

LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: ESTRUCTURA, ÁMBITO DE APLICACIÓN, INVOCABILIDAD Y CONTENIDO

ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Castilla-La Mancha

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se empieza a proyectar tras las decisiones adoptadas en los Consejos Europeos de Colonia, en junio de 1999, y Tampere, en octubre de 1999, y se trabaja en firme en su rápida elaboración desde el Consejo de Lisboa, en junio de 2000. Como es sabido, el texto de la Carta, fruto de los trabajos de la llamada *Convención* que lo elaboró tras intensos y públicos debates, fue finalmente adoptado en el Consejo «informal» de Biarritz, en octubre de 2000, y formalmente aprobado en el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000, publicándose oficialmente en el DOCE de 18 de diciembre de 2000¹. En el

1. Comentarios: ALONSO GARCÍA, R. «*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*» GJUEC, 2000, pp. 3-17; BRAIBANT, G., «*La Charte de droits fondamentaux de l'Union Européenne*», Paris, ed. du Seuil, 2001; CARRILLO SALCEDO, J.A., «*Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*», REDC, 2001, pp. 7 y ss.; DEL POZO, F., «*Diez notas a propósito de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*», BEUR, 2001; DIX, W., «*Charte des Droits Fondamentaux et Convention. De nouvelles voies pour l'UE*», RMCUE, 444, mayo 2001; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «*La convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne*» RMCUE, 2000, pp. 223-227; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «*La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?*» RMCUE, 2000, pp. 674-680; ESTEVEZ ARAUJO, J.A., «*La Carta de Derechos de la UE y la dimensión social de la Ciudadanía Europea*», El Vuelo de Ícaro, nº1, 2001, p. 151; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección*», GJUEC, julio/agosto 2001, pp. 15-30; FERRARI BRAVO, L.; DI MAJO, F.; RIZZO, A., «*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*», Milano, ed. Giuffrè, 2001; PELÁEZ MARÓN, J.M., «*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: somero análisis y alguna conjetura*», ADE, 1, 2001, pp. 279-290; PI I LLORÉNS, M., «*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*», Barcelona, Publicaciones de la Universitat de Barcelona, 2001; RODRÍGUEZ, A., «*Integración europea y derechos fundamentales*», Madrid, ed. Civitas, 2002, pp. 173-283; RODRÍGUEZ BEREIJO, A., «*La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*», NUE, 2001, p. 10; VITORINO, A., «*La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*», RDUE, 3, 2000; WEILER, J.H., «*Does the European Union truly*

reducido marco que proporcionan estas páginas vamos a glosar, de un lado el objetivo, la estructura y el ámbito de aplicación de la Carta, y de otro, intentar una síntesis de su contenido, haciendo hincapié en los aspectos más innovadores del mismo.

I. EL OBJETIVO, LA ESTRUCTURA Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CARTA

Para lograr una visión de conjunto de la Carta conviene empezar describiendo sintéticamente su estructura, pero carecería de sentido hacerlo sin tener en cuenta cuál es la finalidad última perseguida por el conjunto de las fuerzas políticas europeas. Este objetivo (la *visibilidad*) no es otro que formular un texto fácilmente accesible para los ciudadanos europeos, de apariencia familiar para los mismos por estar construido a imagen y semejanza del respectivo texto constitucional en la materia. La Carta se va a aplicar básicamente a los actos de las instituciones que puedan producir repercusiones en la esfera personal de derechos del ciudadano comunitario. Finalmente, sin embargo, la Carta no consigue evitar una cierta imagen clasista, pues los derechos en ella contenidos no van a beneficiar a todos lo que viven hoy en el cada vez más amplio mapa de la Unión Europea, debido a las limitaciones subjetivas presentes en su ámbito de aplicación.

1. El objetivo y la estructura de la Carta

1.1. *Un objetivo: la «visibilidad» de los derechos fundamentales*

El actual conjunto de normas dispersas y poco estructuradas que forman el Derecho Comunitario originario resulta frecuentemente incomprensible para la opinión pública, y las instituciones, en el especial el Parlamento, son conscientes de la necesidad de buscar remedio a esa carencia. De ahí que, el principal objetivo político e institucional perseguido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sea el de conseguir una mayor transparencia en el ámbito comunitario, acercando las instituciones y los órganos de la Comunidad a los ciudadanos, persuadiéndoles de que la burocracia europea trabaja en su interés, respetando en su labor un sistema de derechos y garantías individuales parangonable al nacional de cada uno de los Estados miembros.

Por utilizar una fórmula de síntesis, lo deseable sería *visibilidad y transparencia*. Por ello, los debates de la *Convención* autora de la Carta han sido públicos. A su vez, el resultado del proceso es *visible*, esto es, pretende constituir un catálogo inteligible de derechos básicos, que pueda ser asimilado por cualquier recién llegado a la sociedad europea actual, el cual sea capaz de entender el conjunto de sus derechos y libertades mediante una lectura de la Carta.

need a Charter of Rights?» ELJ, 2000, pp. 95-97. Por su parte, en la sección de jurisprudencia de Derecho Internacional Público de la REDI, 2001, existe una interesante rúbrica relativa a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a cargo de FERNÁNDEZ PÉREZ, B., pp. 438 y ss.

Pero no sólo eso. La virtualidad prevista para la percepción de la transparencia institucional por el destinatario es más amplia. El objetivo consiste en acabar con la *indiferencia del propio europeo* frente a los entes de Bruselas, y para ello, habría que intentar involucrar a la sociedad europea en el debate constitucional, porque sólo de esa manera lograremos presionar lo suficientemente a los gobiernos como para que éstos finalmente acepten la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados Constitutivos.

Por utilizar las palabras del *Informe Pintasilgo*: «La ciudadanía no se reduce a una suma de derechos; es también una manera de ser, de reconocer las obligaciones hacia los demás, de participar en la construcción de la sociedad a través de las múltiples relaciones entabladas con sus miembros; una simple enumeración de la lista de derechos no refleja debidamente esa dimensión de la ciudadanía. Por el contrario, un proceso suficientemente amplio de elaboración colectiva le permitirá expresarse y definir una visión más equilibrada de los derechos y los deberes»².

1.2. La estructura de la Carta

La Carta es un texto articulado mediante un preámbulo y siete capítulos. En el primer capítulo (*Dignidad*) se agrupa el núcleo duro de los derechos fundamentales: dignidad, vida, integridad de la persona, prohibición de la tortura, de la esclavitud y del trabajo forzado, todos ellos inherentes a la propia persona humana como tal, presentes en el CEDH y en las constituciones de los EE.MM.

El capítulo segundo (*Libertades*), también inspirado en los catálogos constitucionales y en el CEDH, recoge, los derechos civiles propios de la persona insertada en una sociedad democrática y las libertades públicas tradicionales en un Estado de Derecho: libertad y seguridad, vida privada y familiar, derecho al matrimonio y a fundar una familia, junto a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, expresión e información, reunión y asociación y derecho a la educación. Un par de innovaciones dignas de elogio son la expresa inclusión de la protección de datos personales y la objeción de conciencia, que dan un toque de modernidad a esta parte del catálogo. Sin embargo, junto a las anteriores, también en este capítulo se introduce el derecho al trabajo (que hubiera encontrado mejor cabida en el Capítulo IV), la libertad de empresa, el derecho a la propiedad, el derecho de asilo y ciertas garantías frente a las expulsiones de extranjeros. Es un capítulo en el que hay un exceso acumulativo de derechos en detrimento de la claridad de conjunto.

El capítulo tercero (*Igualdad*) aborda una zona particularmente compleja de la dogmática jurídica, sin el acierto que hubiera sido deseable, limitándose el texto a enumerar inicialmente el principio de igualdad ante la ley, seguido del de no discriminación por partida doble. Luego, incide sobre la igualdad, esta vez entre hombres y mujeres, y va desgranando preceptos sobre la diversidad cultural, lingüística y religiosa, así como integrando bajo el lema común los derechos del menor, de las perso-

2. Reproducido en: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., TIZZANO, A., y ALONSO GARCÍA, R. «Código de la Unión Europea», Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 233 y ss.

nas mayores y de los discapacitados. Es quizá el capítulo de construcción dogmática menos depurada.

Bajo la rúbrica «*Solidaridad*», el capítulo cuarto refunde derechos sociales concretos, como el derecho a la información y consulta de los trabajadores, negociación y acción colectiva, acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido, condiciones de trabajo justas, prohibición del trabajo infantil, permisos de maternidad, seguridad social y protección de la salud, de un modo un poco desordenado, basándose en la existencia de normas comunitarias preexistentes o de artículos de la Carta Social Europea o de la Carta.

El capítulo quinto (*Ciudadanía*), glosa y desarrolla el estatuto de la ciudadanía europea presente en TCE (elecciones municipales y europeas, libertad de circulación y residencia, asistencia diplomática y consular), haciendo especial hincapié en el derecho de acceso a la documentación de las instituciones y en el denominado «derecho a una buena administración», combinación de preceptos vigentes e interpretaciones extensivas de cierta novedad. Es quizá el capítulo más interesante, de cara a la aplicación judicial de la Carta, pues es pródigo en interpretaciones extensivas de unos derechos ya insertados al máximo nivel jurídico en uno de los Tratados Constitutivos.

Por último, el Capítulo sexto (*Justicia*), de nuevo inspirado en el CEDH, pasa revista a los principales derechos procesales fundamentales: tutela judicial efectiva y juez imparcial, presunción de inocencia, principio de legalidad penal y *ne bis in idem*, este último basado en las tradiciones constitucionales y en los códigos penales de los Estados miembros.

Como puede verse, el conjunto de derechos recogido es muy amplio y parece haberse puesto un especial interés en huir de la tradicional distinción y clasificación entre, de un lado derechos civiles y políticos, y de otro derechos económicos, sociales y culturales, presente en los tratados internacionales de ámbito general y europeo más conocidos en la materia. Esa clasificación resultaba lógica en otros ámbitos, al poseer una intensidad de mecanismos de aplicación bien diferente y más incisiva en el primero de los bloques que en el segundo, siendo el mejor ejemplo de tal dualidad precisamente el CEDH, dotado de un mecanismo judicial internacional de control, comparado con la Carta Social Europea, carente del mismo. Ahora bien, como en ámbito comunitario no existe tal dualidad de regímenes jurídicos, y como tradicionalmente, las libertades en el ámbito económico y social han constituido el núcleo duro del derecho comunitario, no parece en absoluto descabellado este enfoque unitario para la Carta, en tanto en cuanto el régimen jurídico de protección de unos y otros derechos va a ser análogo.

