

Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas*

Francisco Javier Matía Portilla

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

RESUMEN:

El Tratado de Lisboa ha conferido realce jurídico a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, siguiendo el mandato dado por el Consejo Europeo a la CIG. En el presente estudio se estudia cuál será la eficacia *ad intra* y *ad extra* de la Carta, así como la virtualidad de las reservas mostradas por algunos Estados sobre su aplicación. También se analizan la incidencia de la Carta en las competencias de la Unión y otras eventuales consecuencias de su entrada en vigor.

Palabras clave: Derechos fundamentales; Carta de derechos fundamentales de la UE; Tribunal de Justicia de la UE, Tribunal Constitucional español.

Keywords: Fundamental rights; Charter of Fundamental Rights of the EU; Court of Justice EU, Spanish Constitutional Court.

ABSTRACT

The Lisbon Treaty gives a powerful legal support to the Charter of Fundamental Rights of the EU, according to the proposals provided by the European Council. In this article it will be studied the *ad intra* and *ad extra* effectiveness of that regulation, and also the reservations that some States showed up about the application of it. In the end, some mention has to be made to it, in relation with the european competences and attributions and other possible consequences of its entrance in force.

Fecha recepción original: 11 de marzo de 2011

Fecha aceptación: 12 de mayo de 2011

* Estudio realizado en el marco del Proyecto DER2008-00185/JURI, sobre *Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática*, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación para el periodo 2009-2011. Algunas de las ideas contenidas en el presente trabajo fueron adelantadas en el marco de las *VII Jornadas sobre la Constitución Europea* centradas en el examen de *El Tratado de Lisboa* organizadas por la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y la Fundación Peter Häberle bajo la dirección de Francisco Balaguer Callejón (Granada, 11 y 12 de marzo de 2010).

SUMARIO

1. PRETENSIONES (LOS PRIMEROS PASOS)
 2. EL VIAJE A TRAVÉS DEL TIEMPO—*a) Antecedentes: de Niza al fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa—b) Los nuevos datos: los derechos fundamentales y el Tratado de Lisboa (el año 2007)*
 3. LA VALORACIÓN DE LOS HECHOS DESCRITOS. NUEVAS Y VIEJAS CUESTIONES A DEBATE
-

1. PRETENSIONES (LOS PRIMEROS PASOS)

Los procesos de integración política se caracterizan, entre otras cosas, porque los avances no suelen producirse rompiendo con las formas del pasado. Hoy aceptamos que la democracia no es incompatible con la monarquía como Jefatura del Estado, e incluso vivimos en un régimen constitucional en el que el Rey sigue sancionando, como en el pasado, las leyes que aprueba el legislador democrático. Sabemos, eso sí, que la previsión constitucional que regula la sanción real no atribuye al monarca una facultad, un poder, sino que se limita a establecer un acto debido.

Algo parecido ha ocurrido, en el plano de la Unión Europea, con la protección de los derechos fundamentales. Como es bien sabido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se decidió a ofrecer una protección pretoriana de los derechos fundamentales a partir de la difundida Sentencia Stauder¹. Hubo que esperar hasta el año 1992 para que una síntesis de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se incluyera en el Tratado de Maastricht. ¿Cuál era dicha doctrina? Pues, dicho de forma muy resumida, que los derechos fundamentales se recogen en los principios generales del Derecho comunitario y que su contenido tomará en consideración las tradiciones constitucionales comunes y los Tratados internacionales que hayan sido suscritos por los Estados miembros, aunque siempre deba determinarse su contenido en el peculiar marco y en la concreta estructura de la Unión Europea.

Esta norma sigue encontrándose vigente en el Tratado de Lisboa, que incorpora un art. 6.3 al Tratado de la Unión Europea (TUE) en el que se dispone que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales»². Aunque podría parecer, al leer este precepto, que nada ha cambiado en el sistema comunitario de protección de derechos fundamentales, lo cierto es que el Tratado de Lisboa incorpora otra importantísima novedad en esta materia, cuando afirma, en el art. 6.1 TUE que «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos

¹ Asunto 29/69, Sentencia de 12 de noviembre de 1969, Rec. 1969, pp. 419 ss.

² Aunque este precepto se encontraba ya en el artículo I-9.3 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TECE), se altera indebidamente el tiempo verbal del formar (se pasa de *forman* a *formarán* parte, expresión incorrecta puesto que dicha vinculación ha sido establecida, con carácter indubitado, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de la Sentencia Internationale Handersgesellschaft mbH (Rec. 1970, p. 1125).

Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

No nos detendremos ahora en la génesis, el contenido, la estructura y la eficacia de la Carta de Niza, ni tampoco en los avatares que sufrió en su nueva reformulación con vistas a su introducción en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sino que nos interesa examinar, con cierto detalle, qué ha pasado con la misma entre 2004 y 2007³, y analizar, después, las consecuencias que puedan derivarse de la entrada en vigor de la reformada Carta de Niza, realizada con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

2. EL VIAJE A TRAVÉS DEL TIEMPO

a) Antecedentes: de Niza al fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

El 7 de diciembre de 2000, los Presidentes de las principales Instituciones políticas de la Unión Europea, proclamaron, de forma solemne, la Carta de Niza⁴. En dicho documento se recogía un muy completo listado de derechos fundamentales (algunos de ellos, por cierto, extraños en el plano de la Unión Europea), que había sido redactado por un órgano *ad hoc* (autodenominado, modestamente, Convención) y que se acompañaba de unas *Explicaciones* elaboradas por el Praesidium de dicho órgano. Aunque dicho catálogo no había sido incorporado formalmente al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ha desplegado algunos efectos en la actuación de las Instituciones comunitarias.

³ Este análisis se inscribe en una línea de investigación histórica. En trabajos anteriores se ha estudiado el sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales, el origen y la eficacia de la Carta de Niza y su eventual inclusión en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa [cfr. «Los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea» (escrito con Francisco Julián FONSECA MORILLO). En AA VV: *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea* (Cuadernos de Derecho Judicial XXI, 1996). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 15-80; «Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», En VV AA: *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*. Septem. Oviedo, 2001, pp. 43-55; «La eficacia de la Carta de Niza», publicado en MATÍA PORTILLA, Francisco Javier (dir): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Civitas. Madrid, 2002, pp. 123-167 y «Los derechos fundamentales y los derechos humanos en la CIG'2004». *Teoría y Realidad Constitucional* 15 (enero-junio 2005), pp. 235-270].

