de aquellos para cuyo bienestar fue creado el aparato comunitario.

La Carta, instrumento comprensivo de los derechos de estos abandonados ciudadanos, parecía un medio adecuado para aproximar Europa a los europeos salvando, de esta forma, las notables críticas que, refiriéndose al déficit democrático de la Unión, ponían en tela de juicio la legitimidad de la construcción comunitaria. Europa olvidaba, con la adopción del texto de la Carta, su perfil preponderantemente económico y financiero para acercarse a los ciudadanos que estaban en la base de su creación.

Este simbolismo, que impregna la Carta desde su proceso de elaboración, parece haber influido de forma determinante en la opción escogida por la Convención y la Conferencia Intergubernamental para integrar la Carta en el *Tratado constitucional*.

El Informe final del Grupo II indicó que las opciones principales para la integración de la Carta en el texto del Tratado eran tres: A. La Carta podía ser incorporada en toda su extensión en un título o capítulo del Tratado; B. La Carta podía ser objeto de referencia en uno de los artículos del Tratado siendo posteriormente incorporada en forma de parte específica del *Tratado constitucional* o en un protocolo anexo; C. La Carta podía ser objeto de una referencia indirecta que la convirtiera en texto jurídicamente vinculante sin concederle *estatus constitucional*. De estas tres opciones, el Grupo manifestó

preferir la primera situándose, de esta forma, en idéntica posición a la expresada por un importante número de expertos (55).

El 12 de junio de 2003, el Presidium presentó al Pleno de la Convención el texto de la Parte I y II (56), y el proyecto de partes III y IV (57) de la *Constitución* de la Unión. La previsión de ambos textos era, efectivamente, la adopción de la primera propuesta planteada por el Grupo II (58), esto es, la completa integración del texto de la Carta en el *Tratado constitucional* de la Unión a través de una primera referencia a la misma en el Título II de la Parte I del Tratado y la posterior integración del texto completo de la Carta en la Parte II del Tratado. Esta opción perdura en los últimos documentos presentados por la Convención y en los posteriores trabajos de la Conferencia Intergubernamental (59).

Observadas las tres opciones en principio planteadas para la integración de la Carta en el *Tratado constitucional* de la Unión Europea, y contemplada, igualmente, la opción finalmente favorecida tanto por el Grupo II como por el Pleno de la Convención y la posterior Conferencia Intergubernamental, parece evidente que el simbolismo que acompaña a toda declaración de derechos ha sido tenido muy en cuenta a la hora de decidir el futuro de la Carta.

La decisión de integrar la Carta a través de una simple referencia en uno de los artículos del Tratado o de una referencia adecuada a la Carta en el texto del Tratado y su posterior incorporación íntegra en un Protocolo anexo,

(55) A favor de la primera opción: *Estudio de viabilidad. Contribución a un anteproyecto de Constitución de la Unión Europea*. Este proyecto, más conocido como *Penélope*, fue elaborado a propuesta del Presidente de la Comisión, Romano Prodi, y de acuerdo con los señores Barnier y Vitorino, y fue presentado el 4 de diciembre de 2002. En su redacción participaron Marie Lagarrigue, Paolo Stancanelli, Pieter van Nuffel y Alain van Solinge. En idéntico sentido: GRAINNE DE BÚRCA: «Fundamental Rights and Citizenship», en BRUNO DE WITTE (dir.): *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Instituto Universitario Europeo, Florencia, Italia, 2003, págs. 16 y sigs. A favor de la tercera opción: A. DASHWOOD, M. DOUGAN, CH. HILLION, A. JOHNSTON y E. SPAVENTA: «Draft Constitutional Treaty of the European Union and related documents», *European Law Review*, núm. 28, febrero, 2003, págs. 3 y sigs.

(56) CONV 797/1/03, presentados el 12 de junio de 2003, en Bruselas.

(57) CONV 802/03, presentados el 12 de junio de 2003, en Bruselas.

(58) En la misma línea se situaban los proyectos de 24 de mayo de 2003 (presentado por el Presidium al Pleno de la Convención, texto revisado de la Parte I del *Tratado Constitucional* de la Unión, CONV 724/03); y de 27 de mayo de 2003 (presentado por el Presidium al Pleno de la Convención, proyecto de Partes II, III y IV del *Tratado Constitucional*, CONV 725/03).

(59) En la misma línea, el Proyecto final de *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, presentado al Presidente del Consejo Europeo el 18 de julio de 2003, en Roma, CONV 850/03; y el texto definitivo de *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004.

desmerecían el simbólico papel que la Carta está llamada a desempeñar en el actual proceso de *constitucionalización* de la Unión Europea. Efectivamente, la ausencia del texto íntegro de la Carta del *Tratado constitucional* de la Unión hubiera disminuido de forma importante el papel político que la Carta está llamada a jugar como instrumento legitimador de la actividad de la Unión.

Por ello, la opción más favorecida desde la perspectiva política de legitimación de una Unión Europea cada vez más criticada por su déficit de democracia y de libertad (60), no podía ser otra que la de incluir el texto íntegro de la Carta en una parte central del *Tratado constitucional* de la Unión. En este sentido, la integración de la Carta en la Parte II del *Tratado constitucional* pone de manifiesto la importancia del respeto de los derechos fundamentales en la escena comunitaria (61) y evoca, sin lugar a dudas, la tradición del constitucionalismo democrático que entiende el poder político como instrumento protector y promotor de los derechos fundamentales.

II.2. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional: ¿instrumento a través del cual suplir las deficiencias del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea?*

Más allá del evidente significado político que tiene la integración de la Carta en el *Tratado constitucional* de la Unión, los resultados del debate sobre el futuro de Europa deben ser estudiados desde una perspectiva eminentemente técnica. En este sentido, la Convención sobre el futuro de Europa y la posterior Conferencia Intergubernamental han tenido la oportunidad de afrontar, con mayor o menor éxito, algunos de los problemas que debilitan el sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea (62).