1.3. Igualdad y discriminación en el goce de los derechos fundamentales dentro del marco comunitario

1.3.1. ¿Pueden los derechos fundamentales comunitarios distinguirse de los demás?

En un mundo utópico en el que todas las personas fueran iguales y gozasen de los mismos derechos quizá no habría Estados, ni por tanto distintas nacionalidades. Pero incluso en ese imaginario contexto, en la relación entre los poderes públicos y las personas, habría unos derechos subjetivos más importantes y dignos de respeto que otros. Pero ¿cómo distinguir entre esos derechos «fundamentales» y el resto de los derechos subjetivos presentes en cualquier ordenamiento?. Veamos un par de fundadas opiniones doctrinales.

Como se ha dicho: «los derechos fundamentales son aquellos expresados o garantizados por las normas superiores de un ordenamiento jurídico dado, o que son esenciales para la existencia y el contenido de otros derechos de ese ordenamiento. Así, el estudio de los derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico se concentra en su texto constitucional, en las interpretaciones jurisprudenciales de éste, y en las reglas consideradas de primordial importancia para su estructura y su contenido»³.

Pero la idea central de esta definición, aun siendo cierta no conecta de modo suficiente el concepto con los valores que le sirven de base, por lo cual es clásica la enunciada por PEREZ LUÑO, para el cual son (los derechos humanos) «un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»⁴.

Y es que, en el ámbito comunitario es preciso partir de un dato: la construcción comunitaria de los derechos fundamentales es dogmáticamente deficiente. De entrada, no existe una norma superior de garantía y sólo indirectamente los Tratados Constitutivos cumplen esa función, pues al haber nacido con otro objetivo no presentan en su contenido un catálogo de derechos fundamentales, regulando en cambio meros derechos subjetivos en ámbitos muy concretos. Qué duda cabe de que, aun sin constitución formal, si la Comunidad Europea es una comunidad de derecho sus raíces deben estar íntimamente conectadas con los valores de dignidad, igualdad, no discriminación, democracia y libertad, enunciados finalmente por el derecho comunitario desde el Tratado de Maastricht (art. 6.2). Son esos valores fundamentales los que deben servir de punto de partida a cualquier construcción que busque una mayor concreción a la hora de determinar cuáles son los derechos fundamentales en el ordenamiento europeo.

3. PERROT, D.: «*The logic of fundamental rights*», en: BRIDGE, J., LASOK, D., PERROT, D., y PLENDER, R., «*Fundamental Rights*», 1973, pp. 1-17 (Cit. Por MARCOUX, L.: «*Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne*», RIDC, 1983, p. 691).

4. PÉREZ LUÑO, A.E.: «*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*», Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p. 48.

Inspirarse en esos parámetros es lo que ha venido haciendo desde hace treinta años el TJCE empleándolos como fuentes inspiradoras del contenido de los principios generales del derecho comunitario. Ahora bien, sin negar el mérito de tal construcción, si bien esa situación es suficiente para que el Tribunal de Luxemburgo encuentre fuentes de inspiración y derecho aplicable, sin embargo, desde el punto de vista del ciudadano es una construcción insuficiente, pues no le aporta la seguridad jurídica necesaria para conocer el alcance de sus derechos y para poder exigirlos en las debidas condiciones.

Y es que cuando, siguiendo el método consistente en guiarse por los parámetros de referencia indicados (el CEDH y las constituciones) hay uniformidad entre las diversas fuentes de inspiración todo va bien, pero ¿qué ocurre cuando los derechos de los EE.MM. presentan diferencias importantes en la regulación o el alcance de un determinado derecho?. Si se opta por el mínimo común denominador existente entre todos ellos, la protección otorgada por el sistema comunitario sería inferior a la otorgada por los sistemas jurídicos más avanzados. Si por el contrario se opta por el estándar máximo de protección, se puede estarse aplicando a los nacionales de un Estado miembro principios que no existen en su derecho sin que su Estado haya efectuado ninguna atribución de competencias a las instituciones en ese sentido. Por ello, la integración de la Carta en los Tratados Constitutivos, además de darles una apariencia verdaderamente constitucional, debería colmar ese vacío funcional y sistemático, constituyendo el parámetro necesario para evitar la inseguridad jurídica de los ciudadanos.

1.3.2. *Derecho comunitario, derecho discriminatorio*

Ahora bien, la perspectiva de síntesis empleada en el diseño objetivo de la Carta –el haz de derechos, deberes y facultades en ella recogidos– no tiene, en cambio, la amplitud que instintivamente el ciudadano tendería a darle, pensando generosamente que todos los que viven y trabajan en Europa serían beneficiarios de sus derechos. Por el contrario, la Carta, como texto integrado en el ámbito del derecho comunitario, es heredera de sus planteamientos de base, y en ese sentido, un conjunto normativo más destinado –en principio– a regular sólo las relaciones recíprocas de los nacionales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. ¿Supone ello que la Carta reposa sobre una base discriminatoria?

Ciertamente, la Carta no puede cambiar las bases del derecho comunitario en la materia y éstas edifican todo un sistema jurídico sobre la existencia de una desigualdad, basada en la nacionalidad, entre los súbditos de un Estado miembro y los de Estados terceros. Dicho principio se formula de un modo inverso a como se acaba de exponer, de modo tal que podría confundir a un lector ingenuo de la Carta. Así, el art. 12 (ex 6) TCE afirma rotundamente: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado (...) se prohibirá toda *discriminación por razón de nacionalidad*». Pero conviene señalar que el ámbito de aplicación del TCE, a esos efectos, viene limitado tan sólo a los beneficiarios del sistema, esto es a los nacionales de un Estado miembro que deseen gozar de alguno de los derechos subjetivos creados en su favor por el TCE,

normalmente en el ámbito de alguna de las cuatro libertades económicas del Mercado Único.

Así, las normas comunitarias proclaman básicamente la no discriminación por razón de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 13 TCE)⁵, pero siempre que el transexual, la gitana, el testigo de Jehová, el minusválido o la lesbiana, sean nacionales de un Estado miembro. Si es así, su minusvalía física, psíquica o su disminuida valoración social, no se traducirán al mundo del derecho. Por el contrario, la discriminación acecha al cuerpo mejor formado, a la mente más capaz, o al sexo mejor orientado, si ha nacido más allá de las fronteras de los quince⁶.

Ante la situación descrita, la Carta intenta conciliar la distinta visión del principio de discriminación prevista en los dos sistemas europeos y parece efectuarlo yuxtaponiéndolas en los dos apartados del art. 21. Así, en el apartado primero del art. 21 parece reproducirse literalmente el art. 14 del CEDH. No obstante, una observación más atenta percibirá que se ha suprimido de este texto la mención al «*origen nacional o social*» (art. 14 CEDH), sustituyéndola por una reiterativa e innecesaria referencia a los «*orígenes étnicos o sociales*» (art. 21.1 Carta). Pues bien, tal omisión no es casual, sino que pretende conciliar ambas perspectivas europeas, eliminando de la incorporación por referencia del CEDH aquello que lo haría incompatible con un sistema basado en la discriminación por nacionalidad. Coherentemente, el art. 21.2 de la Carta se limita a disponer que se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad «en el ámbito de aplicación del TCE y del TUE y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos tratados».

Por supuesto los Estados europeos pueden organizar su sociedad como mejor les parezca pero ¿parece lógico en una Unión Europea cuyos quince miembros se convertirán rápidamente en veintitrés tal planteamiento?. Quizá en la inicial Comunidad de seis miembros tuviera pleno sentido favorecer a los pocos propios en detrimento de los muchos ajenos. Pero en una Unión paneuropea como la que se pretende ahora, la situación resulta desconcertante, pues la condición de beneficiario o no de un derecho fundamental puede depender, incluso, de algo tan tremendamente burocrático e insustancial como el transcurso de un periodo transitorio.

No hay que olvidar, además, el tremendo problema demográfico que se plantea ya —y se agravará en años sucesivos— en España y otros países europeos, debido a la curva

5. De hecho, las instituciones más «progresivas» del sistema, como la Comisión trabajan en la lucha contra la discriminación, siempre desde la perspectiva comunitaria, claro. Puede verse, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «*sobre algunas medidas comunitarias de lucha contra la discriminación*», de 25-11-1999 (COM (1999) 564 final), con numerosos anexos, en los que se recogen las Declaraciones sobre derechos y libertades fundamentales y otros documentos importantes de las instituciones en materia de discapacidad, origen racial o étnico, edad y orientación sexual. Pues bien, no se dice una palabra en todo el texto sobre los no nacionales de un Estado miembro.

6. Conviene observar que es ésta una óptica muy diferente a la del *melting pot* norteamericano, especialmente durante el periodo de construcción del Estado federal, tras superar la sangrienta guerra civil, y posteriormente, ante la necesidad de superar los obstáculos sociales contra la población de raza negra. Sin embargo, es evidente que tales perspectivas han ido cambiando con los años y se han vuelto marcadamente negativas hacia lo extranjero no anglosajón desde los trágicos acontecimientos del 11-S.

decreciente de natalidad, problema para cuya solución no parece haber otro remedio a corto y medio plazo que una inmigración masiva. Si a estos inmigrantes se les obstaculiza el acceso a la nacionalidad del país en el que residan, cada vez más, en la Europa comunitaria van a convivir, como en la antigua Roma, un número descendente de ciudadanos, con un número ascendente de no-ciudadanos. ¿Tiene sentido privar a estos últimos de unos derechos tan importantes como para ser calificados de fundamentales?

Tras la cumbre de Tampere, los EE.MM. parecen decididos a procurar disminuir las diferencias entre el nacional de otro Estado miembro y el nacional de país tercero que sea residente comunitario de larga data, en un esfuerzo por distanciar los estatutos jurídicos de los «legales», del escaso conjunto normativo aplicable a los inmigrantes ilegales. Estamos, no obstante, ante un proceso en el que puede haber avances y retrocesos y cuya larga evolución no es fácil de prever.