⁴ La Carta fue proclamada por la Presidenta del Parlamento Europeo y los Presidentes del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea, a la vista de las iniciativas surgidas en su seno (cfr. la Recomendación del Parlamento Europeo de 14 de noviembre –Doc. C5-0325/2000, publicada en el Acta plenaria de 14 de noviembre de 2000–, la Decisión de la Comisión del 6 de diciembre y el Acuerdo adoptado en el Consejo de Asuntos Generales de 4 y 5 de diciembre de 2000). La Carta fue publicada en el *DOUE* C-346, de 18 de diciembre de 2000.

Así, por ejemplo, la Comisión aprueba una muy relevante Comunicación sobre la aplicación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁵, en la que se compromete, entre otras cosas, a asegurarse de que las nuevas iniciativas normativas son compatibles con aquella.

Más interés revela, en un estudio sobre los derechos fundamentales, examinar cuál es la actitud que ha adoptado el órgano judicial que, en su caso, debe protegerlos. Aludimos, claro está, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pues bien, desde la proclamación de la Carta por parte de las autoridades comunitarias, diversos Abogados Generales empezaron a citarla en sus conclusiones generales⁶, pero no siguió tal dirección el Tribunal hasta fechas más tardías.

Al albur de la elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el nuevo órgano creado para simplificar los Tratados (también autodenominado, modestamente, Convención), optó por incluir la Carta dentro del mismo (que pretendía establecer una Constitución para Europa), modificando algunas de sus disposiciones horizontales y añadiendo otras.

Se reformó, por ejemplo, el art. 51 de la Carta de Niza, para indicar que la misma vincula exclusivamente «dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión» (apartado 1 in fine), reiterándose más tarde que «la presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión» (apartado 2 *ab initio*).

Por otra parte, se añadieron cuatro apartados al art. 52 de la Carta, relacionados con las tradiciones constitucionales comunes, con la eficacia de los principios contenidos en la Carta, las legislaciones y prácticas nacionales y el acrecido valor de las explicaciones que acompañaban a la misma⁷.

⁵ Comunicación adoptada el 7 de marzo de 2001 [SEC(2001)380/2].

⁶ Audimos a Jean Mischo (el 20 de septiembre de 2001, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd (Marine Harvest McConnell) e Hydro Seafood GSP Ltd vs. The Scottish Ministers*, puntos 125 y ss., y el 22 de febrero de 2001, asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P, *D y Reino de Suecia contra Consejo de la Unión Europea*, punto 97), Christine Stix-Hackl (el 13 de septiembre de 2001, asunto C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL vs. État belge*, punto 64, y en la misma fecha, asunto C-60/00, *Mary Carpenter vs. Secretary of State for the Home Department*), F.G. Jacobs (el 14 de junio de 2001, asunto C-377/98, *Reino de los Países Bajos vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, puntos 197 y 210, el 22 de marzo de 2001, asunto C-270/99P, *Z vs. Parlamento Europeo*, punto 40).

⁷ El tenor literal empleado en el Tratado de 2004 es el siguiente: Art. 52:

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. 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. Solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

Especialmente relevante es la nueva disposición relativa a los principios, puesto que priva a todos los que tengan tal naturaleza del carácter de regla jurídica que es propia de los derechos subjetivos, y solamente permite, como ocurre con los principios rectores de la política social y económica recogidos en nuestra Constitución, que puedan ser judicialmente invocados «en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad» de los actos legislativos [sic] y ejecutivos de la Unión Europea (en su caso, también de los dictados por los Estados en ejecución de los anteriores). Con esta disposición se produce una seria aminoración del catálogo de derechos fundamentales recogido en Niza.

También es muy importante la nueva cláusula general (en Niza denominada horizontal) que confiere eficacia interpretativa a las explicaciones que acompañan a la Carta, que deberán ser «tenidas debidamente en cuenta» por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros. De esta forma, se supera la afirmación, contenida en la redacción original de las Explicaciones, de que «carecen de valor jurídico y tienen simplemente por objeto aclarar las disposiciones de la Carta»⁸. Es oportuno recordar que la nueva redacción de la Carta realizada al hilo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa también alcanza a las Explicaciones que han sido actualizadas en diversos apartados, rebajando el alcance y, en ocasiones, la naturaleza de algunos derechos, que ahora se presentan como principios.

Puede cuestionarse si dicha rebaja viene provocada, también en parte, por la disposición general en la que se establece que «se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta». Estamos en presencia de un mandato que es muy difícil interpretar adecuadamente, puesto que permite diversas lecturas. Una de ellas serviría para defender, por ejemplo, que las legislaciones y prácticas nacionales deben tomarse en consideración para la determinación del contenido y alcance de los distintos derechos y principios recogidos en la Carta. Otra de ellas sirve para entender que la Carta establece un sistema de geometría (doblemente) variable de derechos fundamentales⁹, dado que el alcance de determinados derechos y principios en cada uno de los Estados miembros dependerá de su legislación y de sus prácticas internas¹⁰.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

La importancia de estas novedades ha sido subrayada por el autor en el estudio de 2005 citado en la nota 3.

⁸ Según obra en el documento de la propia Convención de 11 de octubre de 2000 (CHARTE 4473/00, CONVENT49).

⁹ Hemos tomado la expresión del magnífico estudio de Vincenzo SCJARABBA *Tra fonti e Corti*. Cedam. Padova, 2008, p. 209.

¹⁰ Son aquellos en los que se alude a las legislaciones y/o prácticas nacionales (arts. 10.2, 14.3, 16, 27, 28, 30, 34 -1, 2 y 3-, 35 y 36 de la Carta).

Con independencia de que no sea tarea fácil desentrañar el sentido último de esta llamada a las legislaciones y prácticas nacionales, quedaría todavía pendiente la de encajar el mismo con la relacionada con las tradiciones constitucionales comunes. Se indica, en concreto, que aquellos derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes se interpretarán de conformidad con éstas.

Como puede observarse, a la vista del resumen realizado, la Carta contiene diversos mandatos interpretativos cuyo encaje puede ser problemático. No son los descritos hasta el momento los únicos que podían encontrarse en la regulación de los derechos fundamentales recogida en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Es obligado recordar, en efecto, que se optó por incluir la Carta en el cuerpo del citado Tratado sin eliminar ni un precepto equivalente al art. 6.1 TUE (art. I-9.3), en el que sigue realizando una visión amplia de derechos fundamentales, concebidos como principios generales del Derecho comunitario, ni otras disposiciones recogidas en Tratados anteriores que regulaban concretos derechos y principios, como son las libertades comunitarias, el principio de igualdad o los derechos relacionados con la ciudadanía europea. Se produce así el problema de las duplicaciones, es decir, de la existencia de dos preceptos del Tratado que regulan, en ocasiones no de forma idéntica, un mismo derecho o principio, lo que puede generar inseguridad jurídica.