Las debilidades afrontadas por los trabajos sobre el futuro de Europa

(60) Ambos términos han sido empleados por Pablo PÉREZ TREMPs: *La Carta europea de derechos fundamentales: ¿Un primer paso hacia una futura Constitución Europea?*, Azpilcueta, núm. 17, 2001, págs. 21-40.

(61) En esta línea, ver: ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ: «Constitución y derechos: La Carta retocada, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado», en ENOCH ALBERTÍ ROVIRA (dir.) y EDUARD ROIG MOLÉS (coord.): *Op. cit.*, págs. 335 y sigs.

(62) En el estudio de estas problemáticas, excluiré toda crítica al contenido de la Carta en cuanto los propios trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa partieron del presupuesto de que no era conveniente poner en tela de juicio el consenso logrado en la Convención para su elaboración. A pesar de este convencimiento, el Grupo Carta indicó la oportunidad de incluir una serie de *ajustes técnicos de redacción* en las Disposiciones generales —Informe final del Grupo II, CONV 354/02, Bruselas, 22 de octubre de 2002. Sin ánimos de exhaustividad y sin

pueden resumirse en cuatro grandes epígrafes (63): la coordinación entre los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales y el sistema de la Unión, la relación entre el sistema de protección de los derechos fundamentales nacido en el seno del Consejo de Europa y el sistema de la Unión Europea, la restringida jurisdicción del TJCE y, por último, el limitado acceso de los particulares a las instancias jurisdiccionales comunitarias.

II.2.1. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional y los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales*

El sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales nació, en gran medida, sobre las bases sentadas por los sistemas de protección de los derechos fundamentales de los Estados miembros de las, entonces, Comunidades Europeas. La conocida revuelta protagonizada por los Tribunales constitucionales alemán e italiano impulsó al TJCE a proteger los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión a través del recurso a los principios generales del Derecho. La actitud de las Cortes nacionales obligó a un TJCE deseoso de hacer valer los principios de eficacia directa y primacía del Derecho comunitario, a adecuar el nivel comunitario de protección de los derechos fundamentales a las exigencias nacionales. Para ello, nada mejor que utilizar las propias tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

pretender ningún tipo de valoración completa del contenido de la Carta, considero adecuado señalar que, al menos uno de estos *ajustes*, que afectan esencialmente al antiguo artículo 52 de la Carta, parece modificar sustancialmente el contenido de la Carta. A fin de concretar la definición de los conceptos de principio y derecho plasmados en la Carta, el texto de la Parte II del *Tratado constitucional* prevé la introducción de una nueva Disposición horizontal, art. II-112.5, en virtud de la cual: *Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad de dichos actos.* Para una valoración de esta disposición: GRÁINNE DE BÚRCA: *Op. cit.*, págs. 22 y sigs.

(63) Para tener una visión completa de los problemas que menoscaban el sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea antes de la adopción de la Carta, ver, entre otros: F. SUDRE y H. LABAYLE: *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2001; PH. ALSTON (dir.): *The EU and Human Right*, Oxford University Press, 1999, y ANTONIO CASSESE, ANDREW CLAPHAN y J. H. H. WEILER: *Human Rights and the European Community*, 3 volúmenes, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1991.

como fuente de inspiración del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea (64).

La Carta y su integración en el *Tratado constitucional* de la Unión plantean nuevamente la cuestión del delicado equilibrio sobre el que se ha construido la relación entre los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales y el sistema de la Unión. Los redactores de la Carta y del *Tratado constitucional* de la Unión han tenido presente esta problemática. Así, tanto la redacción inicial de la Carta como varias disposiciones introducidas posteriormente por el *Tratado constitucional* plasman la preocupación por esta cuestión.

El artículo 53 de la Carta —actual art. II-113 del *Tratado constitucional*— es, probablemente, el precepto más significativo a este respecto. Este artículo, que parece zanjar definitivamente la cuestión de la coordinación entre sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales y sistema de la Unión, prevé el eventual desplazamiento de la Carta en el caso de que alguno de los instrumentos enumerados por el precepto, entre ellos las Constituciones de los Estados miembros, concedan mayor nivel de protección de los derechos fundamentales que el concedido por la propia Carta. Entendido en este sentido y considerando el ámbito de aplicación de la Carta —art. 51 de la Carta, y art. II-111 del *Tratado constitucional*—, los derechos fundamentales reconocidos en la misma habrán de ser respetados por las instituciones y órganos comunitarios y por los Estados miembros cuando éstos apliquen el Derecho de la Unión y siempre que la Carta asegure una protección del derecho fundamental mayor que la asegurada por la Constitución nacional, ya que en otro caso, la Constitución nacional prevalecerá sobre lo previsto en la Carta.

A pesar de la aparente claridad del texto de este artículo, su contenido plantea ciertas dudas. Más allá de las críticas que señalan que el discurso de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de la mayor o menor extensión de la protección concedida a un determinado derecho (65),

(64) Esta cuestión ha sido tratada por múltiples autores: A. M. SLAUGHTER, A. STONE y J. H. H. WEILER: *The ECJ and national courts. Doctrine and jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1997; J. COPPEL y A. O'NEILL: «The European Court of Justice: taking rights seriously?», *Common Market Law Review*, 29, 1992, págs. 669-692; G. F. MANCINI: «The making of a Constitution for Europe», *Common Market Law Review*, núm. 26, 1989, págs. 608 y sigs.; HJALTE RASMUSSEN: *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1986, págs. 390 y sigs.