2. El ámbito de aplicación de la Carta

Más allá del aura difusa de la propaganda, es preciso constatar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un texto de alcance limitado, en tanto en cuanto, ni se aplica a todos los actos jurídicos elaborados en Europa (2.1), sino sólo a los elaborados por las instituciones y otros órganos de la Unión, ni pueden ser beneficiarios de su aplicación todas las personas que viven en la Unión Europea (2.2), sino solamente quienes tengan derecho a invocar en su favor el derecho comunitario europeo.

2.1. *El ámbito de aplicación objetivo: ¿a qué tipo de actos se aplica la Carta?*

La Carta se aplica, en general, a los actos de las instituciones y otros órganos de las Comunidades Europeas, tanto si son actos dirigidos a los particulares, como si se trata de actos de alcance general susceptibles de aplicación a los mismos. Conviene también precisar que se aplican a los actos de las instituciones, tanto si estos son adoptados en base a los tratados CE, CEEA o CECA, como si la base jurídica de tales actos es el TUE. Excepcionalmente, también algunos de los actos de los Estados miembros, cuando aplican derecho comunitario, pueden caer bajo el ámbito de la Carta.

2.1.1. *Los actos de las instituciones y órganos en el marco del TCE y del TUE*

Las Comunidades Europeas, a la hora de ejercer las competencias atribuidas por los EEMM mediante los actos jurídicos adoptados por sus instituciones, deben respetar un sistema de garantías frente al destinatario de sus actos, equiparable al que dicho destinatario tendría en el seno de uno de esos EEMM antes de que la competencia sobre esa materia hubiese sido transferida a la CE. De lo contrario, las consecuencias de la construcción europea podrían ser negativas para los ciudadanos de los EE.MM.⁷

7. Esa línea argumental fue iniciada en la clásica sentencia *Solange I*, del Tribunal Constitucional Alemán, y ha sido recordada y desarrollada en múltiples ocasiones por la doctrina.

Esa hipótesis provocó en su día las dudas del Tribunal Constitucional Alemán (la llamada *rebelión* de los Tribunales Constitucionales), y era preciso darle una solución so pena de correr el riesgo de que la construcción comunitaria se agrietase, pues, si el TCA dejaba de respetar el principio de primacía en este ámbito, toda la construcción integradora pacientemente elaborada por el TJCE en torno a los principios de efecto directo y primacía correría el riesgo de derrumbarse.

Como es sabido, el Tribunal de Luxemburgo suplió la falta de derecho positivo aplicable recurriendo a los principios generales del derecho, a través de cuya invocación incorporó a su jurisprudencia el respeto al contenido material del CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes a los EEMM. Años después, esa protección *de facto* llevada a cabo por el TJCE se ha ido normativizando, a través de la incorporación de la tesis sostenida por el Tribunal de Luxemburgo, al art. F del TUE en Maastricht, contenido que ha permanecido sin variaciones en el actual art. 6 del TUE, tras la reforma de Amsterdam. Según su párrafo 2: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario». Como puede observarse, los EEMM se han limitado a incorporar lo ya afirmado por la jurisprudencia sin llevar a cabo innovaciones ni desarrollos ulteriores.

No obstante, en la medida en que el art. 6, está inserto en el TUE y se refiere textualmente a los actos de la Unión, parece que no sólo los actos encuadrables en el marco del pilar propiamente comunitario, sino también los de la Unión, en el marco de los pilares intergubernamentales, y especialmente los adoptados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, caerán bajo la obligación de garantizar el respeto a los derechos fundamentales contenida en el art. 6.2.

2.1.2. Los actos de los EE.MM. cuando actúan en el marco del derecho comunitario

Desde 1989 el TJCE ha afirmado que la obligación de respetar tales derechos y libertades fundamentales se impone asimismo a los EE.MM. cuando actúan en el marco del derecho comunitario⁸, esto es, cuando trasponen o aplican el DCE. Recientemente, el TJCE ha confirmado esta jurisprudencia afirmando: «Hay que recordar que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario vinculan igualmente a los EE.MM. cuando aplican reglamentaciones comunitarias»⁹. Esta cuestión ha sido oportunamente recordada en el seno de la *Convención* dando lugar a la redacción del inciso según el cual (la Carta se aplicará asimismo) «a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», contenido en el art. 51.1.

8. Sentencia de 13 de Julio de 1989, *Wachauf*, asunto 5/88, Rec. p. 2609 y ss., considerando 19; sentencia de 18 de Junio de 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. I-2925, punto 43.

9. Sentencia de 13 de Abril de 2000, asunto C-292/97, considerando 37.

Nos encontramos, sin embargo, ante una de las zonas delicadas de los mecanismos de protección, pues si el acto violador de derechos fundamentales es un acto con fuerza de ley, el tribunal constitucional correspondiente (por ejemplo el español) podría verse llamado a admitir asimismo su competencia para enjuiciar el asunto, corriendo el riesgo de provocar entonces un indeseable conflicto entre las máximas jurisdicciones constitucionales y la comunitaria. Sabido es, sin embargo, que desde 1991¹⁰, la jurisprudencia constante de nuestro TC tiende a excusar su competencia en cuestiones relativas al derecho comunitario, entendiendo que la posible contraposición entre las normas comunitarias y las internas es un problema «infraconstitucional». Ello no obstante, en los últimos tiempos, ciertas sentencias parecen estar empezando a abrir esa perspectiva, considerando al DCE, no como canon directo de constitucionalidad, pero sí como texto de virtualidad o eficacia interpretativa respecto a los derechos fundamentales enunciados en la propia Constitución, como si se tratara de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o de los tratados internacionales en la materia en los cuales fuese parte España (art. 10.2 CE). En esa línea cabe mencionar la STC 292/2000¹¹, en la cual para interpretar el art. 18, apartados 1 y 4, de nuestra constitución, se hace uso de la Directiva 95/46/CE, y del art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2.2. *El ámbito de aplicación subjetivo: ¿quiénes pueden invocar la Carta?*

El párrafo segundo del art. 52 contiene una afirmación que viene a completar lo dispuesto en el precepto anterior. Al tener fundamento los derechos reconocidos en la Carta, bien en el Derecho comunitario o bien en el Derecho de la Unión, y al dirigirse un eventual recurso en su defensa, bien contra actos de las instituciones o bien contra actos de los EEMM aplicando el Derecho comunitario, los derechos recogidos en la Carta *se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por el Derecho comunitario o el Derecho de la Unión*. Ello implica que únicamente podrán ser beneficiarios de los derechos reconocidos en la Carta aquellas personas con capacidad para invocar a su favor el derecho comunitario.

Pongamos un ejemplo. Los artículos 39 a 46 de la Carta, colectan, ligeramente diversificados y ampliados en su redacción, los derechos comprendidos en el llamado estatuto de la ciudadanía europea, o de la ciudadanía de la Unión, reconocidos en los arts. 17 a 22 del TCE. Sin embargo, tales derechos no pueden ser ejercidos por cualquier persona que resida en territorio de la Unión. Por el contrario, según el DCE, la inmensa mayoría de los derechos de la ciudadanía europea no podrán ejercerse más que por el nacional de uno cualquiera de los EE.MM.

Aunque la Carta se inserte en los Tratados, lo que no puede cambiar es la condición de nacional o extranjero de una persona en relación con un Estado. El sistema

10. STC 28/1991, de 14 de febrero (LOREG), y STC 64/1991, de 22 de marzo (APESCO). Comentario en SÁNCHEZ LEGIDO, A. «Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», REDC, 1991, pp. 175-207.

11. Comentario de FERNÁNDEZ PÉREZ, B. En REDI, 2001, pp. 438 y ss.

comunitario está basado en la construcción de una extranjería privilegiada: la del extranjero procedente de otro Estado miembro (y excepcionalmente, la de aquellos extranjeros procedentes de terceros Estados con los cuales la CE ha concertado un acuerdo de asociación o de cooperación en cuyo contenido se prevé el ejercicio de tales derechos por los nacionales del tercer Estado), al que cada Estado miembro debe equiparar con sus propios nacionales en todos los ámbitos gobernados por el DCE. Y la Carta no puede afectar a ese esquema básico.

Pongamos un ejemplo. El familiar de un trabajador turco o marroquí, que le acompañó a territorio comunitario, no puede tener acceso a *todos* los derechos sociales previstos por el DCE (pues no es *trabajador*, a los efectos del derecho comunitario) sino solamente a determinados derechos sociales, que sólo podrá disfrutar en la medida en que esté previsto en el acuerdo internacional celebrado por la Comunidad con ese tercer Estado (el Acuerdo de Asociación con Turquía o el Acuerdo de Cooperación con Marruecos, por ejemplo). ¿Cambia su situación por el hecho de que los arts. 27 a 36 de la Carta recojan una serie de derechos sociales bajo la rúbrica colectiva de «derechos de la solidaridad»? En absoluto, pues –incorporada o no a los Tratados– la Carta no existe más que en el mundo del derecho comunitario y no puede ser invocada más que por aquellos que puedan beneficiarse de la aplicación del DCE. En ese orden de cosas, el problema es que la Carta pueda inducir a *confusión* a quienes leyéndola, se crean potenciales beneficiarios de los derechos subjetivos previstos en la misma, dificultando, en ese sentido, su visibilidad.

Determinar quiénes puedan disfrutar los derechos subjetivos recogidos en la Carta es una cuestión compleja cuyo análisis habría de hacerse caso por caso, en función del derecho afectado y del posible beneficiario. *Grosso modo*, puede hacerse una clasificación en tres grandes bloques: 1) los derechos civiles y políticos recogidos en el CEDH y en las constituciones de los EE.MM; 2) los derechos sociales, tal y como han sido recogidos en la Carta Social Europea, en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales, en las constituciones de los EE.MM., en determinados artículos del TCE y en el derecho comunitario derivado; 3) los derechos de la ciudadanía europea que, en realidad, no son sino una especificidad comunitaria de ciertos derechos políticos, contemplados en el Estatuto de la Ciudadanía Europea.

