

¿PARA QUÉ SIRVE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA?

NOTAS PRELIMINARES *

ALESSANDRO PACE

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad «La Sapienza» de Roma

SUMARIO

1. Irrelevancia de la Carta en el Derecho Interno residual
2. La Carta: ¿un texto único «compilatorio» o «innovador»?
3. ¿Un «Bill of Rights» como pórtico de una futura Constitución?
4. La incidencia sobre los derechos constitucionalmente reconocidos
5. Normas de principio y poder interpretativo del Tribunal de Justicia CE

1. IRRELEVANCIA DE LA CARTA EN EL DERECHO INTERNO «RESIDUAL».

Desde la perspectiva del derecho interno «residual» (entendiéndose como tal el que es extraño todavía al derecho de la Unión), la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, acontecida en Niza el 7 de diciembre de 2000, no debería implicar ninguna consecuencia de relieve.

El art. 51, en su apartado 1, limita el ámbito de aplicación de la Carta, respecto de las instituciones y de los órganos de la UE, exclusivamente a la aplicación del derecho de la Unión¹. Además, resolviendo explícitamente una duda que

(*) (Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid)

1. El art. 51 («Ámbito de aplicación») de la Carta dispone lo siguiente: «1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

había atormentado a los *Founding Fathers* de la Constitución estadounidense (esto es, si el reconocimiento explícito de derechos en la Constitución federal pudiera interpretarse como un otorgamiento implícito al Congreso del poder de disciplinar dichos derechos)², el apartado 2 del mismo artículo excluye expresamente que de la enunciación de los derechos se deriven como reflejo nuevas competencias en beneficio de la Comunidad y de la Unión.

Finalmente, según el sucesivo art. 53, de cualquier forma la Carta no puede limitar (ni ser interpretada como *limitativa* de) derechos reconocidos, en el respectivo ámbito de aplicación, por otros ordenamientos, como aquellos derechos que se fundan en las Constituciones de los Estados miembros³.

2. LA CARTA: ¿UN TEXTO ÚNICO «COMPILATORIO» O «INNOVADOR»?

Desde la perspectiva del derecho de la Unión, el discurso es más complejo. En primer lugar, hay que preguntarse cuál es la eficacia de la Carta, puesto que ésta, aun habiendo sido proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, por el Consejo y por la Comisión CE, no ha sido dotada de valor jurídicamente vinculante, a causa de la fuerte oposición de los representantes de algunos Estados miembros (Dinamarca, Reino Unido y Suecia)⁴. Consiguientemente, no ha sido incorporada en el Tratado de Niza del sucesivo 26 de febrero de 2001 (de modificación del TUE y del TCE)⁵.

Sin embargo, debe observarse en primer lugar que importantes declaraciones políticas, aun privadas explícitamente de eficacia jurídica, han constituido a pesar de ello, en la experiencia jurídica, un referente «retórico» de indudable importancia (piénsese en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, citada no de modo ocasional, e incluso *ad abundantiam*, por la Corte constitucional italiana)⁶. Es un hecho que es difícil que un documento pro-

Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. 2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

2. Véase A. HAMILTON, *Artículo n° 84*, en A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista (Federalist Papers, 1787-88)*, trad. italiana B. M. Tedeschini Lalli, Pisa, 1955, p. 590. Véase *infra* la nota 19.

3. El art. 53 («Nivel de protección») de la Carta dispone lo siguiente: «Ninguna de las disposiciones de la presente 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, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o 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».

4. La posición italiana fue en favor de la eficacia inmediatamente vinculante, como se desprende de las conclusiones de los debates parlamentarios de julio y de octubre de 2000, citados por A. APOSTOLI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Brescia, 2000, p. 77 y ss.

5. Véase el punto 5 de la *Declaración relativa al futuro de la Unión* (n° 23), anexa al Tratado.

6. Véanse las Sentencias números 120 de 1967, 278 de 1992, 140 de 1993 y 168 de 1994, de la Corte Constitucional italiana.

clamado *solemnemente* y que ha sido dispuesto recurriendo a la técnica jurídica (con enunciados prescriptivos formulados en artículos, con la utilización de formas verbales deónticas, etc.), no asuma *de hecho* relevancia jurídica (a pesar de que, en las intenciones de sus autores, dicho documento debiera revestir sólo una importancia política), constituyendo cuando menos un auxilio interpretativo inmediato para «reforzar» conclusiones alcanzables de todas formas sobre otras bases. Y sin excluir por otra parte que, en un segundo momento, puedan darse otras aplicaciones nuevas y más plenas, a medida que nos distanciamos del contexto histórico-político en cuyo ámbito fue proclamado tal documento.