(65) Sobre esta crítica: J. H. H. WEILER: *The Constitution of Europe. Do the new clothes have an emperor? And other essays on European integration*, Cambridge University Press,

parece evidente que esta interpretación del artículo 53 (66) contradice los principios sobre los que el Derecho comunitario ha construido tradicionalmente sus relaciones con los ordenamientos nacionales. El Derecho de la Unión, fundado sobre la base del principio de primacía y la uniformidad del ordenamiento comunitario, choca frontalmente con un precepto que permitiría a los tribunales nacionales omitir la aplicación del Derecho de la Unión en el caso de que una norma comunitaria vulnerara los derechos fundamentales asegurados, con mayor nivel de protección, por las Constituciones nacionales. Ahora bien, afirmar la primacía absoluta del Derecho de la Unión, aún en el caso de que éste vulnere los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales, plantea, igualmente, serios problemas desde la perspectiva de los ordenamientos de los Estados miembros.

Si bien la aplicación del artículo 53 de la Carta dibuja ciertas zonas oscuras, varias disposiciones de la Parte I y la Parte II del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* hacen frente a esta problemática desde una lógica más integradora. En primer lugar, el artículo I-9.3 de la Parte I del *Tratado constitucional* reconoce que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y aquellos que son fruto de las tradiciones constitu-

Cambridge, 1999, págs. 102-130; y FRANCISCO RUBIO LORENTE: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 64, enero-abril, 2002, págs. 13-52. Matizando esta afirmación, Ricardo Alonso García, considera que independientemente de que el discurso de los derechos fundamentales pueda contemplarse desde la perspectiva del conflicto entre derechos, también existen derechos que plantean conflictos entre el individuo y los poderes públicos. En el ámbito de estos últimos conflictos será donde habrá de jugar, en opinión del autor, la cláusula del estándar mínimo de protección recogida por el art. 53 de la Carta. Ver: RICARDO ALONSO GARCÍA: «Las cláusulas horizontales de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en RICARDO ALONSO GARCÍA y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2002, págs. 171 y sigs.

(66) La doctrina ha propuesto interpretaciones alternativas a la indicada. En este sentido, Jonas Bering Liisberg propone varias alternativas a la interpretación del art. 53 asumida mayoritariamente por la doctrina. Liisberg plantea, tras un concienzudo análisis de esta disposición, que el art. 53 fue introducido en las Disposiciones horizontales de la Carta con un fin puramente político, esto es, con la finalidad de calmar los ánimos de aquellos que veían en la Carta un instrumento para relajar la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, pero, que, en ningún caso, este precepto está pensado con la intención de poner en tela de juicio el principio de primacía del Derecho comunitario. Ver «Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law?», *Common Market Law Review* 38, núm. 5, octubre 2001, págs. 1171-1199. El trabajo completo está publicado en Harvard Jean Monnet Working Papers 04/01. En la misma línea: BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos», en VV.AA.: *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 179-194.

cionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. La introducción de este precepto, que se inspira claramente en el actual artículo 6.2 TUE, podría parecer superflua en una Unión Europea provista ya de una declaración de derechos propia. Sin embargo, el porqué de la permanencia de este precepto en el *Tratado constitucional* de la Unión parece poder encontrarse en la problemática coordinación de los tres niveles de protección de los derechos fundamentales en Europa. A través de esta disposición, el *constituyente europeo* conmina al TJCE a seguir construyendo el estándar comunitario de protección de los derechos fundamentales sobre las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el CEDH, con independencia de que la Unión cuente ya con su propia Carta de derechos fundamentales. De este modo, la Unión suaviza un eventual conflicto del TJCE con los tribunales nacionales y el TEDH y asegura que el estándar comunitario de protección de los derechos fundamentales se definirá no sólo en relación con la Carta de derechos de la Unión, sino también teniendo en cuenta las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el CEDH.

Este artículo, además de posibilitar la necesaria interrelación de los tres niveles de protección de los derechos fundamentales que coexisten en el ámbito europeo, dota a los órganos jurisdiccionales comunitarios de una base jurídica a través de la cual facilitar la evolución del catálogo de derechos de la Unión. Así, en la medida en que los catálogos de derechos reconocidos por los Estados miembros y por el CEDH evolucionen, se podrá producir una evolución paralela del catálogo de derechos de la Unión a partir del recurso a los principios generales del Derecho. Por todo ello, la inclusión de este precepto en el *Tratado constitucional* no puede sino aplaudirse en cuanto facilita no sólo la adaptación del catálogo de derechos de la Unión a las exigencias de una sociedad en cambio permanente, sino también el desenvolvimiento de las relaciones entre los tres sistemas de protección de los derechos fundamentales que actúan en el ámbito de la Unión.

En segundo lugar, la Parte II del *Tratado constitucional* incluye dos propuestas de modificación del artículo II-112 —antiguo art. 52 de la Carta— sugeridas por el Informe final del Grupo II. La primera de estas propuestas plantea la posibilidad de introducir el actual apartado cuarto, según el cual las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros se convierten en parámetro interpretativo de los derechos reconocidos en la Carta en la medida en que estos derechos tengan su origen en esas tradiciones constitucionales. La segunda propuesta contempla la posibilidad de introducir el actual párrafo sexto del mismo artículo, en virtud del cual las legislaciones y prácticas nacionales han de ser tenidas en cuenta según lo especificado por la Carta. Estos

preceptos confirman, en cierta medida, las previsiones ya introducidas en la propia Carta. Efectivamente, la Carta de derechos de la Unión (67) y las Explicaciones del Presidium de la Convención que elaboró la Carta (68) hacen constante referencia a las legislaciones, prácticas nacionales y tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros a fin de determinar el origen de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y de delimitar el contenido de los mismos.