Pues bien, *el ámbito personal de aplicación de cada uno de estos bloques de derechos subjetivos es diferente*. El primer bloque vendría constituido por los *derechos civiles y políticos*. De un modo gráfico podría decirse que, el núcleo duro de los derechos del primer bloque, esto es, los que más propiamente podrían denominarse derechos *fundamentales* (vida integridad, dignidad) sería accesible para *todos* los presentes en la Unión, mientras que el resto de los derechos *humanos*, previsto en el CEDH e incorporado al derecho comunitario a través de los principios generales y a través de la Carta, tendría un ámbito de aplicación subjetivo más reducido, pues en ciertos casos sus beneficiarios serían tan sólo los nacionales de un Estado miembro.

Al trasladar formalmente este catálogo desde el contexto del Consejo de Europa al de la Unión Europea, podría decirse, en líneas generales, que tales derechos beneficiarían a cualquier persona situada en el ámbito de la Unión¹² respecto de un acto

12. En uno de los primeros documentos elaborados por la Secretaría de la *Convención*, la *Nota de*

de las instituciones. Y si bien es poco probable que un acto de las instituciones, o de un Estado miembro en aplicación del DCE las viole¹³ en el estado actual del DCE, el progresivo crecimiento de las competencias comunitarias en materias tales como la inmigración, el asilo o la cooperación policial y judicial en el ámbito penal, hace suponer que se incrementarán en el futuro las posibilidades de vulneración de los derechos comprendidos en este bloque por un acto de las instituciones o de los correspondientes órganos subsidiarios específicos.

Ahora bien, el art. 16 del CEDH reconoce el derecho del Estado parte a establecer restricciones a la actividad política de los extranjeros, en el ámbito de los derechos reconocidos por los arts. 10, 11 y 14, esto es, libertad de opinión, manifestación, reunión y asociación. La condición de nacional puede pues entenderse como un *límite lícito*, establecido por un Estado parte en del CEDH, al disfrute de determinados derechos humanos sin que la situación derivada de ese doble rasero pueda entenderse contraria al principio de no discriminación formulado en el art. 14 del CEDH. Dicho de otro modo, aunque tanto nacionales como extranjeros pudieran ser, en principio, *titulares* de tal derecho, las concretas condiciones para su *ejercicio*, o los límites del mismo, podrían variar en función de la nacionalidad o extranjería de quien pretendiera ejercerlo.

El disfrute de los derechos del segundo bloque (*derechos sociales*) sería accesible para *muchas* de las personas que viven en la Unión Europea pero no en situaciones exactamente equiparables en un plano general. Así, si bien las normas comunitarias se han esforzado tradicionalmente en conseguir la extensión de un trato no discriminatorio a los trabajadores migrantes, esto es, los procedentes de otro Estado miembro de la Comunidad, no hay ninguna obligación equivalente en principio, respecto a trabajadores nacionales de terceros Estados, dependiendo, en este último caso, de si existe un acuerdo internacional entre la CE y el tercer Estado (acuerdo de asociación o de cooperación), y de cuáles son los derechos subjetivos, otorgados por el ordenamiento comunitario, cuyo acceso al nacional del tercer Estado reconoce ese concreto mecanismo¹⁴.

Por último, los derechos del tercer bloque (*ciudadanía europea*¹⁵), en su inmensa mayoría *sólo* serían accesibles para *nacionales* de cualquier Estado miembro, pues el estatuto de ciudadanía europea no supone sino una extensión del trato nacional a los extranjeros que son nacionales de otro Estado miembro, respecto a determinados derechos civiles y políticos; y tal situación no tiene por qué cambiar por el sólo hecho

Información de 20 de Enero de 2000 (Body 3) (Charte 4111/00), p. 3, se dice literalmente: «*Mutatis Mutandis*, la Carta se aplicaría pues a toda persona situada *bajo la jurisdicción de la Unión*», afirmación fácil de «visualizar» aunque no muy correcta técnicamente.

13. No obstante, la alegación ante el TJCE de la violación del derecho a la libertad religiosa fue efectuada ya en el asunto *Prais*, sentencia de 27 de octubre de 1976, asunto 130/75.

14. Sobre estas cuestiones, con mayor detalle, FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «*No discriminación versus buenas costumbres en la Unión Europea: a propósito de la prostitución, como actividad beneficiaria del derecho de establecimiento por nacionales de terceros Estados*», *Revista Española de Derecho Europeo* (Civitas), pp. 359-378 y la bibliografía allí citada.

15. Sobre este tema conviene remitirse a: BLÁZQUEZ PEINADO, M.^aD., «*La ciudadanía de la Unión*», Valencia, ed. Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 1998; JUÁREZ PÉREZ, P. «*Nacionalidad Estatal y ciudadanía europea*», Madrid/Barcelona, ed. Marcial Pons, 1998, y la bibliografía en ellas colectada.

de la incorporación de la Carta a los Tratados. A su vez, la actual ubicación del estatuto de la ciudadanía europea en los arts. 17 a 22 del TCE (en vez de en el TUE) es chirriante desde un punto de vista sistemático, y se debe básicamente a que, de este modo, el TJCE y el TPI adquieren inequívoca competencia para su defensa y control. No obstante, un eventual traslado de tales derechos a un lugar más apropiado, como sería el TUE, no necesariamente implica abrir su contenido a nuevas categorías de personas.

3. La invocabilidad de la Carta

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea nace con una forma jurídica no obligatoria, que previsiblemente se transformará en un futuro quizá no muy lejano. Por el momento su forma externa es la de una declaración conjunta de las instituciones, y por tanto, si atendemos solamente a su forma externa, podríamos encuadrarla inicialmente dentro de las difusas fronteras del llamado *soft law*. Pero incluso en la actual situación, paradójicamente, muchos de sus preceptos contienen una reiteración de derechos reconocidos ya en otras fuentes, algunas de las cuales poseen un particular relieve (TCE, CEDH). Tales derechos eran ya invocables por el ciudadano, con anterioridad a la proclamación de la Carta, en virtud de la correspondiente fuente originaria y sería absurdo pretender que su nueva inclusión en la Carta podría de algún modo «rebajar» su rango jurídico. Pero en ocasiones, la formulación del derecho no se efectúa en la Carta de un modo exactamente idéntico a la del texto precedente. Entonces la Carta puede servir para formular interpretaciones extensivas o progresivas que amplíen el alcance de los derechos ya catalogados, y esto, en el propio marco del derecho comunitario.

Por otra parte, resulta interesante comparar esta situación con la correspondiente a la consideración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en nuestro propio ordenamiento jurídico. Sabido es que, más allá de la plena incorporación a nuestro derecho de los tratados válidamente celebrados y oficialmente publicados (art. 96 CE), el art. 10.2 de la Constitución Española establece una suerte de incorporación interpretativa para la Declaración Universal de los Derechos Humanos y para los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia celebrados por España. Esto es, que los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Española deberán interpretarse de conformidad con la DUDH y el CEDH, o lo que es igual, que ambos textos internacionales —y cualesquiera otros posteriores, como la Carta, puesto que la referencia es abierta— se convierten en parámetros interpretativos de nuestras normas constitucionales, o si se prefiere, en cánones indirectos de constitucionalidad.

Pues bien, lo afirmado en relación con la Declaración Universal puede trasponerse perfectamente a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues ésta está llamada a constituir un parámetro interpretativo necesario, tanto para las instituciones europeas, especialmente el TPI y TJCE, como para los jueces nacionales en su labor de aplicación del DCE y es que, como se ha dicho: «La Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunida-

des Europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho comunitario»¹⁶.

Esto es, la Carta *no* podría invocarse *aislada o autónomamente* respecto a esos derechos subjetivos, sino que sería precisa una invocación conjunta del TCE, o en su caso de las normas de desarrollo del mismo pertenecientes al derecho derivado, y de la Carta como interpretación más «moderna» y más acorde con la intención posteriormente manifestada por los órganos comunitarios respecto al contenido y el modo de ejercicio de los derechos subjetivos en cuestión, en virtud del principio según el cual «*toda interpretación se incorpora al texto interpretado*».

II. EL CONTENIDO DE LA CARTA: ENTRE LA MERA REITERACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

1. La interpretación extensiva del Estatuto de Ciudadanía Europea. Un ejemplo: el derecho a una *buena administración*

Partamos de la base de la identidad sustancial entre la Carta y el TCE en torno a la inmensa mayoría de los derechos incluidos en el Estatuto de Ciudadanía Europea. Así, existe esa igualdad de forma y fondo en los derechos a: circular y residir libremente (art. 18 TCE y 45 Carta); ser elector y elegible en elecciones municipales (art. 19.1 TCE y 40 Carta) y en elecciones al Parlamento Europeo (art. 19.2 TCE y 39 Carta); asistencia diplomática y consular (art.20 TCE y 46 Carta); derecho de petición ante el Parlamento Europeo (arts. 21 y 194 TCE y 44 Carta); derecho de queja ante el Defensor del Pueblo (arts. 21 y 194 TCE y 43 Carta) y derecho de acceso a los documentos de las instituciones (art. 255 TCE y 42 Carta), respecto a los cuales, encontramos tan sólo ligeros cambios de orden y alteraciones superficiales de redacción.

Por el contrario, si bien en el art. 21 TCE, el Tratado de Amsterdam añadió un tercer párrafo en el que se establecía el derecho de todo ciudadano a *dirigirse a cualquiera de las instituciones y órganos en su propia lengua y recibir una contestación en esa misma lengua*, la Carta inscribe ese derecho, de apariencia marginal, dentro de un contexto sistemático más amplio y correctamente ordenado, como es el del art. 41, que comprendería tres aspectos. De una parte, el derecho a que las instituciones y otros órganos traten sus asuntos imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable (41.1). De otra parte, el triple derecho del particular: a ser oído antes de que se adopte contra él un acto que le afecte individual y desfavorablemente (41.2, primer guión); derecho al acceso al expediente que le afecte (41.2, segundo guión) y derecho a recibir una resolución motivada de la administración comunitaria (41.2, tercer guión). Y por último, derecho a exigir a la Comunidad una reparación por los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones (41.3).