La confirmación de lo dicho (limitadamente a la primera hipótesis) y en referencia específicamente a la Carta, nos ha venido dada ya por el Tribunal Constitucional español. En efecto, en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, relativa a la llamada tutela informática, se ha apelado (en el fundamento jurídico 8º) al art. 8 de la Carta, aunque en dicha fecha ésta no había sido proclamada oficialmente, ni mucho menos publicada en el BOE (¡lo que ha ocurrido el 18 de diciembre de 2000!).

Añádase a lo dicho que la Carta se asemeja a una especie de texto único, a mitad de camino entre lo «compilatorio» y lo «innovador», puesto que en la misma, como es sabido, se han hecho confluir el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961, La Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, varias directivas de la CE, además de principios especificados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE. De lo que se deriva que, como se enseña en Italia respecto de los textos únicos compilatorios⁷, la Carta podría muy bien ser aplicada inmediatamente, al menos en la medida en que, sobre la cuestión, sea *reconocedora* de lo dispuesto en una fuente jurídicamente en vigor. Por lo demás, no de modo diverso a lo que acontece con los textos únicos compilatorios, los concretos artículos de la Carta —en el texto elaborado por el Secretariado de la llamada *Convention* que ha establecido el texto definitivo— indican las fuentes «originarias» utilizadas para su redacción.

Y es precisamente al alcance *reconocedor* de la Carta, al que ha apelado el abogado general del Tribunal de Justicia CE Antonio Tizzano, en una opinión de 8 de febrero de 2001⁸, para afirmar la eficacia inmediata de la Carta⁹, a pesar del parecer contrario de los Estados miembros.

Nos podríamos preguntar: ¿Significa eso, quizás, que aunque se quiera admitir la relevancia jurídica de la Carta, la misma, en sustancia, no dice nada nuevo? La respuesta a dar debe ser necesariamente una respuesta articulada.

7. Aludo obviamente a aquellos actos normativos en los que el Gobierno acostumbra a hacer confluir disposiciones pertenecientes a la misma materia, provenientes de diversas fuentes, aunque estén dotadas alguna vez de una eficacia formal diversa.

8. En el caso C-73/99: *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) vs. Secretary of State for Trade and Industry*.

9. «27. Admittedly, like some of the instruments cited above, the Charter of Fundamental Rights of the European Union has not been recognised as having genuine legislative scope in the strict sense.

En efecto, de modo diverso a lo que ocurre con los textos únicos meramente compilatorios, los enunciados normativos de la Carta no son idénticos a los que se encuentran en las fuentes originarias, sino más sintéticos. Como veremos mejor a continuación, ha habido innovaciones en el texto. De lo que se deriva que la aplicabilidad inmediata de la Carta en su texto definitivo (en virtud del argumento, sólo parcialmente correcto, de que la misma sería meramente confirmadora), podría conducir a decisiones diferentes de las que se derivarían, de otro modo, de la aplicación rigurosa de las fuentes originarias. En efecto, de las dos una: o se aplica la Carta según el texto reelaborado a partir de las «viejas» fuentes, y entonces son éstas las que no se aplican; o bien se aplican las «viejas» fuentes, pero en ese caso el llamamiento a la Carta no sólo es inútil, sino desde luego inexacto.

Retomaré este discurso en la parte final del artículo. En este punto del discurso me urge sobre todo subrayar que, por el momento, la importancia de la Carta debe buscarse probablemente en otro lugar. Lo que ayuda sobre todo a comprender por qué, a pesar de que se haya deseado vivamente por los representantes de la mayoría de los Estados miembros, la atribución a la Carta de eficacia jurídica inmediata no ha sido considerada esencial hasta el punto de condicionar su misma proclamación.