En contra de la opinión manifestada por algunos autores de que las tendencias *renacionalizadoras* en que se inspiran los tres preceptos indicados no hacen sino imponer un corsé a la jurisprudencia comunitaria (69), considero que estas disposiciones confirman la tendencia cooperativa cada vez más predominante entre las Cortes europeas (70). Los tres preceptos estudiados ponen de manifiesto que, independientemente de que la Unión se haya dotado

(67) La Carta/ Parte II del Tratado constitucional reconoce una serie de derechos de acuerdo con las leyes nacionales que regulan su ejercicio: el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia; art. 9 Carta, art. II-69 *Tratado constitucional*; el derecho a la objeción de conciencia; art. 10.2 Carta, art. II-70.2 *Tratado constitucional*; la libertad de creación de centros docentes; art. 14.3 Carta, art. II-74.3 *Tratado constitucional*; la libertad de empresa; art. 16 Carta, art. II-76 *Tratado constitucional*; derecho a la información y consulta de los trabajadores en las empresas; art. 27 Carta, art. II-87 *Tratado constitucional*; derecho de negociación y de acción colectiva; art. 28 Carta, art. II-88 *Tratado constitucional*; protección en caso de despido injustificado; art. 30 Carta, art. II-90 *Tratado constitucional*; derecho a la seguridad social y a la ayuda social; art. 34 Carta, art. 94 *Tratado constitucional*; derecho a la prevención sanitaria y a la asistencia sanitaria; art. 35 Carta, art. II-95 *Tratado constitucional*; y derecho de acceder a los servicios de interés económico general; art. 36 Carta, art. II-96 *Tratado constitucional*. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, *DOCE* de 18 de diciembre de 2000, Serie C, C-364/01; Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004.

(68) Las Explicaciones del Presidium que elaboró la Carta hacen referencia a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en varias ocasiones: derecho a la objeción de conciencia, art. 10.2 Carta, art. II-70.2 *Tratado constitucional*; derecho a la educación; art. 14 Carta; art. II-74 *Tratado constitucional*; derecho de propiedad; art. 17 Carta, art. II-77 *Tratado constitucional*; igualdad ante la ley; art. 20 Carta, art. II-80 *Tratado constitucional*; protección al medio ambiente; art. 37 Carta, art. II-97 *Tratado constitucional*; y principio de legalidad y proporcionalidad de delitos y penas; art. 49 Carta, art. 109 *Tratado constitucional*. Charte 4473/1/00 REV 1, Bruselas, 19 de octubre de 2000, modificada por CONV 828/1/03, Bruselas, 18 de julio de 2003, y por CIG 87/04 ADD 2 REV 2, Bruselas, 25 de octubre de 2004.

(69) Ver en este sentido: MANUEL MEDINA ORTEGA: «La inserción de la Carta en el Derecho de la Unión Europea», en ALBERTO HERRERO DE LA FUENTE: *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henríques de Cooperación Transfronteriza, núm. 2, 2003.

(70) En este sentido: PETER HÄBERLE: «Derecho constitucional común europeo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, enero-marzo, 1993, págs. 7-46.

de una declaración de derechos propia, este nuevo texto no supondrá el olvido de las tradicionales fuentes de inspiración comunitaria en materia de derechos fundamentales, esto es, de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y del CEDH.

II.2.2. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*

El sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea no sólo comparte su ámbito de aplicación con los sistemas nacionales, sino también con el sistema europeo de protección de los derechos humanos que, nacido en el seno del Consejo de Europa, tiene en el CEDH (71) una de sus más exitosas realizaciones. El ámbito de aplicación parejo de ambos sistemas y su control último por órganos jurisdiccionales distintos, el TJCE en el caso comunitario, y el TEDH en el caso del CEDH, plantean la posibilidad de un conflicto entre ambos sistemas (72), posibilidad que ha disminuido gracias a la favorable actitud de las dos Cortes europeas y a la utilización constante del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH como fuentes de inspiración del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión.

La adopción de la Carta y su integración en el *Tratado constitucional* de la Unión replantean el equilibrio en que se mueven las relaciones entre ambos sistemas. Conscientes de ello, los redactores de la Carta tuvieron mucho cuidado de adaptarla a las exigencias del CEDH. En este sentido, una parte importante de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta tiene su origen en disposiciones del CEDH, tal y como indican las Explicaciones hechas públicas por el Presidium de la Convención que elaboró la

(71) Para un comentario actualizado del CEDH, ver: JAVIER ROCA GARCÍA y PABLO SANTOLAYA MACHETTI (coord.): *La Europa de los derechos (El lenguaje del Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*. Próxima publicación por el CEPC.

(72) Sobre las relaciones entre ambos sistemas ver, entre otros muchos: FRANÇOISE TULKENS: «L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme», en FLORENCE BENOÎT-ROHMER (dir.): «Actes des Journées d'études sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», Strasbourg, 16 y 17 junio 2000, *Revue Universelle des Droits de L'Homme*, vol. 12, núm. 1-2, 2000, págs. 50-57; JEAN-PAUL JACQUÉ: «Communauté Européenne et Convention Européenne des droits de l'homme», en LOUIS-EDMOND PETTITI, EMMANUEL DECAUX y PIERRE-HENRI IMBERT (dir.): «La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article», *Economica*, 1999, págs. 83-100; PIPKORN: «La Communauté Européenne et la Convention Européenne des Droits de L'Homme», *Revue trimestrielle des Droits de L'Homme*, 14, 1993, págs. 221 y sigs.