16. CARRILLO SALCEDO, J.A., «Notas...», Op. Cit., p. 19.

De todos estos derechos subjetivos, *el derecho de acceso al expediente que le afecte* resulta paralelo al genérico *derecho de acceso a la documentación comunitaria* (de alcance general) ya configurado por el art. 255 TCE y reiterado por el art. 42 de la Carta. Además, la responsabilidad de la propia Comunidad por los actos de sus instituciones figuraba ya en el art. 215 del TCEE, hoy art. 288 TCE. Sin embargo, el art. 41 de la Carta lleva a cabo aquí una refundición sistemática y una ampliación de contornos de un derecho subjetivo comunitario, en el que el principio básico de la transparencia en las relaciones entre Administración y administrados se concreta en hacer lo posible para que las decisiones de la primera sean comprensibles para el ciudadano (ser oído, acceder al expediente, intentar un diálogo) y estén debidamente *motivadas*. La Carta pues elabora, partiendo de fragmentos dispersos, un parámetro ideal de relación entre el administrado y la Administración comunitaria presidido por la necesaria armonía entre el interés público y el de los particulares.

Parece un poco exagerado afirmar que este nuevo «derecho fundamental a la buena administración» «abre necesariamente una nueva fase en la evolución de una Unión más próxima a sus ciudadanos»¹⁷, pero contribuye a ello. Y lo hace en una coyuntura en la cual la necesidad de una reforma de la administración comunitaria que la haga más próxima a los particulares se hace patente, como ponen de relieve las más de 7.000 reclamaciones recibidas por el Defensor del Pueblo desde 1995 relativas a supuestos casos de mala administración¹⁸. Tales reclamaciones se refieren a retrasos administrativos, demora en pagos, falta de transparencia, denegación de acceso a documentos y omisión de respuesta, descontento en relación con las acciones de la Comisión, contenciosos sobre procedimientos de licitación o contratos, y quejas relativas a los procedimientos de selección de personal de las instituciones.

Definida la «mala administración» por el propio Defensor del Pueblo como la situación que se produce cuando «una entidad pública no actúa de acuerdo con una norma o principio vinculante para ella»¹⁹, fue a propuesta del Defensor del Pueblo como se introdujo el derecho a una «administración transparente, responsable y con vocación de servicio»²⁰ en el debate de la Carta, hasta llegar al actual art. 41. En su opinión, una buena administración exigiría aumentar la transparencia de la misma, establecer normas de buena conducta administrativa y garantizar el respeto al Estado de Derecho.

Por lo que respecta al contenido del art. 41, estamos ante la formalización de principios de buena administración formulados por la jurisprudencia, sobre todo por el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, desde los primeros comentarios vertidos ante las versiones iniciales del articulado, hasta el *Comentario* que acompaña al texto definitivo de la Carta, se pone de relieve la consagración jurisprudencial del «principio de buena administración» (TJCE, asunto *Burban*, sent. De 31 de marzo de 1992, C-255/90; TPI, asunto *Nölle*, sent. 18 de septiembre de 1995, T-167/94; asunto *New*

17. SÖDERMAN, J., «El derecho fundamental a la buena administración», GJUE y C, 2001, nº 214, pp. 8 y ss.

18. Tales reclamaciones han dado lugar a más de 1.000 investigaciones (Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo, año 2000, Anexo A, p. 259).

19. Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo del año 1997, p. 25.

20. SÖDERMAN, J., Op. Cit., p. 11.

Europe Consulting, sent. 9 de julio de 1999, T-231/97). Asimismo, se afirma que las «las expresiones de este derecho enunciadas en los dos primeros párrafos se derivan de la jurisprudencia del TJCE» (Sentencias de 15 de octubre de 1987; as. 222/86, *Heylens*; sent. De 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, *Orkem*; sent. De 21 de noviembre de 1991, asunto C-269/90, *TU München*) y del TPI (sent. de 6 de diciembre de 1994, T-450/93, asunto *Lisrestal* y asunto *Nölle*, de 18 de septiembre de 1995, T-167/94).

Podrían pensarse que tan abundante jurisprudencia posee escasa repercusión debido al efecto de cosa juzgada, en virtud del cual la decisión judicial afecta, en principio, tan solo al asunto resuelto en un caso concreto, limitando su eficacia a las partes en aquel. No obstante, la excepción a esta regla viene constituida por los asuntos en los cuales (normalmente por vía de *anulación*) se declara la nulidad de un acto de las instituciones, que serían muchos de los casos comprendidos en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, pues aquí la invalidez declarada posee un alcance general y un efecto *erga omnes*.

Asimismo, aunque no haya una respuesta sencilla y lineal a esta cuestión, el Tribunal de Luxemburgo ha reconocido un efecto más amplio del puramente *inter partes* a la jurisprudencia dictada por vía *prejudicial*. Es doctrina sentada desde inicios de los ochenta que la invalidez declarada por vía *prejudicial* en un concreto asunto sería suficiente para que cualquier otro juez (que conozca de otro asunto en el que pudiera aplicarse la disposición invalidada) considerara también inválido el acto jurídico en cuestión.

Ahora bien, aun partiendo de las anteriores afirmaciones, tampoco hay que olvidar la dificultad para el ciudadano de acceder a una especie de *restatement* jurisprudencial basado en principios de alcance vago y contorno indefinido que, aun habiendo sido aplicados a otros casos, nadie garantiza que lo vayan a ser en el propio. Desde la perspectiva del ciudadano pues, no cabe duda de que una recopilación sistemática de estos principios e interpretaciones jurisprudencialmente sentados, formulada con alcance general, puede ser muy beneficiosa para clarificar sus derechos subjetivos y facilitar su invocación. En buena medida, a ello pretenden responder las interpretaciones extensivas incorporadas a la Carta.

2. Los derechos civiles y políticos reiterados por la Carta: entre la identidad y la ampliación del CEDH

Si en el apartado anterior vimos cómo la Carta reitera con pequeñas diferencias lo establecido en determinados artículos del TCE, en éste la fuente de inspiración fundamental va a ser el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), del cual son parte todos los EE.MM. de la Comunidad Europea, pero no la propia Comunidad, al haber fracasado el tantas veces proyectado proceso de adhesión de las CE al CEDH. La Carta consigue una incorporación formal, actualización y presentación más atractiva del CEDH para el ciudadano comunitario.

2.1. *El alejamiento a un segundo plano de las cláusulas limitativas: una presentación del CEDH más comprensible para el ciudadano de hoy*

Una de las cosas más sorprendentes para una persona que, por diversas circunstancias, no haya tenido la oportunidad de leer hasta hoy el CEDH, es la sucesión de cláusulas limitativas de los derechos fundamentales enunciados, especialmente en los artículos 8 a 11 y 15 del convenio –cuyo ejemplo más conspicuo es la llamada «cláusula *sociedad democrática*»– en contraste con la paralela redacción presente en el catálogo de cualquiera de las modernas constituciones europeas. En efecto, las circunstancias de postguerra mundial en las que fue redactado el CEDH aconsejaron una redacción que hoy podría parecer excesivamente conservadora y demasiado respetuosa con el margen de discrecionalidad concedido a los Estados parte a la hora de poder efectuar una interpretación restrictiva de sus obligaciones en el marco del convenio. Por el contrario, las constituciones modernas, como la española de Diciembre de 1978, aligeran el enunciado de los derechos y libertades de cláusulas restrictivas, reuniendo éstas en una mención genérica final de menor alcance, ubicada tras el catálogo de derechos. Sin duda tal modo de proceder logra una presentación mucho más atractiva de la carta de derechos fundamentales reconocidos.

La Carta parte de un razonamiento paralelo, conservando limpios de restricciones los enunciados de derechos fundamentales y concentrando al final las posibilidades de limitación en el art. 52.1. Con arreglo a este precepto: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

O sea, en ningún caso es posible ir más allá del régimen de limitaciones previsto en el CEDH, pues éste constituye un estándar mínimo. «De ello se deriva *que cuando el CEDH no permite limitar ciertos derechos, estos tampoco podrán ser limitados sobre la base del derecho comunitario*»²¹. A su vez, la redacción de la cláusula limitativa es más suave que las presentes en el CEDH, señalando el Informe Explicativo que la fuente inspiradora de esta redacción se encuentra en la jurisprudencia del TJCE, cuando establece que «pueden llevarse a cabo restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales, sobre todo en el marco de una organización común de mercado, a condición de que estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, con relación a la finalidad perseguida, una intervención desmesurada e intolerable, que vulnere la esencia misma de estos derechos»²².

21. Doc. CONVENT 34, de 16 de Mayo de 2000, comentario al art. 47.

22. TJCE, sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, considerando nº 45.

2.2. La «correspondencia» entre el CEDH y la Carta

Los cincuenta largos años transcurridos desde la redacción del catálogo de Estrasburgo (CEDH) hacen deseable una cierta actualización de su contenido. Sin embargo, desde Estrasburgo se ha considerado innecesaria una labor de adaptación del texto, dada la evolutiva jurisprudencia que ya ha ido dictando el TEDH. Es más, el propio Tribunal ha hecho uso de una ocasión apropiada para pronunciarse al respecto afirmando, en el asunto *Matthews*²³ que «la jurisprudencia del TEDH ha hecho (del convenio) un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales», de manera que sean garantizados «derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos», con lo cual, no sería preciso llevar a cabo nuevas redacciones, en tanto en cuanto pueda regir el aforismo: «*toda interpretación de un texto forma parte del mismo*».

No obstante, no ha sido esa la opinión de la mayoría de los miembros de la *Convención* autora de la Carta, por lo cual, el proceso de redacción ha ocasionado ciertas desigualdades entre ambos textos, que conviene ir señalando. Por una parte, el propio Informe Explicativo incluye curiosamente dos listados diferentes. Por un lado el de los artículos de la Carta *que corresponden con* los del CEDH (sin ser idénticos). Por otro, el de artículos de la Carta «*cuyo sentido es el mismo* que los artículos correspondientes del CEDH, *pero cuyo alcance es más extenso*» (*infra* 2.3). Por otra parte, la *Convención* ha empleado una visión amplia de la Convención de Roma, considerando indistintamente el conjunto de derechos reconocidos en el CEDH, y los colectados en los *Protocolos Anejos*, lo cual, de suyo, supone una ampliación considerable de su eficacia respecto al colectivo de los EE.MM. de la Unión, puesto que no todos los EE.MM. son parte en todos y cada uno de los protocolos anejos...