En todo caso, es harto probable que la resolución de los problemas teóricos que se acaban de plantear choque con la realidad. Por más que digan las normas comunitarias, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el intérprete auténtico de los Tratados, y el que deberá determinar el alcance de los derechos fundamentales. Aunque podría entender que éste varía de un Estado miembro a otro, ello podría comprometer otro principio estructural básico del Derecho comunitario configurado por el propio Tribunal de Luxemburgo. Aludimos, claro está, al principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario en el territorio de la Unión Europea.

Lo cierto es que, como es bien sabido, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, no fue apoyado por las poblaciones de Francia y de los Países Bajos¹¹, lo que provocó que el Consejo Europeo optara por abandonar tal proyecto, y se elaborara un nuevo Tratado¹², más modesto.

¹¹ El rechazo alcanzó un 54,87% en Francia, en el referéndum celebrado el 29 de mayo de 2005 y un 61,6% en los Países Bajos, tres días después.

¹² La Presidencia alemana del Consejo de la Unión Europea presentó un primer borrador el 19 de mayo de 2007, procediendo la siguiente Presidencia, correspondiente a Portugal, a convocar una Conferencia Intergubernamental que se celebró el 23 y 24 de julio, siendo presentado el Tratado en la cumbre de 18 de octubre y firmándose, finalmente, el siguiente 13 de diciembre. Aunque el texto fue rechazado en el referéndum irlandés celebrado el 12 de junio de 2008 (con una tasa de rechazo del 53,4% de los votos), se logró una amplia mayoría en el segundo referéndum (67,1% de tasa de apoyo) celebrado el 2 de octubre de 2009, debido, quizás, al aumento de participación en cinco puntos (58% en el segundo referéndum) y a las concesiones relacionadas con la neutrali-

Estamos hablando del Tratado de Lisboa. No nos interesa ocuparnos ahora de la génesis, contenido y expectativas generadas por este Tratado¹³, sino limitarnos a examinar qué novedades ha incorporado en materia de derechos fundamentales¹⁴. A esta cuestión dedicaremos, precisamente, las siguientes líneas del presente estudio.

b) Los nuevos datos: los derechos fundamentales y el Tratado de Lisboa (el año 2007)

La primera decisión que debemos reseñar en este punto es la que se deriva del mandato de la Conferencia Intergubernamental¹⁵, que acuerda que «no se incluirá en los Tratados el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales». Se opta por incluir una referencia cruzada a dicho texto en el art. 6 TUE que servirá para dotar a la versión fijada en la anterior CIG de 2004 de carácter jurídico vinculante y determinar su ámbito de aplicación.

En el mandato no se deja abierta ninguna cuestión relacionada con los derechos fundamentales, como podría ser la de concretar cuál es ese valor jurídico que se conferirá a la Carta, sino que, más adelante, se incluyen una serie de normas concretas que deberán ser incorporadas al Tratado de Lisboa.

Se aporta, en primer lugar, la redacción que el art. 6 TUE debería tener en el nuevo Tratado. Ofrecemos, por cuestiones de pura eficiencia, la versión

dad de la isla, su ventajoso régimen fiscal, la prohibición del aborto y la protección de los derechos laborales, expresadas a través de la *Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros de la Unión Europea reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa* (anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 18 y 19 de junio de 2009, que puede consultarse en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/108642.pdf). Dicha Decisión surte efectos desde el mismo momento de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

¹³ Sobre el Tratado de Lisboa pueden consultarse MATÍA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER (dir.): *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Comares. Granada, 2009 y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R. (coord.): *El tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*. Dykinson. Madrid, 2008.

¹⁴ La alusión a los derechos fundamentales excluye del presente análisis toda consideración relacionada con la eventual adhesión por parte de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos por considerar que esta cuestión guarda relación, realmente, con la protección de los derechos humanos. Es oportuno añadir, sin embargo, que esta materia no ha variado significativamente en el Tratado de Lisboa (art. 6.2 TUE y Protocolo sobre el apartado 2 del art. 6 TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) en relación con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, por lo que podemos remitirnos a las consideraciones realizadas en «Los derechos fundamentales y los derechos humanos en la CIG'2004», *cit.*

¹⁵ Documento que puede ser consultado en el anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 21 y 22 de junio de 2007 (11177/1/07 REV 1, p. 17), disponible en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/94934.pdf.

del Tratado de Lisboa¹⁶, en la que ya no existen referencias sin determinar. Según ésta,

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

En segundo lugar, se prevé la incorporación de una Declaración de la CIG en el futuro Tratado que rece lo siguiente:

1. La Carta de los Derechos Fundamentales, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

2. La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni establece ninguna nueva competencia o misión de la Unión, ni modifica las competencias y funciones definidas por los Tratados.

En tercer lugar, el mandato establece la inclusión de una segunda Declaración unilateral por parte de Polonia, a la que luego haremos referencia más detallada.

Finalmente, se prevé la inclusión en el futuro Tratado de un Protocolo con el que se pretende «precisar la aplicación de la Carta en relación con la legislación y la acción administrativa del Reino Unido y de su defensa en justicia en el Reino Unido» (aunque ya se indica que dos Delegaciones más

¹⁶ *DOUE* C 306, de 17 de diciembre de 2007, p. 14. Compárese con 11177/1/07 REV 1, pp. 25-26.

se reservan el derecho de adherirse al mismo). Este es el origen del Protocolo finalmente recogido en el Tratado de Lisboa sobre la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido¹⁷, que es también aplicable a la República Checa¹⁸. Dejando de lado los considerandos previos (algunos de ellos muy interesantes¹⁹ y con leves variaciones y correcciones²⁰ sobre el original), se incluyen dos artículos en el Protocolo.

Artículo 1.

1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.

Artículo 2. Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales²¹, solo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido.

Los Presidentes de las principales Instituciones de la Unión Europea²² proclamaron la Carta revisada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, que

¹⁷ *DOUE* C 306, de 17 de diciembre de 2007, pp. 156 y 157. Compárese con 11177/1/07 REV 1, pp. 25-26.

¹⁸ En virtud de la decisión adoptada en el Consejo Europeo celebrado el 29 y 30 de octubre de 2009, y que se concreta en su anexo I. Las Conclusiones pueden ser consultadas en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/110907.pdf, pp. 2 y 14 ss.

¹⁹ Como es el considerando en el que se afirma que «la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios», al que aludiremos más tarde, o la reafirmación de que «el presente Protocolo no afecta a la aplicación de la Carta en los demás Estados miembros».