3. ¿UN «BILL OF RIGHTS COMO PÓRTICO DE UNA FUTURA CONSTITUCIÓN?»

Como es sabido, el silencio originario de los Tratados en cuanto a los derechos fundamentales, ha sido colmado progresivamente, desde hace tiempo, ya sea por el TJCE por vía «pretoria»¹⁰, ya sea por los diferentes textos comunitarios (desde la Declaración de Copenhague del 7-8 de abril de 1978 sobre la Democracia, al Preámbulo del Acta Única Europea de 1986). En fin, el respeto por

In other words, formally, it is not in itself binding. However, without wishing to participate here in the wide-ranging debate now going on as to the effects which, in other forms and by other means, the Charter may nevertheless produce, *the fact remains that it includes statements which appear in large measure to reaffirm rights which are enshrined in other instruments*. In its preamble, it is moreover stated that this Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Community and the Union and the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the Treaty on European Union, the Community Treaties, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe and the case-law of the Court of Justice of the European Communities and of the European Court of Human Rights.

28. I think therefore that, in proceedings concerned with the nature and scope of a fundamental right, the relevant statements of the Charter cannot be ignored; in particular, *we cannot ignore its clear purpose of serving, where its provisions so allow, as a substantive point of reference for all those involved - Member States, institutions, natural and legal persons - in the Community context*. Accordingly, I consider that the Charter provides us with the most reliable and definitive confirmation of the fact that the right to paid annual leave constitutes a fundamental right. (*Cursivas mías*).

10. A partir de la conocida Sentencia de 12 de noviembre de 1969, causa 29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, en Racc., 1969, 419. Sobre la cuestión, también para otras indicaciones, véanse las atentas consideraciones de A. APOSTOLI, *La «Carta dei diritti»*, cit., p. 15 y ss.

tales derechos se ha impuesto explícitamente a la Unión en el art. 6 TUE (ex art. F del Tratado de Maastricht de 1992, modificado después por el Tratado de Amsterdam de 1998). Sin embargo la Carta, aunque por el momento sólo se le quiere reconocer un alcance *reconocedor* de los derechos preexistentes, atribuye a los mismos un «*plusvalor*». Éste se deriva tanto de la formulación más específica de los artículos de la Carta¹¹, como sobre todo de la incorporación «racionalizada» de un verdadero y propio sistema de derechos en un único documento solemne y oficial. «Unidocumentalidad» que en perspectiva –y prescindiendo de la específica atribución de eficacia jurídica vinculante–, en primer lugar podría inducir a los intérpretes menos atentos a no valorar el eventual distinto nivel formal de las fuentes de las que los derechos han sido «extraídos», pero que sucesivamente podría incluso inducir a la generalidad de los intérpretes a considerar a todos los derechos en el mismo nivel normativo, aduciendo una eventual praxis en tal sentido.

Por eso puede considerarse que, mientras el derecho previgente –constituido por la jurisprudencia del TJCE, por las correspondientes afirmaciones de principio, por las declaraciones realizadas, por los reglamentos y las directivas– constituye una especie de *common law* (aunque *higher common law*), la Carta representa, por contra, un verdadero y propio *Bill of Rights*. Lo cual no es poco, al menos por dos razones.

La primera es que la proclamación de la Carta hace más «visibles» los concretos derechos¹², sobre todo aquéllos elaborados jurisprudencialmente (como el derecho a una buena administración sancionado en el art. 41), o diseminados en reglamentos y directivas. Consiguientemente, la Carta contribuye a crear, en los ciudadanos de la Unión, la conciencia de su identidad común y de su destino europeo común; y por tanto, como diré mejor dentro de poco, debería servir, según las intenciones de sus autores, para allanar el camino hacia una eventual y futura constitución europea.

En segundo lugar, la Carta, expresando un valor garantista –y como tal *limitativo* del poder público europeo–, si bien no anula el llamado *déficit* democrático de las instituciones europeas¹³ (porque ese *déficit* se corresponde con los modos de formación de la voluntad de dichas instituciones, y no con el contenido de las decisiones respectivas), cuando menos lo reduce. No de modo diferente a cuanto acontecía en el siglo XIX con el reconocimiento de determinados derechos en las constituciones otorgadas, los actuales titulares del poder público

11. Acerca de la observación de que las disposiciones de los Tratados CE y UE son demasiado pormenorizadas para poseer la cualidad de disposiciones constitucionales y demasiado genéricas para ser autoaplicativas, véase G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, en *Rassegna parlamentare*, 1999, p. 796 y ss., espec. p. 801.