La *correspondencia* entre ambos textos se produce en los siguientes casos: 1) derecho a la vida (art. 2 Carta y 2 CEDH); 2) proscripción de la pena de muerte (art. 2.2 Carta y art. 1 Protocolo nº 6 al CEDH); 3) prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos (art. 4 Carta y 3 CEDH); 4) prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado (art. 5 Carta y art. 4.2 CEDH); 5) derecho a la libertad y seguridad (art. 6 Carta y 5 CEDH); 6) respeto de la vida privada y familiar, incluido *domicilio*²⁴ y comunicaciones²⁵ (art. 7 Carta y 8 CEDH); 7) derecho a contraer matrimonio y fun-

23. TEDH, sentencia de 18 de Febrero de 199, *Matthews c. Reino Unido*.

24. Es quizá en esta materia donde se ha producido una divergencia más acusada, derivada de la distancia en las situaciones de hecho respectivas a las que suele aplicar el CEDH y el derecho comunitario, respectivamente. En la redacción del CEDH se pensó –obviamente– en el *domicilio personal o familiar* de una *persona física*, mientras que los asuntos en los que se ha invocado semejante derecho fundamental ante el TJCE provocando una divergencia interpretativa han sido planteados por una *persona jurídica*, que no consideraba conforme a derecho la irrupción de inspectores de la Comisión sin mandato judicial ni preaviso en su *domicilio social*. (Asunto *National Panasonic*, Sentencia de 26 de Junio de 1980, asunto 136/79; Asunto *Hoechst*, sentencia de 21 de Septiembre de 1989, asuntos acumulados 46/87 y 227/88). En realidad, sin embargo, no existe propiamente una divergencia, ya que, por un lado, el TEDH, en aquellas fechas, no se había pronunciado acerca de la inviolabilidad de domicilio social de las personas jurídicas. Y por otro, el TJCE estima como regla general (punto 37) que los agentes de la Comisión no pueden proceder a realizar registros sin la colaboración de las empresas afectadas y sin el concurso de las autoridades nacionales respectivas, pues excedería las atribuciones otorgadas al respecto por el art. 14 del Reglamento 17 sobre competencia en el mercado.

25. El tenor literal del art. 8.1 CEDH se refiere tan sólo a la «correspondencia». No cabe duda de que

dar una familia (art. 9 Carta y 12 CEDH); 8) libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 10 Carta y 9 CEDH)²⁶; 9) libertad de expresión y de información (art. 11 Carta y 10 CEDH)²⁷; 10) libertad de reunión y de asociación (art. 12 Carta y 11 CEDH)²⁸; 11) derecho a la educación (art. 14.3 de la Carta y art. 2 del Protocolo Adicional al CEDH) y 12) derecho a la propiedad (art. 17 Carta y art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH).

Igualmente, por lo que respecta al Capítulo VI (*Justicia*), en él se catalogan como «correspondientes»: 13) el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47 de la Carta y arts. 6.3 y 13 del CEDH)²⁹; 14) presunción de inocencia y derechos de la defensa (art. 48 de la Carta y 6.2 del CEDH); 15) principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49 de la Carta y 7 del CEDH) y 16) derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (*ne bis in idem*, art. 50 de la Carta y 7 del CEDH).

Tras un listado tan extenso conviene una recapitulación. Sin duda la carta realiza una positiva actualización «por añadidura», en materias tales como la libertad de comunicaciones, la objeción de conciencia, el derecho a la propiedad intelectual o la asistencia jurídica gratuita. Ahora bien, nada tiene de revolucionaria la actitud de la *Convención* en estos ámbitos, en tanto en cuanto, lo añadido figura hoy comúnmente en las constituciones y leyes internas de los países europeos, y por esa vía («las tradiciones constitucionales comunes») permite, tanto al TJCE como al TEDH acceder a las actualizaciones que la propia evolución histórica y sociológica reclama en el contenido de ciertos derechos. No obstante, de cara al objetivo primordial de la Carta (la «visibilidad» de los derechos para el ciudadano), la tarea de actualización sí es altamente positiva, en tanto en cuanto un texto anticuado produce sentimientos encontrados —entre la indiferencia y el rechazo— en los nuevos lectores. Por el contrario, un texto actualizado se entiende mejor y conduce a la deseada identificación del ciudadano con los valores que sirven de base a la sociedad en la que vive.

hoy una razonable interpretación analógica debería considerar incluido dentro de los límites del derecho recogido igualmente al teléfono, fax y correo electrónico. Por esta razón la innovación de la Carta parece plenamente justificable aquí. Cabe pensar, sin embargo, que el TEDH hubiera otorgado hoy una interpretación similar a la de la Carta aunque no existiera ésta.

26. El art. 10.2 de la Carta introduce una interesante novedad respecto al CEDH, catalogando el «derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con la leyes nacionales que regulen su ejercicio».

27. Comparando este artículo de la Carta con el equivalente del CEDH se observa la supresión de la segunda frase del art. 10.1 CEDH, del siguiente tenor: « El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

28. En el Informe Explicativo que acompaña al texto final se efectúa la siguiente observación: «Las disposiciones del párrafo 1 del presente art. 12 tienen el mismo sentido que las del CEDH, pero su ámbito es más extenso, puesto que pueden aplicarse a todos los niveles, lo que incluye el nivel europeo»(la cursiva es nuestra).

29. La novedad viene aquí configurada por el último párrafo del art. 47 al establecer que: «Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia». Lo que no se aclara es *quien* prestará esa asistencia gratuita, si las instituciones o los EE.MM., o quizá unas u otros en función del tipo de acto impugnado por el particular y el procedimiento seguido. Esta innovación es conforme a la jurisprudencia del TEDH en el asunto *Airey* (Sentencia de 9 de Octubre de 1979).

2.3. Las innovaciones de la Carta: una plausible interpretación extensiva

Existen lugares de la Carta donde el derecho inicialmente recogido en el CEDH es reconocido con mayor amplitud. Se trata de artículos «cuyo sentido es el mismo que los artículos correspondientes al CEDH, pero cuyo alcance es más extenso»³⁰, acogiendo sus redactores a la mal pergeñada fórmula del art. 52.3, según la cual caben variaciones siempre que su resultado supere los mínimos comunes plasmados en el CEDH y que ello no suponga atribución de nuevas competencias a la Unión (art. 51.2 Carta).

Tal redacción requiere un comentario obligado, pues pese a la buena intención de los redactores, la imperfección técnica es manifiesta. ¿Cómo puede compaginarse que los respectivos alcances tengan que ser iguales, con la posibilidad de que en el derecho de la Unión el alcance pueda ser «más extenso»? Una interpretación literal conduciría a una contradicción insoluble. Y es que en la primera frase, los redactores de la Carta hubieran hecho bien en subrayar el carácter de mínimo común denominador –o estandar mínimo– que posee el CEDH respecto a cualquier rasero europeo posterior o más amplio de protección, tal y como se deriva del art. 53 del CEDH. Y hubieran podido hacerlo con facilidad. No tenían más que intercalar las palabras «como mínimo», entre «serán» e «iguales» («serán, como mínimo, iguales»), para eliminar la visible contradicción entre la primera y la segunda frase del artículo 52.3. Es así, de todos modos, como cabría realizar aquí una interpretación plausible que buscara el efecto útil del texto reproducido.

Veamos con más detalle estas novedades:

- 1) En relación con el derecho a contraer *matrimonio*: «el art. 9 (de la Carta) cubre el ámbito del art. 12 del CEDH, pero su ámbito de aplicación puede ser extendido a otras formas de matrimonio (homosexual), desde el momento en que la legislación nacional las contempla». Como se dice en el informe explicativo: «este artículo ni prohíbe ni impone la elección del estatuto matrimonial a uniones entre personas del mismo sexo. Este derecho es pues semejante al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más extenso cuando la legislación nacional lo prevea».
- 2) Respecto a la *libertad de reunión y asociación*, «el art. 12.1 de la carta corresponde al art. 11 del CEDH, pero su ámbito de aplicación es extendido al nivel de la Unión Europea»; esto es, las instituciones deberían respetar la fundación de partidos políticos y sindicatos con una extensión superior a la nacional.
- 3) En lo relativo al *derecho a la educación*, el art. 14 .1 de la Carta, como se ha dicho en el epígrafe anterior, «corresponde al artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH. Por su parte, el art. 14.2 de la Carta –a diferencia del CEDH–

30. Informe Explicativo. Comentario al art.52 (RUDH, 2000, p. 181) . El art. 52.3 de la Carta, dice así: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

incluye «la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria», lo cual supone indudablemente una interesante ampliación del CEDH partiendo de fuentes de inspiración basadas en las tradiciones constitucionales comunes de los EE.MM. de la Unión. Ahora bien la extensión del derecho a la educación consistente en la *gratuidad de la enseñanza obligatoria* «implica solamente que para la enseñanza obligatoria, cada niño tenga la posibilidad de acceder a un centro que practique la gratuidad, no impone que todos los centros, sobre todo privados, que impartan esta enseñanza sean gratuitos. No prohíbe tampoco que algunas formas específicas de enseñanza puedan ser de pago, si el Estado adopta medidas destinadas a otorgar una compensación financiera. En la medida en que la Carta se aplica a la Unión, significa que, en el marco de sus políticas de formación, la Unión debe *respetar* la gratuidad de la enseñanza obligatoria, pero sin que ello suponga *crear* nuevas competencias.