²⁰ Se consigue una mejora técnica al modificar el término *funcionamiento* por *aplicación*, reafirmandose en el Protocolo finalmente vigente que las referencias que en el mismo «se hacen a la aplicación de disposiciones específicas de la Carta se entienden estrictamente sin perjuicio de la aplicación de las demás disposiciones de la Carta». Por otra parte, se determinan las referencias normativas contenidas en el mandato.

²¹ *Cfr.* nota 10, *supra*.

²² Los entonces Presidentes del Parlamento Europeo, Hans-Gert Poettering, de la Comisión Europea, José Manuel Barroso y del Consejo de la Unión Europea, José Sócrates, Primer Ministro portugués.

fue publicada, dos días después en el *Diario Oficial de la Unión Europea*²³, junto a las *explicaciones*²⁴.

El Tratado de Lisboa incorpora otra importantísima disposición en materia de derechos fundamentales, que cuenta con un importante precedente en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa²⁵. Aludimos al vigente 263 TFU, en el que se legitima a toda persona física o jurídica para interponer un recurso directo contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución²⁶. Resulta evidente que esta disposición, aunque presenta algunos problemas interpretativos²⁷, habilita una vía general (aunque no exclusiva) para la defensa de los derechos fundamentales y constituye un instrumento privilegiado que desarrolla, más en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva.

La publicación del Tratado de Lisboa se acompaña de algunas Declaraciones novedosas que también debemos reflejar en este trabajo. Son las realizadas por la República Checa y por Polonia. La primera²⁸ es la más extensa de las tres y reitera previsiones que ya están recogidas en disposiciones del Tratado y de la propia Carta²⁹. «La República Checa subraya además que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

Polonia realiza sendas Declaraciones relacionadas con la Carta y con el Pro-

²³ *DOUE* C 303, de 14 de diciembre de 2007, pp. 1-16.

²⁴ *DOUE* C 303, de 14 de diciembre de 2007, pp. 17-35.

²⁵ Art. III-365.4 *TECE*, en la versión incluida en el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

²⁶ También resulta de interés el párrafo siguiente del vigente precepto, en el que se afirma que «los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos».

²⁷ Como es determinar el alcance de la noción de «actos reglamentarios». Manuel LÓPEZ ESCUDERO entiende que posiblemente haga también referencia a actos de naturaleza no legislativa (en «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial». En MANGAS MARTÍNEZ, Araceli (Dira.) y GOZÁLEZ ALONSO, Luis N. (coord.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA. Bilbao, 2008, p. 749).

²⁸ Declaración 53, publicada en el *DOUE* C 306, de 17 de diciembre de 2007, pp. 267 y 268.

²⁹ Como son entender que la Carta no crea competencias nuevas a favor de la Unión, que solamente vincula a sus Instituciones comunitarias en el marco de sus competencias y a las autoridades nacionales cuando apliquen aquéllas o que los derechos contenidos en la Carta vinculados a las tradiciones constitucionales comunes se interpreten en armonía con éstas.

toloco al que hemos aludido en líneas anteriores³⁰. En la primera se afirma que la «Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral». En la segunda, de signo muy distinto, se indica que «Polonia, teniendo presente la tradición del movimiento social “Solidaridad” y su notable contribución a la lucha por los derechos sociales y del trabajo, declara que respeta plenamente esos derechos, según se establecen en el Derecho de la Unión, y en particular los que se reafirman en el título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

Aunque no se encuentre ubicada dentro del Tratado de Lisboa, es evidente que debemos centrar nuestra mirada, también, en la *Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa*, dado que en ella se alude a la Carta (revisada de Niza). En dicho documento³¹ se incluye, en efecto, una importante declaración en relación con el derecho a la vida, la familia y la educación, en la que puede leerse que «Ninguna disposición del Tratado de Lisboa que atribuya estatuto jurídico a la Carta de los Derechos Fundamentales, ni las disposiciones de dicho Tratado en el ámbito de la libertad, seguridad y justicia afecta en modo alguno al alcance y a la aplicabilidad de la protección del derecho a la vida, contemplada en los artículos 40.3.1, 40.3.2 y 40.3.3 de la Constitución de Irlanda, a la protección de la familia, contemplada en el artículo 41, o a la protección de los derechos en materia de educación, contemplada en los artículos 42, 44.2.4 y 44.2.5 de dicha Constitución». Esta previsión «surtilá efecto el mismo día que el Tratado de Lisboa».

Aunque el Estado español no realizó ninguna Declaración en materia de derechos fundamentales, ha conferido un especial realce a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en la Ley Orgánica 1/2008³², en cuyo artículo 2 se dispone que, «a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales...».

³⁰ Son las Declaraciones 61 y 62, publicadas en el *DOUE C* 306, de 17 de diciembre de 2007, p. 270.

³¹ Decisión publicada, como ya se ha indicado, en el Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 18 y 19 de junio de 2009 (*cf.* nota 12).

³² LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (*BOE* 184, de 31 de julio, pp. 32919 ss.). En relación con la Carta se afirma, en la Exposición de Motivos que «se trata de un avance de considerable valor político, además de jurídico, en el proceso de construcción de la Unión y de la ciudadanía europea».

3. LA VALORACIÓN DE LOS HECHOS DESCRITOS. NUEVAS Y VIEJAS CUESTIONES A DEBATE

Una vez establecidos los principales hechos recientes relacionados con la carta de los derechos fundamentales, estamos en condiciones de realizar algunas valoraciones sobre los distintos aspectos (novedosos, en ocasiones) de la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

a) La nueva proclamación de la Carta. En líneas anteriores hemos visto que se han producido dos versiones de la Carta (una, la original de Niza, que fue proclamada el 7 de diciembre de 2000; otra, la revisada con ocasión de la elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, proclamada el 12 de diciembre de 2007).

¿Por qué esta nueva proclamación? Diversas razones justifican esta decisión. La primera de ellas, y más evidente, es que las modificaciones realizadas debían ser asumidas formalmente por las mismas Instituciones que habían acogido la primera versión de la Carta.

Es oportuno recordar, además, que entre 2000 y 2007 se había producido una significativa ampliación en la Unión Europea, incorporando a doce nuevos Estados³³, por lo que resultaba imprescindible que los nuevos Estados expresaran su acuerdo con la aprobación de la Carta.