12. Esta visibilidad constituye uno de los motivos que han determinado la aprobación de la Carta. Véanse las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia del 3-4 de junio de 1999 (que inició la elaboración de la Carta), referidas por A. APOSTOLI, *La «Carta dei diritti»*, cit., p. 58, además del cuarto párrafo del Preámbulo de la Carta.

13. En este sentido véase en cambio A. MANZELLA, *Un catalogo dei diritti*, en *Il Mulino*, 2001, p. 35 y ss.

europeo, incluso no ostentando aún una legitimidad democrática plena¹⁴, se han, por así decirlo, ... autolimitado un poco más. Por tanto, dichos poderes deberán, de ahora en adelante, tener en cuenta al máximo los derechos proclamados en tal modo, a cuyo respeto se encuentran vinculados, prescindiendo de la eficacia jurídica del documento y de la inmediata tutelabilidad jurisdiccional de los derechos sancionados en el mismo¹⁵.

Sin embargo, conviene subrayar que se trata de derechos proclamados en una declaración (aunque solemne), y no en una constitución. Y la diferencia es notable, precisamente porque, conceptualmente, la constitución (cualquier constitución) concierne esencialmente a la organización de los poderes públicos.

La inclusión de derechos fundamentales en una constitución escrita implica no sólo que éstos participan de las garantías que se derivan de su eventual rigidez, sino que implica además que las situaciones jurídicas subjetivas así reconocidas se sitúan en posición de recíproca interdependencia (y condicionamiento) con las estructuras organizativas públicas previstas y disciplinadas por la constitución. La importancia de esta interdependencia con la estructura de los poderes públicos, mientras que es evidente para los derechos sociales (cuya actuación está condicionada siempre por las características del poder público al que incumbe la correspondiente prestación positiva: asistencia sanitaria, previsión social, etc.), no lo es menos tampoco para las otras categorías de derechos, por ejemplo aquellos derechos de libertad que necesitan de la intermediación legislativa para su actuación (piénsese en los derechos que presuponen el acceso a los *mass media*). Además, la «calidad» de las estructuras públicas es importante para la «garantía» (jurisdiccional y no) de todos los derechos, cualquiera que sea la estructura de los mismos (derechos de libertad, derechos de prestación positiva, derechos a una omisión, derechos de disfrute de bienes, derechos de participación, etc.).

Sin embargo la Carta, como decía, es solamente un *Bill of Rights* que, a diferencia del llamado *Bill of Rights* contenido en las diez primeras enmiendas de la Constitución USA, es un documento en sí mismo, como la *Magna Charta* del 1215. Un documento, éste último, que a pesar de toda su importancia histórica y político-constitucional, ningún estudioso serio ha identificado nunca con una constitución (del mismo modo que ningún estudioso serio lo ha hecho respecto de importantes declaraciones análogas de los derechos del hombre)¹⁶, y eso por

14. Las causas del fenómeno son claramente señaladas por G. FERRARA, *I diritti politici*, cit., p. 797 y 812.

15. ... de otra forma volvería a caerse en la tesis, criticada en otro lugar por mí —aunque en otro orden de problemas (véase *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padua, 1997, p. 90 y ss.)—, que sostiene erróneamente que serían rígidas sólo aquellas constituciones escritas que prevean un control jurisdiccional de constitucionalidad. Tesis que confunde la superioridad de la constitución escrita (en cuanto «acto especial») sobre todos los actos que componen un determinado ordenamiento (la llamada rigidez), con la garantía jurisdiccional de la misma. Una constitución escrita puede perfectamente establecerse como superior, y sin menoscabo de ello no prever un control jurisdiccional, limitándose en cambio a asignar al pueblo la función de su garantía. Piénsese en la *Charte constitutionnelle* de 1839 (a propósito de la cual véase de nuevo A. PACE, *Potere costituente*, cit., p. 42), y en la Constitución francesa de la III República (1875).