Carta (73). Las Disposiciones horizontales de la Carta reflejan también esta preocupación. Así, el párrafo tercero del artículo 52 de la Carta —actual art. II-112.3 del *Tratado constitucional*—, configura al CEDH como estándar mínimo de protección por debajo del cual no podrá descender, en ningún caso, la protección asegurada por la Carta. Sin embargo, el nivel de protección reconocido por la Unión podrá ser mayor que el concedido por el CEDH.

Esta lógica integradora ha presidido también los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa y la Conferencia Intergubernamental, que han planteado la oportunidad de dotar a la Unión de la base jurídica necesaria para adherirse al CEDH. La relevancia de esta cuestión quedó ya definida en la Declaración de Laeken, que la convirtió en uno de los objetos de debate de los trabajos sobre el futuro de Europa. Siguiendo estas premisas, tanto los miembros del Grupo II como el Pleno de la Convención estudiaron la oportunidad de incluir en el *Tratado constitucional* la base jurídica que permitiera la adhesión. El Informe final del Grupo II manifestó claramente su apoyo a la adhesión de la Unión al CEDH y a la introducción de la base jurídica necesaria para ello, siempre y cuando la adhesión se realizara en respeto de la distribución de competencias entre Estados miembros y Unión efectuada por el propio *Tratado constitucional* (74). La propuesta del Grupo II fue evaluada favorablemente por el Pleno de la Convención que incluyó en el *Tratado constitucional* la base jurídica necesaria para la adhesión (75).

(73) El comentario al artículo 52 de la Carta —actual art. II- 112 *Tratado constitucional*— recoge la lista de derechos reconocidos en la Carta cuyo origen se encuentra en el CEDH. Algunos de los preceptos de la Carta fueron tomados del CEDH, pero su alcance es más extenso en la Carta, según señalan las propias Explicaciones del Presidium. CHARTE 4473/1/00 REV 1, Bruselas, 19 de octubre de 2000, modificada por CONV 828/1/03, Bruselas, 18 de julio de 2003, y por CIG 87/04 ADD 2 REV 2, Bruselas, 25 de octubre de 2004. En relación con los preceptos de la Carta que encuentran su origen en el CEDH ver: PAUL LEMMENS: «The relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights-Substantive aspects», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, núm. 1, 2001, págs. 49-67, y PATRICK WASCHSMANN: «Les droits civils et politique», en FLORENCE BENOÎT-ROHMER (dir.): *Op. cit.*, págs.15-22.

(74) El Grupo II fundamentó su opción en una serie de consideraciones: 1. El mensaje de coherencia entre la Unión y Europa en un sentido amplio que la adhesión transmitiría; 2. La necesidad de un control externo de la actividad de las instituciones de la Unión idéntico al control ejercido por el TEDH respecto de la actividad de los Estados miembros; y 3. La necesidad de garantizar el desarrollo armonioso de la jurisprudencia del TEDH y del TJCE. Informe final del Grupo II, CONV 354/02, Bruselas, 22 de octubre de 2002.

(75) El art. I-9.2 del Tratado constitucional contiene la cláusula que permite —e, incluso, impone: *La Unión se adherirá...* CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004— la adhesión de la Unión al CEDH. Es de destacar que el Proyecto Penélope, *op. cit.*, situaba la base jurídica para la adhesión en el artículo 55.1 de la propia Carta, esto es, dentro del epígrafe dedi-

Esta previsión ha sido completada, en el texto definitivo de *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, con el Protocolo número 32 (76), en que se toman ciertas cautelas en relación con la futura adhesión de la Unión al CEDH. Los Estados miembros reiteran, en este sentido, que la adhesión al CEDH habrá de preservar las características específicas del Derecho de la Unión y de la propia Unión, no afectará a la distribución de competencias entre Estados miembros y Unión y no someterá las controversias referidas a la interpretación o aplicación del *Tratado constitucional* surgidas entre Estados miembros a procedimientos distintos de los previstos en el propio *Tratado constitucional*.

Si las previsiones de la Carta de derechos fundamentales de la Unión en relación con el CEDH pusieron de manifiesto la voluntad de los Estados miembros de evitar todo conflicto entre el sistema de la Unión y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, la decisión de la Convención y la Conferencia Intergubernamental de introducir la base jurídica necesaria para la adhesión de la Unión al CEDH confirma esta voluntad, envía un mensaje de coherencia entre la Unión y Europa en un sentido amplio y posibilita el control externo de la actividad de las instituciones de la Unión (77).

II.2.3. *La integración de la Carta en el Tratado constitucional: la limitada jurisdicción del TJCE y el restringido acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales comunitarios*

El sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha recibido continuas y contundentes críticas, tanto por parte de la doctri-

cado a las Disposiciones generales. Por su parte, GRAINNE DE BÚRCA: *Op. cit.*, pág. 25, plantea dudas sobre la necesidad de incluir esta cláusula.

(76) Protocolo número 32 anexo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. CIG 87/04 ADD 1 REV 1, Bruselas, 13 de octubre de 2004. Tras la finalización de este trabajo, el texto del Protocolo ha sido publicado, junto con el resto del Tratado, en el *DOCE* de 16 de diciembre de 2004, Serie C, C -310.

(77) No obstante, esta adhesión habrá de afrontar numerosas problemáticas técnicas derivadas de la adhesión de la Unión a un sistema en principio creado para la participación exclusiva de Estados. Un estudio de estas problemáticas puede verse en: FLORENCE BENOÎT-ROHMER: «L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme», en FLORENCE BENOÎT-ROHMER (dir.): *Op. cit.*, págs. 57-62; y *Étude sur les questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion à la CEDH*, realizado en el seno del Consejo de Europa, Documento de trabajo núm. 8 del Grupo II, WG II-WD 08, Bruselas, 12 de julio de 2002.

na (78) como por parte de los propios órganos jurisdiccionales de la Unión (79), debido a la limitada jurisdicción del TJCE y al restringido acceso de los particulares a la justicia comunitaria. Estas críticas no han de parecernos extrañas si consideramos que el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona ha de ir acompañado de mecanismos adecuados de garantía de esos derechos.