Aunque estos datos explican, de por sí, la necesidad de realizar una nueva proclamación de la Carta, es fundamental tomar en consideración el dato de que esta vez se había decidido dar carácter jurídico a la Carta, estableciendo derechos fundamentales que pueden ser invocados por los justiciables y principios rectores que imponen límites jurídicos a la actuación de las Instituciones comunitarias y de las autoridades nacionales cuando aplican Derecho de la Unión Europea³⁴. No es de extrañar, entonces, que tenga que mostrarse la adhesión de los Estados miembros a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. También por esta razón se explica que algunos Estados miembros hayan realizado Declaraciones o impulsado la elaboración de Protocolos sobre esta materia, que deberemos valorar más adelante.

b) La forma de incorporación de la Carta al Tratado de la UE. Cuando se estaba elaborando el Tratado constitucional (sic³⁵) se debatió profusamente

³³ En 2004 se adhirieron la República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia. Tres años más tarde hicieron lo propio Rumanía y Bulgaria.

³⁴ Paloma BIGLINO CAMPOS explica, con argumentos convincentes, que los Estados también están vinculados por la Carta cuando exceptúan o derogan una norma comunitaria, en «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton» (en *Revista Española de Derecho Constitucional* 14, 2003, pp. 55 ss.).

³⁵ *Cfr.*, del mismo autor de estas líneas, «¿Hay una Constitución europea?». En VV AA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. Vol. II, pp. 1361 ss.

cuál era la mejor manera de incorporar la Carta de Niza en los Tratados de la UE. Hasta seis posibilidades se manejaron en el Grupo de Trabajo de los derechos fundamentales creado en el marco de la Convención³⁶, optando finalmente, como es bien sabido, por la incorporación de la Carta en el propio articulado del Tratado³⁷.

No ha sido este criterio el seguido en relación con el Tratado de Lisboa. Se ha optado, como ya hemos visto, por publicar primero la Carta (en el *DOUE* C 303, de 14 de diciembre de 2007) y luego el Tratado de Lisboa (en el *DOUE* C 306, de 17 de diciembre de 2007), en el que se incluye una previsión en la que se afirma que aquélla «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1 TUE).

Aunque se trata de dos textos publicados en fechas distintas, y que se refieren, en ocasiones a los mismos derechos, que siguen estando duplicados en la Carta y en los Tratados³⁸, su entrada en vigor es la misma. En efecto, la Carta revisada y publicada en el año 2007 sustituirá a la original «a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», tal y como se indica en el propio Diario en el que se publica.

Tarea distinta consiste en determinar cuál es la relación existente entre las disposiciones, de la Carta y de los Tratados, que regulan un mismo derecho o principio. Pues bien, aunque tal decisión pueda ser censurada desde la perspectiva de la correcta técnica jurídica, no plantea excesivos problemas, dado que el propio art. 52.2 de la Carta establece que «los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos».

La interpretación de esta disposición exige reconsiderar la relación existente entre las normas contenidas en la Carta y en los Tratados. Entre ambas normas opera el criterio de especialidad. Mientras que el primero realiza declaraciones genéricas, el segundo establece las concretas directrices de aplicación. Dicho con otras palabras, la disposición del Tratado sobre un

³⁶ En la nota de reflexión impulsada por la Secretaria de la Convención Europea sobre *Fórmulas y consecuencias de la integración de la Carta de los derechos fundamentales en los Tratados y de la adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH)* (CONV 116/02; WG II 1; de 18/06/2002, pp. 7-8) se apuntaba a la posibilidad de adjuntar la Carta a los Tratados (como Declaración Solemne o Protocolo), realizar una simple referencia cruzada normativa a la Carta (general o como mera norma de inspiración para determinar el contenido de los derechos fundamentales de la Unión Europea, ya fuera en el preámbulo o en el articulado) o a incorporar el texto de la misma en un Título o Capítulo de los Tratados.

³⁷ Como segunda parte del Tratado.

³⁸ En la citada nota de reflexión elaborada por la Secretaria se identifican, como preceptos duplicados, los referidos a la libre circulación, casi todos los derechos del capítulo de ciudadanía y las cláusulas de no discriminación por razón de nacionalidad y de igualdad entre los sexos (CONV 116/02; WG II 1; de 18/06/2002, pp. 11-12).

determinado derecho encauza la interpretación y el alcance que deba darse al precepto recogido en la Carta.

Podría pensarse que estamos en una relación parecida a la que opera, en los ordenamientos estatales, entre las declaraciones constitucionales de derechos y las normas legales que los desarrollan. Mientras que aquéllas establecen los derechos, éstas los definen y desarrollan con precisión, lo que ha permitido afirmar que los derechos fundamentales son también los que las leyes dicen que son³⁹.

Sin embargo, hay un matiz en el caso que nos ocupa que nos aleja de esa equiparación. Nos encontramos ante dos disposiciones, la de la Carta y la del Tratado, de idéntica naturaleza normativa y que presentan un similar grado de generalidad y abstracción, por lo que resulta inconveniente la superposición de dos normas generales y abstractas sobre una misma materia, con independencia de que, como ocurre aquí, se confiera carácter especial a una de ellas.

Por otra parte, podría cuestionarse cuál sería el efecto jurídico que tendría una eventual modificación de una disposición de la Carta que se refiera a un derecho recogido también en los Tratados. ¿Debería entenderse que el nuevo contenido de ese derecho desplaza al contenido en los Tratados? La respuesta, a nuestro entender, debería seguir siendo negativa, dado que el art. 52.2 de la propia Carta seguiría surtiendo efectos jurídicos y confiriendo un reenvío material a las normas contenidas en los Tratados. En todo caso, de producirse una variación en la definición esencial de un derecho fundamental contenido en ambos documentos, lo previsible, por esta razón, es que la misma se realice, preferentemente, en el Tratado.

c) La eficacia jurídica de la nueva Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: los efectos *ad intra*. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha consagrado el carácter normativo de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, a la que se le asigna, como ya hemos indicado, el mismo valor jurídico que a los Tratados (art. 6.1 TUE).

Sería precipitado considerar que esta decisión ha transformado profundamente la realidad. En líneas anteriores⁴⁰ ya hemos recordado como la aprobación de la Carta de Niza influyó en el comportamiento de algunas Instituciones comunitarias (especialmente en la Comisión) y, lo que es más relevante cuando de derechos fundamentales se trata, que empezaba a ser invocada en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de los Abogados Generales.

³⁹ Según la difundida expresión de Javier JIMÉNEZ CAMPO, vertida en *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Trotta. Madrid, 1999).

⁴⁰ *Cfr. supra*, apartado 2.a) del presente estudio. Pueden recordarse también las referencias contenidas en la nota 19 del estudio de Ana MANERO SALVADOR sobre «El valor jurídico de la carta de derechos fundamentales: De Niza a Lisboa». En DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos: *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*. Dykinson. Madrid, 2008, pp. 112 ss.