la simple consideración de que una constitución (en el sentido moderno del término, es decir en sentido documental y prescriptivo) encuentra su *ratio* en la determinación de la «forma del poder»¹⁷, o lo que es lo mismo, en la «decisión sobre la forma y la especie de la unidad política, cuya existencia se presupone»¹⁸. En otras palabras, mientras que una constitución puede existir aunque en la misma no se proclamen los derechos fundamentales¹⁹ (la constitución será, desde esta perspectiva, criticable; pero de todas formas «existe»), sin embargo no tiene ningún sentido identificar como constitución una proclamación de derechos que, como la Carta, no prevea ninguna disciplina de la organización del poder público.

Dejando sentado que la Carta no puede ser considerada una constitución, sin embargo debe verificarse si su mera proclamación (incluso privada de una eficacia jurídica propia) está en condiciones, y hasta qué punto, de influir en las dinámicas institucionales europeas. Pues bien, ciertamente se puede compartir la tesis –formulada autorizadamente²⁰ sobre la base de las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia²¹– según la cual la Carta ha puesto en marcha un proceso dirigido a «convertir a los ciudadanos europeos en protagonistas de la construcción europea» y, por tanto, a crear «las condiciones para el nacimiento de un *demos* europeo»²². Sin embargo, no me parece que se pueda compartir que el proceso

16. Véase por ejemplo A. HAMILTON, *Artículo n° 84*, cit., p. 589; S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali* (1907), ahora en Id., *Scritti minori*, Vol. I, Milán, 1950, p. 261; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, p. 40, y 45 y ss.

17. No por casualidad es éste el título de una recopilación de escritos dedicados por un ilustre constitucionalista español al estudio de la constitución en sentido moderno (prescriptivo y no descriptivo). Véase F. RUBIO LORENTE, *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1997.

18. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (*Verfassungslehre*, cit., p. 21), trad. italiana A. Caracciolo, Milán, 1984, p. 39.

19. La referencia histórica más apropiada es el *Instrument of Government* de O. Cromwell (1653), la *Reichsverfassung* alemana (1871), y la Constitución francesa de la III República (1875). En cambio no es ajustado el ejemplo, hecho alguna vez, de la Constitución USA (1786), porque los *Founding Fathers* –moviéndose explícitamente desde un planteamiento iusnaturalista– consideraron notoriamente, en un primer momento (esto es, antes de la aprobación de las diez primeras enmiendas del 1791: el llamado *Bill of rights*), que los derechos fundamentales, para tener vigencia, no tenían necesidad de ser reconocidos expresamente. Además, no puede olvidarse que la existencia de derechos constitucionalmente reconocidos, aunque sea indirectamente, a los sujetos privados, se puede deducir de la propia parte organizativa de la Constitución. Véanse, por ejemplo, el art. I, secc. 9, puntos 2, 3, 4 y 5; y el art. II, secc. 3, punto 2. Sobre la cuestión, *vid.* de nuevo A. HAMILTON, *Artículo n° 84*, cit., p. 587 y ss.

20. S. RODOTÀ, *Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti*, en el diario *La Repubblica*, de 3 de enero de 2001. Pero, ya antes, véase A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, en *Rivista italiana di diritto comparato*, 2000, p. 656, acerca de la necesidad de que se compartan valores políticos para que se pueda formar un pueblo europeo.

21. En efecto, se lee en dichas conclusiones que la «tutela de los derechos fundamentales constituye un principio fundador de la UE y el presupuesto indispensable de su legitimidad». El texto de las conclusiones es recogido por A. APOSTOLI, *La «Carta dei diritti»*, cit., p. 58.