Las críticas indicadas se centran, en este sentido, en dos cuestiones. En primer lugar, la limitada legitimación activa de los particulares para interponer recursos de anulación contra actos comunitarios de alcance general pone en peligro, como ya constatamos, la capacidad de los órganos jurisdiccionales comunitarios de desarrollar una adecuada protección de los derechos fundamentales. El problema esencial que plantea la restringida legitimación de los particulares para interponer este tipo de recursos es que, en determinadas circunstancias, el particular se ve privado de una vía de recurso satisfactoria para impugnar la validez de actos que podrían incluso vulnerar sus derechos fundamentales.

En segundo lugar, la limitada jurisdicción del TJCE (80) se presenta como otra laguna importante. El TJCE carece de competencia para conocer de asuntos relacionados con la Política Exterior y de Seguridad Común —Título V TUE. Igualmente, su jurisdicción se halla muy restringida en relación con cuestiones de asilo, inmigración y circulación de ciudadanos de terceros Estados por el territorio de la Unión —Título IV TCE (81)—, y en relación con el

(78) Entre otros muchos: BRUNO DE WITTE: «The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en PH. ALSTON (dir.): *Op. cit.*, págs. 875-877; JÔEL RIDEAU: «Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne», en S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBÉ y M.-J. REDOR: *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, págs. 76-87; OLIVIER DE SCHUTTER: «Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam», en YVES LEYEUNE (dir.): *Le Traité d'Amsterdam-Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, págs. 153-187.

(79) Ver fundamentalmente: *Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea*, Actividades del TJCE y del TPI, núm. 15/95.

(80) Sobre esta problemática encontramos un análisis más detallado en OLIVIER DE SCHUTTER: «Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'espace judiciaire pénal européen», en G. KERCHOVE y A. WEYEMBERGH (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards a European Judicial Criminal Area*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, págs. 55-75.

(81) En lo referido al título IV TCE, tan sólo están facultados para presentar una cuestión prejudicial ante el TJCE los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no puedan ser objeto de recurso interno, art. 68 TCE. También en el mismo título, se excluyen de la jurisdicción de la Corte las medidas encaminadas a garantizar... la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacio-

segundo pilar intergubernamental, esto es, la Cooperación Judicial y Policial en materia penal —Título VI TUE (82). La exclusión o limitación de la competencia del TJCE para conocer de asuntos relacionados con materias tan sensibles a los derechos humanos como el asilo o la inmigración no puede sino entenderse como un límite a los propios derechos reconocidos y como una voluntad expresa de excluir ciertas materias conflictivas del control del TJCE.

Estas dos problemáticas han sido objeto de reflexión en los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa. El Informe final del Grupo II puso de manifiesto que ambos problemas habían sido debatidos en su seno. No obstante, el Grupo remitió su informe al conjunto de la Convención señalando, sucintamente, que una mayoría de sus integrantes consideraban necesaria una ampliación de la legitimación activa de los particulares ante los órganos jurisdiccionales comunitarios (83), pero que tal modificación no debería conllevar una sustancial variación del sistema de recursos previsto en los tratados. El Grupo desechó, de este modo, la posibilidad de crear un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario (84).

El ex Presidente del TJCE, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, expuso su opinión en relación con ambas materias en su intervención ante el Círculo de debate sobre el funcionamiento del TJCE creado en el seno de la Convención (85). Gil Carlos Rodríguez Iglesias se refirió, en primer lugar, a la situación insatisfactoria provocada por la variación de los mecanismos de protección jurisdiccional en función del pilar de la Unión a que nos referimos. La

nales de terceros países —art. 62.1 TCE—, cuando estas medidas estén encaminadas al mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior de los Estados miembros.

(82) En relación con el título VI TUE, el TJCE será competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por las jurisdicciones nacionales sobre la validez y la interpretación de los actos adoptados sobre la base del título VI, siempre y cuando esta competencia haya sido aceptada por el Estado miembro, sin poder, sin embargo, entrar a conocer sobre *la validez o la proporcionalidad de las operaciones desarrolladas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior* (art. 35.5 TUE).

(83) El documento de trabajo núm. 21 del Grupo II, Bruselas, 7 de octubre 2002, señala las distintas posibilidades a tener en cuenta a fin de ampliar la legitimación activa de los particulares ante el TJCE.

(84) JACQUES ZILLER y JAROSLAV LOTARSKI sí preveían esta posibilidad en su trabajo: «Institutions et organes judiciaires», en BRUNO DE WITTE (dir.): *Op. cit.*, pág. 76.

(85) CONV 572/03, presentado el 20 de febrero de 2003, en Bruselas. Además del documento en que se hace constar la intervención del Presidente del TJCE, resulta interesante el Informe final de este Círculo de debate, CONV 636/03 CERCLE I 13, presentado el 25 de marzo de 2003.

configuración de la Unión en tres pilares diferentes tras el Tratado de Maastricht supuso, efectivamente, una limitación de la jurisdicción del TJCE en materias relacionadas con el Segundo y el Tercer Pilar. Para resolver esta insatisfactoria situación, Gil Carlos Rodríguez Iglesias animó a los miembros de la Convención a uniformizar el sistema de protección jurisdiccional sobre la base del modelo establecido en relación con el pilar comunitario.