Lo cierto es que, con independencia de las decisiones adoptadas con ocasión del Tratado de Lisboa, la influencia de la Carta no ha hecho sino acrecentarse en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Un paso de muy especial trascendencia se produjo con la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 27 de junio de 2006⁴¹, en la que la Gran Sala da el paso esperado por muchos de tomar en consideración directamente la Carta. Tal invocación se hace, es bueno hacerlo notar, ignorando el alegato realizado por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, en el que hacía ver que «no procede examinar el recurso [del Parlamento Europeo] desde el punto de vista de la Carta, puesto que ésta no es fuente del Derecho comunitario»⁴².

Pues bien, respecto de la Carta, el Tribunal señala que «fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000. Aunque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no solo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar «los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»⁴³. No es de sorprender que, tras ese alegato, el Tribunal señale que «la Carta, en su artículo 7, reconoce el mismo derecho al respeto de la vida privada o familiar»⁴⁴, optando por un término contundente, frente a otras redacciones jurídicamente más neutras (como sería entender, por ejemplo, que el art. 7 subraya la existencia de un derecho fundamental en la órbita de la UE).

La invocación de la Carta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea era algo que cabía esperar desde hacía ya mucho tiempo, dado que éste goza de un envidiable margen de actuación en la interpretación de los derechos fundamentales de la Unión Europea y que siempre puede entender que la Carta hace visibles unos derechos fundamentales preexistentes y recogidos, por el momento, en principios generales del Derecho comunitario⁴⁵.

⁴¹ Sentencia recaída en el asunto C-540/03, por el que se ventila el recurso de anulación promovido por el Parlamento Europeo contra el art. 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y el art. 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE L 251*, p. 12), siendo parte demandada el Consejo de la Unión Europea.

⁴² *Ibidem*, párrafo 34.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 38.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 58.

⁴⁵ Sobre estas cuestiones, MATÍA PORTILLA, Francisco Javier: «La eficacia de la Carta de Niza», *cit.*, epígrafe 2 *in fine*.

Si el Tribunal de Justicia decidió, conscientemente, y en un momento de cierta incertidumbre constitucional europea, apostar por la vigencia de la Carta de Niza, cuando esta carecía de realce normativo, es evidente que lo hará con mucha mayor convicción a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, puesto que ahora resulta indubitada la plena vigencia de la Carta.

Es conveniente recordar, desde esta perspectiva, que la vigencia de los derechos fundamentales no se limita a que los justiciables puedan invocar éstos frente a los actos (normativos o administrativos) que les afecten. Implica también, como acredita la Sentencia que acabamos de resumir, que los derechos fundamentales, como normas integradas en el Derecho comunitario originario, pueden servir como normas parámetro para examinar la regularidad de las normas y actos impulsados por las Instituciones comunitarias y por los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión.

Y esta característica es también predicable de las normas de la Carta que recogen principios y no derechos, puesto que imponen unos objetivos que no pueden ser ignorados en el Derecho comunitario derivado (en sentido lato).

d) La eficacia jurídica de la nueva Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: los efectos en España. Alguna consideración merece también la referencia incluida en el art. 2 LO, por la que se vincula el mandato constitucional recogido en el art. 10.2 CE con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁴⁶.

Dicha previsión plantea diversas cuestiones de desigual interés y calado.

Así, por ejemplo, se puede cuestionar si es razonable que una Ley que autoriza la ratificación de un Tratado internacional contenga contenidos añadidos. Para responder correctamente a esta cuestión sería preciso establecer, previamente, la naturaleza jurídica de tal tipo de disposiciones que, por lo general, expresan un acto político, cual es la decisión del Parlamento de autorizar dicha ratificación. Como dicho objeto desborda, manifiestamente, las modestas pretensiones perseguidas con el presente estudio, resulta más prudente renunciar a dar solución al interrogante planteado en líneas anteriores.

Por otra parte, puede resultar también discutible, en el plano jurídico, que el legislador orgánico pueda condicionar el mandato interpretativo conte-

⁴⁶ De este precepto también se han ocupado LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER [en «La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el “Boletín Oficial del Estado)”». En *Revista Española de Derecho Europeo* 30 (2009), pp. 135 ss.] y SANTIAGO RIPOL CARULLA [en «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)». En *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 37 (2010), pp. 845 ss.].

nido en el art. 10.2 CE⁴⁷. Es evidente que no podría imponer, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional español diera mayor importancia a la Carta que a otros textos internacionales citados en la norma constitucional, dado que ésta cuenta con una especial rigidez⁴⁸. Cuestión distinta es que, como es aquí el caso, el legislador orgánico pretenda desarrollar lo dispuesto en el art. 10.2 CE. Podría entenderse, entonces, que el legislador está llamado a complementar el mentado precepto constitucional, como hace con los restantes preceptos de la Constitución.

En todo caso, resulta llamativo que el legislador orgánico haya alentado al Tribunal Constitucional a tomar en consideración la Carta de derechos fundamentales en la Unión Europea cuando la primera referencia explícita a la Carta de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional es previa, incluso, a la proclamación formal de la Carta de Niza en su versión original y se han producido diversas llamadas a dicho catálogo de derechos aun cuando el Tribunal era consciente de que carecía de valor jurídico⁴⁹ en el ordenamiento interno⁵⁰.

Este dato acredita que la intención del legislador de incentivar al Tribunal Constitucional para interpretar los derechos constitucionales al amparo de lo previsto en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 10.2 CE) puede estar cargada de buenas intenciones, pero no era precisa, puesto que ésta ya ha calado en la jurisprudencia constitucional.

La influencia de la Carta se ha dejado sentir, también, en algunas resoluciones dictadas por la jurisdicción ordinaria⁵¹, y resulta lógico pensar que dicha influencia se acrecentará a raíz de la aprobación del Tratado de Lisboa.

No debe confundirse, en todo caso, el papel del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción ordinaria en relación con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. El intérprete auténtico de la Constitución está llamado a interpretar los derechos constitucionales (no otros) a la luz

⁴⁷ De esta materia se ha ocupado brillantemente Alejandro SAIZ ARNAIZ en *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española* (Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999).

⁴⁸ *Cfr.* arts. 161 y 168 CE.

⁴⁹ Sentencia 292/2000/8, de 30 de noviembre (*BOE* 4, de 4 de enero de 2001), en la que se enjuicia el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Pueden consultarse las SSTC 290/2000/3, de la misma fecha, 53/2002/3.b, de 27 de febrero; 138/2005/4, de 26 de mayo y 17/2006/5, de 30 de enero. Este listado podría completarse con la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, en relación con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

⁵⁰ *Cfr.* art. 10.2 CE.