- 4) El párrafo segundo del art. 47 de la Carta corresponde al *derecho a un proceso equitativo* (art. 6.1 CDEH), uno de los que más juego ha dado en su aplicación práctica por los órganos de control del convenio. Ahora bien, el CEDH limita el derecho a un juicio equitativo dentro de un plazo razonable «a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal». Por el contrario, esta limitación no jugaría por lo que respecta al derecho de la Unión y su aplicación, como no podría ser de otra manera, pues poseyendo todavía la Unión una cuantía escasa de competencia en esas materias, limitar el derecho en cuestión a los procesos que versaran sobre ellas supondría vaciar considerablemente de contenido el derecho subjetivo recién enunciado. De hecho, ya la sentencia *Golder*³¹, del TEDH, exigía que la garantía a un proceso equitativo jugase en cualquier materia jurídica. Por su parte, el TJCE, en el asunto *Los Verdes c. Parlamento Europeo*³² ha estimado que el derecho a un juicio equitativo se aplica a todos los contenciosos, debido al hecho de que la Comunidad «es una comunidad de derecho».
- 5) El art. 50 de la Carta se refiere al *derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (ne bis in idem)*, correspondiendo al enunciado en el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH³³, «pero su alcance es exten-

31. Sentencia de 21 de Febrero de 1975.

32. Sentencia de 23 de Abril de 1986, asunto 194/83.

33. España todavía no es parte en el Protocolo 7 y no parece haber demostrado encendido entusiasmo en serlo, a juzgar por los diecisiete años que lleva en curso el respectivo proceso de manifestación del consentimiento. El Protocolo 7 fue firmado por España el 23 de Noviembre de 1984. Doce años más tarde (2 de Agosto de 1996) el Gobierno autorizó su ratificación, enviando el texto a las Cortes a efectos de recabar la autorización de ambas Cámaras (94.1 d) CE) para la definitiva prestación del consentimiento. Sin embargo, no nos consta todavía su publicación en el BOE, sin la cual, la más reciente jurisprudencia constitucional, (STC 141/1998 [Sala 2ª], de 29 de Junio de 1998) en estricta interpretación del art. 96.1 CE., estimaría su no incorporación a nuestro derecho. Conviene señalar, en cualquier caso, que el texto enviado al Congreso contiene una reserva al art. 3, relativo al derecho a *indemnización en caso de error judicial*, cuyo ámbito resulta extendido también a las medidas de gracia, sustitutivas de una sentencia anulatoria de la errónea, (que en algunos ordenamientos puede resultar imposible, aunque no así en el español, recordemos el asunto *Barberá, Messegué y Jabardo*). Cabe la posibilidad de que la palpable ralentización de la velocidad habitual de ratificación en este caso tenga algo que ver con las posibles

dido al nivel de la Unión Europea entre las jurisdicciones de los Estados miembros»³⁴. Tan crítica afirmación es afortunadamente aclarada por el comentario al art. 50 de la Carta, en el que se afirma: «Conforme al art. 50, el principio *non bis in idem* no se aplica solamente en el interior de la jurisdicción de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios Estados miembros. Esto es consecuencia del acervo del derecho de la Unión; véanse los arts. 54-58 de la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen, el art. 7 de la Convención relativa a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y el art. 10 de la Convención relativa a la lucha contra la corrupción»³⁵. Por otra parte, conviene recordar que el principio se aplicaría sólo para impedir la acumulación de dos sanciones de la misma naturaleza, en este caso, penal.

2.4. *El riesgo de interpretaciones divergentes del CEDH por los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo*

La antigua Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos atesoran ya medio siglo de acervo interpretativo del CEDH, con una jurisprudencia evolutiva que incorpora interesantes adaptaciones y desarrollos de los derechos reconocidos. Por su parte, el TJCE, a través de los principios generales del derecho ha llevado a cabo una incorporación al ámbito comunitario, no sólo del CEDH, sino también de alguno de los principales desarrollos efectuados por el TEDH en su jurisprudencia, adaptándolos a la realidad comunitaria. No obstante, a lo largo de un proceso de «codificación» semejante, por su propia naturaleza sumamente indeterminado y de larga duración, se corre el riesgo de que se produzcan interpretaciones divergentes de unos mismos derechos en la jurisprudencia de ambos tribunales..

La *Convención* fue consciente del riesgo de que la propia Carta contribuyera acentuar tan indeseables divergencias. De ahí la prudente previsión del art. 52.3 de la misma al afirmar que: «En la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su *sentido y alcance* serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa». Ya se hizo una referencia a la desafortunada redacción del artículo (que debería haber dicho: «su sentido y alcance serán, *como mínimo*, iguales») pero conviene referirse ahora únicamente al loable intento de conservar una *identidad de interpretación* en los derechos protegidos presentes en ambos textos.

consecuencias de aquella sentencia del TEDH (de 6 de Diciembre de 1988), primera por la que fuera condenada España, que dio lugar a las posteriores decisiones del TS (Sala 2ª) de 4 de Abril de 1990 y la anulatoria final de nuestro Tribunal Constitucional. STC 245/1991, de 16 de Diciembre de 1991. En cualquier caso, el texto preparado por el Gobierno y sometido a las Cortes no preveía la interposición de reserva o declaración alguna al art. 4 del Protocolo 7 que, por lo demás, incorpora un principio (*ne bis in idem*) vigente y plenamente aplicado en nuestro ordenamiento positivo.

34. Informe explicativo, comentario al art. 52.

35. Informe Explicativo, comentario al art. 50.

3. La compleja catalogación de los derechos sociales fundamentales

3.1. Las fuentes de inspiración y el contenido social de la Carta

Los derechos sociales recogidos en la Carta proceden básicamente de dos fuentes de inspiración: por un lado la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 —revisada en 1996— con su protocolo adicional de 5 de mayo de 1988, y por otro, la llamada Carta Comunitaria de Derechos Sociales, de 9 de Diciembre de 1989, aprobada en la Cumbre de Estrasburgo. Las dos cartas europeas son textos dotados de desigual valor jurídico, ya que la Carta Social Europea es un convenio internacional auspiciado por el Consejo de Europa, en vigor para los Estados parte³⁶ (todos los EE.MM. de la Unión en su versión inicial), que sin embargo carece de un mecanismo judicial de aplicación, a diferencia del CEDH. Mientras que la Carta Comunitaria es un acto atípico de las instituciones de carácter no vinculante, que cabe encuadrar dentro del *soft-law* comunitario

Además de estas dos fuentes, otras dos dejan sentir su influencia en el texto de la Carta. En primer lugar, *el propio CEDH*, cuyo art. 11 reconoce la libertad de sindicación y ha dado lugar a una interesante y evolutiva jurisprudencia del TEDH, la cual amplía su contenido más allá del tenor literal del precepto, afirmando a partir del asunto *Gustafsson v. Suecia*, de 1996, la libertad «negativa» de asociación sindical (esto es el derecho a negarse a formar parte de un determinado sindicato) así como un reconocimiento implícito del derecho a la negociación colectiva que, no obstante, parece detener su efecto sin alcanzar el punto decisivo, o sea, el derecho a la huelga.

Por otra parte, necesariamente debía servir de fuente a los autores de la Carta el amplísimo *acervo comunitario* en materia social, compuesto, tanto por disposiciones convencionales, como por normas de derecho derivado. Entre las primeras, es preciso referirse a ciertos preceptos de los tratados constitutivos (39 a 42 TCE, 125 a 130 TCE y 136 a 150 TCE). Entre las segundas, es preciso señalar la existencia de dos reglamentos básicos: el Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad y el Reglamento 1408/71, sobre la seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, modificado por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996. Finalmente, existe una amplia serie de directivas del Consejo que se refieren a una abigarrada diversidad de materias, tanto en el ámbito de la libre circulación de trabajadores como en el de la política social.

36. Todos los EE.MM. de la Unión son parte en la versión original de 1961, pero no todos han manifestado su consentimiento respecto a la serie de enmiendas posteriores. España es parte en la Carta Social Europea desde 5 de Junio de 1980 (BOE de 26 de Junio de 1980). En el momento de manifestar su consentimiento España formuló una declaración interpretativa en relación con los arts. 5º y 6º. Con posterioridad, en 1991, España denunció el art. 8.4,b). Paulatinamente, la Carta ha generado un «conjunto de desarrollos de desigual fortuna» (Nota de GONZALEZ VEGA, J., a la 4ª ed. de «Derechos humanos. Textos internacionales», Madrid, Ed. Tecnos, 2001, p. 473), entre los que cabe destacar un protocolo adicional de 5 de mayo de 1988, un protocolo de enmienda de 21 de Octubre de 1991 (ratificado por España, pero aún no en vigor), otro protocolo de enmienda de de 9 de Noviembre de 1995 (en vigor pero no firmado por España) y la denominada Carta Social Europea revisada, de 3 de Mayo de 1996, en vigor desde 1 de Julio de 1999 que, por el momento, sólo obliga a nueve Estados y que no ha sido firmada por España.

La Carta agrupa estos derechos con una sistemática no del todo consistente. Así, de un lado incluye en su art. 12 la *libertad sindical*, insaculándola en el casillero más amplio de la libertad de asociación, (esto es, siguiendo el antiguo patrón del CEDH) o, dicho de otro modo, enfocándola desde la óptica de las libertades políticas fundamentales de carácter negativo (obligación de no coartar tal libertad), no encuadrándola junto al resto de los derechos sociales de contenido positivo en los que el Estado —o en este caso las instituciones— están sujetos al cumplimiento de una obligación de actuar para fomentar el posible ejercicio de tal derecho³⁷. De otro lado, la Carta contempla en su art. 15 el *derecho al trabajo*, pero enmarcándolo junto al derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios (art. 15.2).

Además de los anteriores, los arts. 27 a 35, integrados en el Capítulo IV («*Solidaridad*»), resumen y sintetizan los diversos textos inspiradores de la Carta, coleccionando en un amplio elenco los derechos a: información y consulta de los trabajadores en el seno de la empresa (art. 27); negociación y acción colectiva, «*incluida la huelga*» (art. 28); derecho al acceso gratuito a los servicios de colocación (art. 29); protección en caso de despido injustificado (art. 30); derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas que respeten su salud, seguridad y dignidad (art. 31); prohibición del trabajo infantil y protección del empleo juvenil (art. 32); protección de la vida familiar incluyendo permiso pagado por maternidad y permiso parental (art. 33); seguridad social y ayuda social (art. 34) y protección de la salud (art. 35).