22. S. RODOTÀ, *Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti*, cit. Ya antes, en este sentido, véase la intervención en el Senado, de fecha 13 de julio de 2000, del Presidente del Consejo de Ministros, Giuliano Amato, reproducida por A. APOSTOLI, *La «Carta dei diritti»*, cit., p. 87: «Necesitamos una Carta de los Derechos que (...) debe dar a los europeos el sentido de ese *demos* europeo parcial pero superior, que da más y reconoce nuevos derechos respecto de los tutelados por nuestras Constituciones nacionales». Acerca de la discutible exactitud de estas últimas afirmaciones, véanse *infra* los parágrafos 4 y 5.

puesto en marcha con la proclamación de la Carta, conduzca ineludiblemente a la aprobación de una constitución europea en sentido documental y prescriptivo. En efecto, aunque se pretenda sostener que la integración a través del mercado y la moneda ya no sería suficiente (mientras que sería indispensable la integración a través de los derechos); que la definitiva fundación de la Unión exigiría un cuadro institucional claro (y, por tanto, no sería posible conformarse con la tesis según la cual existe ya una construcción europea «móvil» y «difusa»); que «la idea de los derechos» evocaría «irresistiblemente la necesidad de instituciones que garanticen su concreta actuación», etc.²³; pues bien, aunque se admita todo esto, la conclusión no es que ésa sea la única salida de dicho proceso, ya que dichos éxitos pueden alcanzarse también mediante posteriores reformas adoptadas con sucesivos tratados.

Por otro lado, se puede dudar legítimamente del automatismo de tales éxitos desde otras perspectivas: Ya sea porque una garantía de los derechos proclamados en la Carta (en el caso de que se le reconociese plena eficacia jurídica) existiría también con las actuales estructuras jurisdiccionales —que el Tratado de Niza incluso ha potenciado, en su art. 2 n.º 26 y ss., modificando las disposiciones correspondientes del TCE—; ya sea porque, por su parte, los derechos políticos encuentran aún hoy dificultades objetivas para realizarse en un ordenamiento como el comunitario, en el que la política asume contenidos diferentes de los habituales²⁴; ya sea, en fin, porque es la propia referencia al concepto de constitución la que, respecto de Europa, constituye de por sí un problema²⁵. Y eso no sólo porque dicho concepto se ha forjado, en los últimos trescientos años, teniendo presente una realidad del todo diferente, es decir la estatal; sino también, y sobre todo, porque mientras que una organización europea de los poderes públicos podría existir —y existe efectivamente²⁶— incluso sin su consagración en una constitución documental, es muy difícil *hipotizar* el nacimiento de una constitución europea (en sentido documental y prescriptivo), expresiva de la identidad de un sujeto político «originario», sin plantearse al mismo tiempo el problema reflejo del destino de las constituciones de los concretos Estados miembros²⁷.

Y puesto que, prescindiendo de estas gravísimas perplejidades, es teóricamente errado, históricamente infundado y políticamente irrealista pensar que el poder constituyente «pueda» (o, según algunos, incluso «deba») ser ejercitado direc-

23. S. RODOTÀ, *Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti*, cit.

24. G. FERRARA, *I diritti politici*, cit., p. 808 y ss.

25. A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, cit., p. 640 y ss.

26. Entre muchos, en el sentido de que existe una constitución material europea en cuanto orden de poderes (lo que es desde luego evidente), véase A. BARBERA, *Esiste una «costituzione europea»?*, en *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 70 y ss., esp. p. 80; S. CASSESE, *La costituzione europea, Quaderni costituzionali*, 1991, p. 487 y ss. (quien sostiene incluso que existiría una constitución formal europea); M. DOGLIANI, *Revisione dei trattati o processo costituente?*, en *Questione giustizia*, n.º 2, 2000, p. 310 y ss. Véase además A. ANZON, *La costituzione europea come problema*, cit., p. 643 y ss., y allí anotaciones críticas que se pueden compartir acerca de la recurrente confusión entre noción prescriptiva y noción descriptiva de constitución.

27. Véase en este sentido A. ANZON, *La costituzione europea come problema*, cit., p. 661 y ss.

tamente por el pueblo europeo –en primer lugar, porque no existe todavía un pueblo europeo; en segundo lugar porque el pueblo, en el proceso constituyente, ejerce una función no menos importante pero diferente, esto es, la de legitimar *in facto* las «opciones constituyentes» adoptadas por otros sujetos políticos (uno o más partidos políticos, una facción, un jefe carismático, un monarca...)»²⁸-, parece más convincente concluir –precisamente a la luz de la referida decisión del Consejo Europeo de Colonia²⁹– en el sentido de que la proclamación de la Carta, en referencia a la problemática de la constitución europea, despliega solamente el siguiente doble efecto.