⁵¹ *Cfr.* CARMONA RUANO, Miguel: «Aplicación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea por la jurisprudencia española», texto disponible en <http://www.europeanrights.eu> y RODRÍGUEZ GARCÍA, Luis F: «La recepción de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en la legislación y la jurisprudencia españolas antes de su vigencia». En GARCÍA ROCA, Javier y ALBERTI, Enoch (dirs.): *Treinta años de Constitución*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 579 ss.

de las Convenciones Internacionales dictadas en materia de derechos humanos (entre las que se cuenta la de la Unión Europea). La Carta posee, en dicho campo, una eficacia puramente interpretativa al servicio de los derechos constitucionales, que es la marcada por el art. 10.2 CE.

Sin embargo, los derechos fundamentales de la Unión Europea operan para la jurisdicción ordinaria, como jurisdicción comunitaria que es⁵², como reglas jurídicas que deben ser respetadas por las autoridades nacionales cuando aplican Derecho comunitario. Desde esta perspectiva constituyen fuentes del Derecho en sentido estricto⁵³.

e) ¿La Carta de Niza resume los derechos de la Unión o establece nuevos derechos? Esta no es una pregunta novedosa. Dicha cuestión ya fue extensamente planteada por la doctrina al hilo de la elaboración de la Carta de Niza. Aunque la revisión de la Carta ha aminorado algunos derechos, convirtiéndolos en principios, puede seguirse defendiendo que el catálogo de derechos proclamado en el año 2007 supera con creces el listado de derechos que podía deducirse de la jurisprudencia comunitaria⁵⁴.

Es oportuno recordar, además, que dicho catálogo no es exhaustivo puesto que, como ya indicamos en su momento, permanecen en los Tratados las disposiciones que establecen que los derechos fundamentales de la Unión están también recogidos en los principios generales del Derecho comunitario, por lo que es posible que el Tribunal de Justicia aluda a derechos distintos a los expresamente contemplados en la Carta.

f) La vigencia de la Carta y las competencias de la Unión. Si un lector ajeno al Derecho leyera atentamente las normas de los Tratados relacionadas con los derechos fundamentales y las disposiciones contenidas en la Carta⁵⁵ quedaría sorprendido por la insistencia con la que se indica, en diversos lugares, que la Carta vincula exclusivamente «dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión» (art. 52.1 CDFUE), sin ampliar «el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión» (art. 52.2 CDFUE). Polonia va más lejos, en esta dirección, reservándose a los Estados la competencia para «legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como

⁵² Cfr. RUIZ-JARABO y COLOMER, Dámaso: *El juez nacional como juez comunitario*. Civitas. Madrid, 1994, ALONSO GARCÍA, Ricardo: *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003 y PESCATORE, Pierre: «La interpretación del Derecho comunitario por el Juez nacional». *Revista de Instituciones Europeas* 1 (1996), pp. 7-32.

⁵³ Cfr. BIGLINO CAMPOS, Paloma: «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *cit.*, p. 59.

⁵⁴ Esta cuestión ha sido argumentada en el epígrafe IV.1 del estudio del autor de estas líneas sobre «La eficacia de la Carta de Niza», *cit.*

⁵⁵ Cfr. art. 6.1 TUE, Declaración de la CIG sobre la Carta, Preámbulo y arts. 51.1, 51.2 y 52.5 de la Carta y art. 1 del Protocolo sobre la aplicación de la Carta en el Reino Unido y Polonia (en relación con los órganos judiciales comunitarios), igualmente aplicable a la República Checa.

de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral».

¿Afecta la Carta al reparto competencial existente entre la Unión y los Estados miembros? Es evidente que la voluntad de los Estados miembros, señores de los Tratados y de la Carta, es contundente negando tal posibilidad.

Pero, como ha explicado Paloma BIGLINO CAMPOS⁵⁶, una cosa es que la Carta no aporte nuevas competencias a la Unión Europea en materia de derechos fundamentales y otra, bien distinta, es que ésta no cuente en el momento actual con amplios poderes en estas materias. Estos derivan, en primer lugar, de los preceptos recogidos en los Tratados comunitarios que se refieren a los derechos fundamentales (como son las libertades comunitarias o el principio de igualdad), pero también de su obligación de respetar los derechos fundamentales proclamados en el Derecho europeo, obligación que debe respetar dentro de las competencias (compartidas en casi todos los casos con los Estados miembros) que están en manos de la Unión Europea.

Dicho en palabras de la misma autora, «lo que la Carta excluye es que los derechos fundamentales sean un título competencial autónomo, que habilite a la Unión a dictar normas destinadas exclusivamente a garantizar su protección»⁵⁷, pero no que, en el ámbito de sus competencias, deba respetar los derechos fundamentales. Y tal respeto supone, a nuestro entender, que debe (a) tutelar los derechos fundamentales de los afectados en el marco del Derecho de la Unión Europea (dimensión subjetiva) y (b) censurar aquellas disposiciones o actos comunitarios que vulneren dichos derechos fundamentales, dado que estamos ante normas recogidas en el Derecho comunitario originario (dimensión normativa).

g) La distinta aplicación de la Carta en determinados Estados: las reservas expuestas en el Protocolo y en las Declaraciones examinadas en líneas anteriores. Como se ha recordado en líneas anteriores, algunos Estados han demostrado una especial preocupación por la entrada en vigor de la Carta y su eventual incidencia en distintas normas constitucionales o internacionales.

Así, por ejemplo, la República Checa defiende que ninguna disposición contenida en la Carta puede limitar ningún derecho recogido ni en el propio Derecho comunitario, ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y demás Tratados Internacionales en la materia suscritos por la Unión o los Estados miembros, ni en las Constituciones de los Estados miembros. Devuelve al debate, acaso sin saberlo, una vieja cuestión que ya fue afrontada

⁵⁶ Las siguientes reflexiones recogen algunas de las expuestas por la autora en «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *cit.*, pp. 60 ss.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 66.

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia Nold⁵⁸, en relación con el estándar máximo en la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, y de la que no nos ocuparemos en este momento.

Presenta mayor interés, sin duda alguna, las reservas expresadas por algunos Estados, que quieren dejar claro que la Carta no puede justificar el control sobre sus disposiciones, legales o reglamentarias, o los actos administrativos adoptados en sus países⁵⁹. Las reservas llegan más lejos, afirmando, «a fin de no dejar dudas», que los derechos fundamentales recogidos en el Título referido a los derechos sociales (bajo el epígrafe de la solidaridad) no podrán ser alegados ante los órganos judiciales de sus Estados miembros, salvo que se hayan previsto previamente en su legislación nacional⁶⁰. Finalmente, se indica que cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, solamente se aplicará en el Reino Unido y en Polonia (también en la República Checa) si tales derechos están previstos en su legislación nacional.