Gil Carlos Rodríguez Iglesias se refirió, igualmente, a la posibilidad de ampliar la legitimación activa de los particulares ante el TJCE. Tras señalar que esta cuestión no era sino una opción política, el ex Presidente del TJCE sugirió que una posible ampliación del acceso de los particulares al TJCE podría venir dada por la distinción entre actos reglamentarios y actos legislativos, de forma que se adoptara una posición más flexible en cuanto a la legitimación activa de los particulares para la impugnación de los primeros y una posición más restrictiva en relación con los segundos.

Las Partes III y IV del *Tratado constitucional* indican las líneas maestras de las opciones finalmente adoptadas en estas materias. En relación con el acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, el *Tratado constitucional* recoge la opción planteada por el ex Presidente del TJCE. Así, el artículo III-365.4 del *Tratado constitucional* recoge una versión renovada del actual párrafo 4 del artículo 230 TCE, según la cual la legitimación activa de los particulares para interponer un recurso de anulación quedaría dividida en dos supuestos. El primer supuesto legitima a los particulares para interponer recursos de anulación contra los actos comunitarios de los que sean destinatarios y contra los actos comunitarios que les afecten directa e individualmente. El segundo supuesto faculta a los particulares para actuar frente a actos reglamentarios que les afecten directamente y no incluyan medidas de ejecución (86). La legitimación activa de los particulares se amplía, de este modo, según lo establecido en la segunda parte del artículo, ya que la primera no hace sino recoger el actual párrafo 4 del artículo 230 TCE.

Ahora bien, veamos en qué medida esta modificación puede paliar la situación de indefensión en que se encuentran, en ciertos supuestos, los particulares. La indefensión de los particulares ante la posible invalidez de actos comunitarios de los que no sean destinatarios es clamorosa en los casos en que el acto comunitario no requiera de medidas nacionales de ejecución. En ese supuesto, el particular no tiene acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales, quedándole como única vía de recurso la jurisdicción comunitaria. Sin

(86) Sobre este artículo: RICARDO ALONSO GARCÍA: «La ¿nueva? arquitectura judicial europea», en ENOCH ALBERTÍ ROVIRA (dir.) y EDUARD ROIG MOLÉS (coord.): *Op. cit.*, págs. 370 y sigs.

embargo, el restringido acceso de los particulares al recurso de anulación hace casi imposible la declaración de nulidad de un acto comunitario que podría vulnerar los derechos fundamentales del particular.

En este sentido, la previsión del artículo III-365.4 y la introducción de nuevas fuentes de Derecho en la futura Unión Europea (87) podrían paliar, en cierta medida, la insatisfactoria situación actual. El apartado cuarto del artículo legitima a toda persona física o jurídica para interponer un recurso de anulación contra los *actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución*. Según el artículo I-33.1 del *Tratado constitucional*, los reglamentos europeos, distintos de los antiguos reglamentos —que pasan a convertirse en leyes europeas—, son actos no legislativos de alcance general cuyo objeto es la ejecución de actos legislativos y de aquellas disposiciones de la *Constitución* que así lo indiquen. Estos actos de ejecución podrán bien obligar en todos sus elementos y ser aplicables en todos los Estados miembros, bien obligar al Estado destinatario en cuanto al resultado, dejando a su entera libertad la elección de medios y formas con las que alcanzarlo. Así pues, los actos reglamentarios a que se refiere el artículo III-365.4 son actos de ejecución de las leyes y leyes marco europeas y de las disposiciones de la *Constitución* que así lo prevean, siempre y cuando no necesiten de medidas nacionales de ejecución. Admitida la legitimación activa de los particulares frente a estos actos, parece eliminarse el problema de la indefensión en relación con los actos reglamentarios de la Unión. Así, en el caso de que éstos necesiten de medidas nacionales de ejecución, los particulares podrán plantear su invalidez ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En caso contrario, su impugnación quedará abierta ante los órganos jurisdiccionales comunitarios con el único requisito de la afectación directa (88).

De este modo, la problemática del restringido acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales de la Unión se plantea tan sólo respecto de los actos legislativos de la Unión, esto es, respecto de las leyes marco y las leyes

(87) El *Tratado constitucional* prevé una modificación de los actos jurídicos de la Unión que podrán adoptar la forma de leyes europeas, leyes marco europeas, reglamentos europeos, decisiones europeas, recomendaciones y dictámenes (art. I-33.1, CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004).

(88) Según la jurisprudencia actual del TJCE para que una persona resulte directamente afectada por una medida comunitaria, la misma *debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular y no debe permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin aplicación de normas intermedias*. Ver: STJCE de 13 de mayo de 1971, asunto *International Fruit Company y otros c. Comisión*, asuntos acumulados 41/70 a 44/70, Rec., pág. 411.

europas, cuya única posibilidad de impugnación por particulares sigue viéndose sometida a los requisitos de afectación directa e individual. En todo caso, esta situación parece equipararse a la prevista en gran cantidad de Constituciones nacionales. Desde esta perspectiva, el hecho de que la Unión Europea limite la legitimación activa para interponer recursos de anulación contra actos legislativos no parece criticable.

A pesar del significativo avance plasmado en el artículo III-365.4, debemos señalar, también en relación con el acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales de la Unión, que el artículo III-365 incluye, en su párrafo 5, un precepto potencialmente limitador de la legitimación activa de los particulares frente a los actos de los órganos y organismos de la Unión que produzcan efectos frente a terceros. En virtud de tal precepto, los actos por los que se crean tales órganos y organismos podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas y jurídicas contra actos de los propios organismos. La posibilidad abierta por este precepto no puede sino ser objeto de una dura crítica cuya razón de ser no es otra que la relevancia de los efectos que pueden tener los actos de estos organismos sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

En relación con la competencia *ratione materiae* del futuro Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—, el *Tratado constitucional* contiene importantes avances en la construcción de un sistema jurisdiccional uniforme para la Unión Europea (89). La exclusión de las anteriores restricciones a la jurisdicción del TJUE en materia de controles de frontera, asilo e inmigración —Sección 2 del Capítulo IV del Título III del *Tratado constitucional*— es, probablemente, el logro más importante en relación con la extensión de la jurisdicción del TJUE a todos los campos de la actividad de la Unión.