Por un lado, como se puede deducir del propio Preámbulo de la Carta, ésta se limita a constituir un instrumento para crear las condiciones favorables para el mantenimiento y el desarrollo de los valores comunes allí expresamente indicados (dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad, democracia y Estado de Derecho). Después habrá de verse si, alcanzada esta integración cultural³⁰, los tiempos estarán maduros para que a la Carta le pueda seguir también una constitución europea, en sentido documental y prescriptivo (con los contenidos que la realidad del momento indicará como más funcionales), a partir de la iniciativa de los Estados.

De otro lado, la proclamación de la Carta podría desarrollar –en cambio–, ya con la entrada en vigor del Tratado de Niza, una importante función «sustancialmente constitucional». Los autores de dicho Tratado, recordando las experiencias

28. Véase en dicho sentido A. BALDASSARRE, *Il referendum «costituzionale»*, en *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 136, y también A. PACE, *Potere costituyente*, cit., p. 59 y ss., 117 y ss., 144 y ss., y allí la crítica a la tesis –hasta ahora seguida por muchos (véase por ejemplo E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituyente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, en AA. VV., *Il futuro della costituzione*, a cargo de G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Turin, 1996, p. 235 y ss.)–, según la cual el poder constituyente sería necesariamente democrático, con la consiguiente desvalorización del momento «constituyente» identificable en el *octroi* de la carta constitucional por parte del monarca que, consiguientemente, se autolimitaba. Por otra parte, si es indiscutible la afirmación de Sieyès según la cual el poder constituyente no posee formas predeterminadas para manifestarse [E. J. SIEYÈS, *Che cos'è il terzo stato? (Qu'est-ce que le tiers état? 1789)*, en *Opere e testimonianze politiche*, a cargo de G. Troisi Spagnoli, tomo I, Vol. I, Milán, 1993, cap. V, espec. p. 256 y ss], no se ve por qué razón el poder constituyente debería ser necesariamente popular. Y además, una vez demostrado (*vid. supra*) que el pueblo desarrolla, en el proceso constituyente, solamente una función de legitimación de las opciones constituyentes adoptadas por otros sujetos, es muy dudoso que exista una diferencia entre un jefe-facción que, con el fin de legitimar su proyecto político, afirme actuar «en nombre del pueblo», y el monarca que, autolimitándose, «concede» una carta constitucional por el bien de sus «amadísimos súbditos» y en consideración de la creciente confianza en los mismos (así el Preámbulo del Estatuto del Reino de Cerdeña otorgado por el Rey Carlo Alberto de Saboya en 1848).

29. Véase *supra* la nota 21.

30. Ciertamente, es verdad que en el pasado han sido los Estados los que han creado las naciones y no viceversa (como subraya L. M. Díez-PICAZO, *Glosas a la nueva Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, en *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Convenio organizado el 16-17 de marzo de 2001 por la Universidad de Génova en memoria de P. G. Lucifredi). Sin embargo, debe objetarse que, en el caso de la creación de la llamada nación europea, los obstáculos culturales son mucho más relevantes, porque no se trataría solamente de crear una identidad política europea común, sino también una identidad tal que permita considerar superada la actual forma-Estado. Además, la situación existente desde el siglo XIX es incomparable con la actual, tanto desde la perspectiva de la madurez política de las masas como de los medios de comunicación.

recientes del caso Haider y de las sanciones respectivas contra Austria, han modificado radicalmente el art. 7 TUE, con el apartado 1 del art. 1 del Tratado de Niza, extendiendo consiguientemente la posibilidad de intervención del Consejo incluso en caso de «riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del art. 6 y dirigirle recomendaciones adecuadas». Eso significa que mientras que, hasta la proclamación de la Carta, el parámetro de dichas valoraciones del Consejo eran «los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertas fundamentales y del Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros» (art. 6 TUE, según la modificación realizada con el Tratado de Amsterdam), ahora, como consecuencia de dicha proclamación, en buena parte esos principios han asumido, bien o mal, una forma explícita.