También debemos recordar, una vez más y en esta misma dirección⁶¹, la *Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa* en la que se indicaba que ni el Tratado ni la Carta incide ni en el alcance ni en la aplicabilidad de determinados derechos constitucionales (vida, protección de la familia y educación).

Hay autores que han hecho ver que estos regímenes especiales en materia de derechos fundamentales consagran una suerte de geometría variable en este campo, en el que la existencia o el alcance de un concreto derecho podrán variar de un Estado a otro⁶². Se trataría, en buena medida, de una geometría variable que traería causa de las reservas estatales realizadas a la Carta.

Esta conclusión no puede ser asumida de forma acrítica, por diversas razones. En primer lugar, porque resulta evidente que solamente un Protocolo anejo a un Tratado internacional presenta indudable valor normativo⁶³. En

⁵⁸ Sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, Rec. 1974, p. 491 y ss. *Vid.*, en el plano doctrinal, PESCATORE, Pierre: «The protection of human rights in the European Communities». *Common Market Law Review* 1972, p. 73.

⁵⁹ *Cfr.* art. 1.1 del Protocolo citado en páginas anteriores, en relación con el Reino Unido, Polonia y la República Checa.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 1.2.

⁶¹ *Cfr.* nota 12.

⁶² María Lidia SUÁREZ ESPINO denuncia este riesgo en «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Su plasmación en el Tratado de Lisboa». En GARCÍA ROCA, Javier y ALBERTÍ, Enoch (coords.): *Treinta años...*, cit., p. 494.

⁶³ Mientras que éstos presentan la misma fuerza normativa que los propios Tratados, resulta incuestionable que el papel de las Declaraciones realizadas de forma unilateral por uno o varios Estados no pueden aspirar a tanto. Especialmente cuando, como aquí es el caso, no expresa un acuerdo suscrito por todos los Estados que firman el Tratado, sino la preocupación de uno de ellos con respecto de alguno de sus contenidos. Sobre

segundo lugar, porque no resulta pacífica la aceptación acrítica de las reservas unilaterales en Tratados que recogen derechos humanos⁶⁴. Puede también confrontarse la asunción de tales reservas, en tercer lugar, desde una perspectiva dogmática, porque pone en cuestión el principio de primacía del Derecho comunitario y, a través suyo, la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión en todo su territorio.

Resulta además absurdo vincular la existencia o el alcance de un derecho fundamental en la Unión Europea a cada una de las concretas prácticas nacionales. Como es sabido, el derecho fundamental reconocido en el plano europeo precisa de una autonomía conceptual propia, puesto que está llamado a integrarse en una realidad distinta a la estatal. Lo que quiere expresarse, dicho en palabras del propio Tribunal de Justicia, es que los derechos fundamentales de la Unión Europea solamente pueden ser reconocidos «en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad»⁶⁵. En tales derechos se expresa, como en el resto de su ordenamiento, el principio de autonomía del Derecho comunitario.

De ahí que el empeño de Polonia, del Reino Unido y de la República Checa está condenado al fracaso. No porque lo que dice el Protocolo pueda ser negado, pero sí aclarado. Las Leyes, los reglamentos y los actos administrativos dictados por las autoridades nacionales serán incontrolables por el Tribunal de Justicia cuando se estén ejerciendo competencias propias. Sin embargo, cuando las autoridades estatales británicas y polacas estén desarrollando o aplicando Derecho de la Unión se encontrarán vinculados, en su actuación, al respeto de los derechos fundamentales de la Unión.

¿Es previsible que el Tribunal de Luxemburgo utilice estos mismos argumentos? Aunque pronunciarse en este punto es juzgar lo imprevisible, me parece plausible que opte por valerse de una estrategia interpretativa similar a la empleada en la Sentencia sobre la Directiva de reagrupación familiar. El Tribunal podría recordar, en primer lugar, que el Preámbulo del Protocolo

esta figura normativa, vid. MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen: *Las declaraciones en el Derecho comunitario*. Tecnos. Madrid, 2005, esp. pp. 139 ss. y 281 ss.

⁶⁴ Pueden consultarse, con carácter general, DÍAZ BARRADO CÁSTOR, M: *Reservas a la convención sobre tratados entre Estados: declaraciones, reservas y objeciones a las reservas, formuladas a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969*. Tecnos. Madrid, 1991; BONET-PÉREZ, J: *Las reservas a los tratados internacionales*. Bosch. Barcelona, 1996; RIQUELME CORTADO, R: *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*. Universidad de Murcia. Murcia, 2004 y, ya en relación con tratados en materia de derechos humanos, SALADO OSUNA, Ana: *Las reservas a los tratados de derechos humanos*. Laborum. Murcia, 2003; RIQUELME CORTADO, Rosa M^a: «¿Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados?: Reservas a tratados de derechos humanos». *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* 5 (2004), pp. 261 ss. y SOLARI YRIGOYEN, Hipolito: «Las reservas a los Tratados internacionales de Derechos Humanos». *Agenda Internacional* 8 (2006), pp. 72 ss.—que recuerda la muy interesante Observación general 24 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y las críticas que ha generado, pp. 77 ss. y 81 ss., respectivamente—.

⁶⁵ Sentencia Internationale Handersgesellschaft mbH, recaída en el asunto 11/70 (*Rec.* 1970, pp. 1125 ss.).

recuerda «las obligaciones de Polonia y del Reino Unido [así como de la República Checa] en virtud del Tratado de la Unión Europea, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y del Derecho de la Unión en general». Podría señalar, después, que el art. 6 TUE señala que los derechos fundamentales están recogidos en los principios generales del Derecho comunitario y que la Carta no hace más que hacer visibles derechos que ya lo eran antes de verse plasmados en tal documento. De esta forma, llegado el caso, estará el Tribunal de Luxemburgo en condiciones de *desactivar* el mentado Protocolo.

Es oportuno hacer ver, antes de dar por ultimado el presente estudio, que tal control no solamente será desempeñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También los tribunales ordinarios están llamados a asegurar el respeto de los derechos fundamentales en lo que atañe al desarrollo y ejecución del Derecho de la Unión Europea por parte de las autoridades nacionales.

Aunque la pretensión de los Estados ha sido la de establecer, al modo nacional, un catálogo escrito de derechos fundamentales, el desarrollo de los mismos vendrá de la mano de los Tribunales. Podría pensarse que estamos en presencia de una paradoja pero, si se piensa bien, se podrá constatar que no lo es. Cualquier sistema de protección de los derechos fundamentales tiene su última palabra en el intérprete auténtico que los define, los delimita y los ampara.