Sin embargo, en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común el artículo III-376 del *Tratado constitucional* sigue manteniendo la exclusión de los artículos I-40, I-41 y del Capítulo II del Título V de la Parte III, todos relativos a la Política Exterior y de Seguridad Común —PESC— y a la Política común de seguridad y defensa, fuera del control jurisdiccional del TJUE, con dos únicas, pero importantes excepciones. La primera de ellas otorga competencia al TJUE para controlar la correcta aplicación del artículo III-308, que pretende asegurar el respeto a los procedimientos y al alcance de las atribuciones de las instituciones de la Unión en el ámbito de actuación de la Unión Europea, de forma que ni las atribuciones de las instituciones de la Unión ni los

(89) JEAN-VICTOR LOUIS: «Le projet de constitution: continuité ou rupture?», *Cahiers de Droit Européen*, 2003, núm.1-2, págs. 215-223.

procedimientos específicos previstos para la PESC interfieran en los previstos para el resto de los ámbitos de actuación de la Unión. La segunda de estas excepciones otorga competencia al TJUE para conocer de los recursos de anulación interpuestos, según lo establecido por el artículo III-365.4, por personas físicas y jurídicas contra las decisiones europeas que establezcan medidas restrictivas frente a ellas y hallan sido adoptadas en el marco de la PESC.

En relación con la Cooperación judicial en materia penal y la Cooperación policial entre los Estados miembros —Secciones 4 y 5 del Capítulo IV del Título III—, el *Tratado constitucional* también conserva algunos de los límites a la jurisdicción del TJUE que actualmente se observan en los tratados constitutivos. En este sentido, el artículo III-377 excluye la competencia del TJUE para controlar *la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro*, y para verificar *el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior*.

A pesar de los límites a la jurisdicción del TJUE que permite el artículo III-377, es destacable la desaparición de una de las actuales restricciones a la jurisdicción del TJUE en estas materias. Si bien el vigente artículo 35.2 TUE somete la competencia prejudicial del TJCE a la voluntad de los Estados miembros, el *Tratado constitucional* no prevé este requisito, convirtiendo en obligatoria la competencia prejudicial del TJUE en los ámbitos de la Cooperación judicial en materia penal y la Cooperación policial.

Las disposiciones estudiadas representan un notable esfuerzo por eliminar del sistema jurisdiccional comunitario las graves consecuencias que supuso la división de la actividad de la Unión Europea en tres pilares. Si el Tratado de Ámsterdam intentó paliar la situación de falta de control jurisdiccional de la actividad de la Unión Europea en el marco del Segundo y Tercer Pilar admitiendo, aunque con notables restricciones, la jurisdicción del TJCE, el *Tratado constitucional* constituye un nuevo avance en la misma línea.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

La proclamación solemne de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea ha desencadenado los dos procesos estudiados. Sin embargo, el correr de los acontecimientos ha modificado la importancia relativa de cada uno de ellos. Los primeros años transcurridos desde la proclamación de la Carta nos dejaron ejemplos muy significativos del uso de este texto por los actores más variados. Pueden destacarse, en este sentido, las revolucionarias sentencias del TEDH *Goodwin e I* o la muy destacable sentencia del TPI *Jegó*

Queré. Por el contrario, los dos últimos años han quedado marcados por los debates sobre el futuro de Europa y, fundamentalmente, por la elaboración y aprobación definitiva del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

A pesar de esta evolución, dos escenarios de futuro continúan todavía abiertos. El primer escenario surge de la posibilidad de que el *Tratado constitucional* de la Unión Europea no entre jamás en vigor. En este escenario, perfectamente factible si se tiene en cuenta la complejidad del proceso de ratificación del *Tratado constitucional* (90), la Carta permanecería en su indefinida situación actual y su eficacia jurídica dependería, bien de su inclusión en los actuales tratados constitutivos, bien de su utilización como instrumento jurídico no vinculante.

El segundo escenario pasa por la entrada en vigor del *Tratado constitucional*. En este caso, la Carta, Parte II del mismo, no sólo se convertiría en instrumento jurídico vinculante, sino en parte sustancial del Derecho originario de la Unión y, por tanto, en parámetro de validez del Derecho derivado. Junto a este hecho, la mejora de alguna de las más lacerantes deficiencias del sistema de garantías de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión, convertirían la entrada en vigor del *Tratado constitucional* en un paso adelante en la defensa de los derechos fundamentales.

La situación actual impide una valoración definitiva de las consecuencias derivadas de la adopción de la Carta y de los dos procesos desarrollados tras la misma. No obstante, parece poder afirmarse que, independientemente de lo que ocurra con el *Tratado constitucional* de la Unión, el significado político y jurídico de la Carta obligará a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias a asegurar el respeto de los derechos en ella reconocidos.

(90) El artículo IV-447 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* prevé que, para su entrada en vigor, el Tratado habrá de ser ratificado por todos los Estados miembros de acuerdo con las normas nacionales respectivas. En el caso de que todos los Estados miembros hayan verificado la ratificación antes del 1 de noviembre de 2006, la entrada en vigor del Tratado se producirá en esa fecha. En caso contrario, la entrada en vigor se producirá el primer día del segundo mes siguiente a la fecha del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que ratifique. CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004.