Al margen de los anteriores, el art. 23 se refiere a la *igualdad entre hombres y mujeres* «inclusive en materia de trabajo, empleo y retribución». Tal redacción no es muy feliz. Hubiera sido más preciso formular este principio —en el marco de los derechos sociales— según el tríptico: igualdad de retribución, igualdad de trato en el acceso a un puesto de trabajo, e igualdad de condiciones en el desarrollo del mismo. En efecto, estamos ante uno de los principios que mayor desarrollo y evolución ha tenido en el derecho comunitario, desde su concepción inicial, reducida a la igualdad de retribuciones y contemplada desde la óptica propia de la competencia en el mercado, hasta una concepción cada vez más progresiva que llega a legalizar posibles medidas de discriminación positiva en beneficio de la mujer. En ese contexto, la redacción de la Carta resulta algo pobre e imprecisa, pese a incluir un segundo párrafo en el que —en la señalada línea de discriminación positiva— se afirma que «el principio de igualdad *no impide* el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

3.2. *Una situación de competencias compartidas, predominantemente estatales*

En otro orden de cosas, habría cabido esperar de la Carta una actitud más reivindicativa en torno a la afirmación y ejercicio de los derechos sociales fundamentales, haciendo hincapié en la indivisibilidad entre derechos civiles y sociales y contribuyendo a elevar la consideración jurídica de éstos últimos. Mas ciertamente, una

37. Pensar en unas instituciones fomentando el ejercicio coordinado del derecho de huelga a escala europea, ciertamente resultaría un poco kafkiano, y hace pensar que, al fin y al cabo, la sistemática presente en el CEDH y en el art. 28 de nuestra constitución, sigue siendo la más adecuada.

lectura atenta del TCE tras Amsterdam pone de relieve la considerable ambigüedad de los EEMM que, si bien en el art. 136 expresan ciertos objetivos genéricos, citando expresamente las cartas sociales europeas, en el 137.6 excluyen expresamente de la acción comunitaria nada menos que: «las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el de cierre patronal», dejando sin competencias de atribución en esas materias a la Comunidad. «En otras palabras, se impide a la Unión Europea actuar por propia iniciativa para proteger mejor derechos que tradicionalmente pertenecen al núcleo básico de los derechos sociales».

Dicho de otro modo, es preciso mejorar el proceso de *catalogación* de unos concretos derechos sociales como derechos fundamentales comunitarios. De ahí que en Niza se intente llevar a cabo ese esfuerzo de catalogación plasmado en la Carta, resultando sin embargo la parte menos lograda de su contenido. Y ello, entre otras cosas, debido a que normalmente se engloban dentro del término «derechos sociales», de un lado auténticos *derechos subjetivos* susceptibles de garantía judicial, y de otro, lo que no son más que meros *objetivos de política social*. Esto tanto en el ámbito propiamente comunitario como en el constitucional, con el agravante de que no existe un rasero uniforme entre las constituciones de los EE.MM. al respecto, situándose alguna de ellas por debajo del «fondo común» (Reino Unido, Dinamarca e Irlanda) o estandar mínimo europeo y otras por encima de él (Francia, Italia, España y Portugal).

De hecho, históricamente, los derechos sociales constituyen un descubrimiento tardío de las democracias políticas, centradas en la proclamación y garantía de una serie de libertades fundamentales de contenido básicamente negativo, que no obligaban al Estado a llevar a cabo una labor prestacional para dotarlas de contenido. Todo lo contrario ocurre con la mayoría de los derechos sociales. De ahí que, por ejemplo, la libertad de asociación sindical —que no exige dicha labor prestacional— haya sido tradicionalmente encuadrada (por ejemplo en el CEDH) entre el resto de las libertades civiles y políticas fundamentales. Quizá por ello también, en el único punto en el que la Carta posee una redacción más avanzada que sus precedentes en materia social es en la *libertad de huelga*, en el art. 28. Aun así, el «informe explicativo» anejo al texto final de la Carta, deja claro que «las acciones colectivas, entre las que se encuentra la huelga, dependen de las legislaciones y prácticas nacionales, incluida la cuestión de si pueden ser *llevadas a cabo de manera paralela en varios Estados miembros*».

Y es que, por debajo de los problemas puntuales correspondientes a cada concreto derecho subjetivo, subyace el poco definido reparto competencial entre la Comunidad y sus EE.MM. en materia social que, en el presente, sigue dejando lo más importante en manos de los Estados. De esta situación de hecho se deriva un razonamiento claro: *no se puede pretender que la Carta otorgue soluciones donde no hay competencia comunitaria, ni por consiguiente, actos de las instituciones*. Si la Carta nace como compendio de derechos individuales que *las instituciones* deben respetar en su acción normativa y administrativa, ello limita considerablemente la virtualidad del texto en el ámbito de los derechos sociales pues, si estamos ante un derecho social de carácter prestacional y la competencia para hacer efectiva la prestación permanece en manos de los EE.MM. *¿De qué manera podría vulnerar ese derecho un acto de las instituciones?*

Únicamente cuando los EE.MM. adopten actos de aplicación del derecho comunitario, y haciéndolo vulneren alguna de las libertades sociales fundamentales encontraríamos, en principio, jurisprudencia del TJCE reconociendo la necesidad de *respetar* esos derechos o libertades fundamentales por parte de los EE.MM., hasta el punto de afirmarse que «nunca el TJCE ha enriquecido los principios generales del derecho comunitario con derechos sociales que implicasen el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado»³⁸. O lo que viene a ser lo mismo: en una primera lectura, sólo sería posible un uso «negativo» de los principios generales del derecho comunitario en materia social.

Excepcionalmente, sin embargo, en una línea más avanzada, podemos encontrar una corriente progresiva en la jurisprudencia de los noventa, proclamando la responsabilidad del Estado miembro por violación del derecho comunitario (*Francovich y Bonifaci*)³⁹. Y lo hace precisamente frente a un problema clave de naturaleza social –insolvencia empresarial– y en un supuesto en el que, al tratarse de un litigio entre particulares (empresario y trabajadores), al cual no era posible dar una solución a causa de la omisión en el deber de trasposición de una directiva por el Estado responsable, no cabía estimar el efecto directo de la normativa comunitaria violada, pues según reiterada jurisprudencia, las directivas carecen de efecto directo horizontal. Por último, conviene tener en cuenta que tales afirmaciones fueron efectuadas por el TJCE en un supuesto de hecho en que precisamente el Estado miembro debería haber llevado a cabo una actividad positiva de carácter prestacional, y no lo hizo, en violación del ordenamiento europeo.

Pero lo más interesante quizá es la lectura que cierta doctrina lleva a cabo de esta jurisprudencia, en relación con la posibilidad de derivar efectos útiles para el particular de la inobservancia estatal de aquellos «principios sociales» aparentemente carentes de toda posibilidad de invocación judicial, en tanto en cuanto pudiera demostrarse que, la omisión en la realización de los objetivos sociales prescritos por la norma comunitaria ha causado un daño a los particulares, aunque la disposición violada, por su propia naturaleza careciera de la posibilidad de generar efecto directo⁴⁰. Por último, conviene recordar que *Francovich* es sólo la primera de una serie de sentencias que –aun sin estar vinculadas a la invocación de derechos sociales– van perfilando los límites y las condiciones de ejercicio del genérico principio de la responsabilidad del Estado, aproximándola a la responsabilidad de las propias instituciones por violación del derecho comunitario, como establece la sentencia *Brasserie du Pêcheur*⁴¹.

38. De SCHUTTER, O., Op. Cit., p. 34, mencionando los conocidos asuntos *ERT*, c-260/89, 18 de Junio de 1991 y *Rutili*, 36/75, de 28 de Octubre de 1975.

39. Sentencia de 19 de Noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90. Véase por todos los comentaristas: ALONSO GARCÍA, R. : «La responsabilidad de los Estado miembros por infracción del derecho comunitario», Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 13 y ss.

40. DE SCHUTTER, O. «Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américaine et européens», Bruselas, Ed. Bruylant, 1999, pp. 218-222.

41. Sentencia de 5 de Marzo de 1996, asuntos acumulados 46 y 48 /93, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*. Posteriormente han seguido también esa línea, aunque con menor relieve, *Dillenkofer* (Sentencia de 8 de Octubre de 1996, asuntos acumulados C-178-179 y 188 a 190/94) y *Denkavit* (Sentencia de 17 de Octubre de 1996, asuntos acumulados 283, 291 y 192/94).

CONCLUSIÓN

La utilidad para el ciudadano de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su estado actual, va a depender básicamente de dos cosas. En primer lugar, de que el propio ciudadano sea capaz de asumir los derechos y los valores que en ella residen, acostumbrándose a erigirlos en pautas básicas de relación con las instituciones comunitarias, y por consiguiente, a invocarlos frente a ellas cuando los crean vulnerados.

En segundo lugar, de la actitud de los diversos tribunales con competencia para aplicarla, bien sea de modo directo, como derecho aplicable, bien sea de modo indirecto, como parámetro o canon interpretativo del derecho aplicable. En el ámbito comunitario, ya tenemos un precedente de aplicación relevante procedente del Tribunal de Primera Instancia, y sería importante que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea corroborara y consolidara ese precedente, haciendo suya una jurisprudencia similar. Con ello, tendríamos a la Carta ejerciendo un papel relevante a la hora de constituir –como dijera el prof. CARRILLO– una «síntesis y expresión» de los principios generales del derecho comunitario en la materia, o, si se prefiere, facilitando considerablemente la evidencia y virtualidad de un principio concreto, de cara a probar su existencia, alcance y contenido dentro del impreciso marco de tales principios generales.

De análogo modo, la Carta ha empezado ya a mostrar su valor de cara a la inspiración interpretativa del juez constitucional (en nuestro caso) y debería, con mayor motivo todavía, constituir una guía para los jueces ordinarios, constituyendo un canon o parámetro indirecto (en el sentido del art. 10.2 CE) para corroborar el sentido y alcance de un precepto, o bien, en su caso, para colmar una eventual laguna en la aplicación de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución y en su leyes de desarrollo. En el ámbito interno, en su estado actual, el valor de la Carta en el plano de la aplicación judicial no puede ir más allá de esa función interpretativa, pero el jurista sabe hasta qué punto puede ser importante esa vertiente de su eficacia.

Desde luego, los máximos órganos de control del respeto a los derechos fundamentales de Europa podrían seguir echando mano de principios generales de gran abstracción, y de tradiciones constitucionales cada vez más difíciles de encontrar *communes* –a medida que se va produciendo la ampliación de la Unión Europea– para solucionar los vacíos normativos. Pero sin duda, la mera invocación de los preceptos recogidos en la Carta dentro del complejo razonamiento de los tribunales, además de hacer más sencilla su labor, supondría un espaldarazo al propio proceso de construcción de la Constitución Europea, presionando a los Estados para la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales, como el constituido por la Carta, en su contenido.