Lo que explica precisamente, como decía, un efecto «sustancialmente constitucional», en el sentido de que la visibilidad de los derechos fundamentales producida por la Carta, en el momento en que constituye un impulso para que los ciudadanos europeos se identifiquen con los valores comunes recordados *supra*, por ello mismo favorece el control social de las posibles violaciones del art. 6.1 TUE. Lo que acaba finalmente por conllevar también –y ésta es la cuestión– un efecto «conformador» acerca del modo de ser de las estructuras organizativas de los Estados (y quizás incluso en sectores que no entran dentro del Derecho de la Unión), en cuanto que la opinión pública se encuentra ya en grado de valorar, con la Carta en la mano, la gravedad de la violación impugnada³¹.

4. LA INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDOS

¿Pero, mientras tanto, cuál es el coste que deben pagar los concretos ordenamientos constitucionales, para crear estas condiciones favorables para una mayor integración político–constitucional de los ciudadanos europeos? Dicho en otras palabras: ¿Cuáles son las consecuencias que trae consigo la proclamación de la Carta, en el ámbito europeo (art. 51 de la Carta), respecto de los derechos constitucionalmente protegidos?

De modo preliminar es oportuno advertir –aunque la advertencia sea evidente– que el problema por ahora no se plantea. En efecto, es difícil, por el momento, que las disposiciones de la Carta puedan ser tomadas en consideración

31. Piénsese, en referencia al caso Haider, en la diferencia entre el parámetro aplicado entonces, es decir el art. 13 TCE, y el que se aplicaría ahora, es decir el art. 21 de la Carta, según el cual «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

si no es como *reconocedoras* de las fuentes originarias de las cuales se han deducido.

Admitido lo cual, debe recordarse en primer lugar que el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) –del que la Carta ha deducido ciertamente muchos derechos, pero eliminando los correspondientes límites–, a menudo asegura una tutela menos incisiva a los derechos análogos reconocidos en la Constitución italiana (compárense, por ejemplo, los arts. 5, 9, 10 y 11 del CEDH, y los artículos 6, 10, 11 y 12 de la Carta, con los arts. 13, 17, 18, 19 y 21 de la Constitución italiana); sin embargo, otras veces garantiza una tutela de contenido superior (véanse por ejemplo los arts. 8 del CEDH y 7 de la Carta), pero procedimentalmente inferior a la del derecho constitucional análogo (véase el art. 15 de la Const. italiana). De lo que se deriva que, por una vía o por la otra, las garantías constitucionales italianas se verían subrepticamente restringidas, o cuando menos sustancialmente modificadas.

Con el CEDH eso no ha ocurrido hasta el momento, porque ese Convenio salvaguarda, en su art. 53, el mejor tratamiento de los derechos por parte de los Estados. Aunque en el art. 53 de la Carta se contiene una disposición análoga (que deja a salvo el mejor nivel de protección garantizado *aliunde*), ésta no dejará de tener una eficacia más reducida. Mientras que el CEDH constituye un mero límite a los arbitrios de los poderes públicos estatales (que no opera cuando existen límites más eficaces), la Carta en cambio es la expresión de un ordenamiento político que produce normas y que ejercita actividades jurisdiccionales y administrativas. Eso es suficiente para presumir que en el derecho interno «condicionado» de la UE (art. 51 de la Carta), la Carta –y sólo la Carta– acabará por constituir el único y verdadero límite para las instituciones y para los órganos de la Unión (pero no –es de esperar– para los Estados miembros, cuando actúen según el principio de subsidiariedad). En relación con el Derecho de la Unión, respetuoso presumiblemente sólo de la Carta (y no de los quince diferentes derechos constitucionales!), se mantendrán por esa razón –como accionables ante la Corte Constitucional italiana– los únicos remedios prefigurados en las conocidas Sentencias n. 183 de 1973 y 180 de 1974. Es decir, se mantendrá la posibilidad de reclamar la inconstitucionalidad de las disposiciones de los Tratados UE y CE, en la medida en que los mismos hayan consentido a los reglamentos o las directivas (respetuosos con la Carta, pero no con la Constitución italiana) incidir sobre los derechos constitucionales considerados inviolables por la Corte Constitucional italiana. ¿Pero es creíble que los Tribunales Constitucionales nacionales no se homologarán, también en esta cuestión, con el TJCE?

En segundo lugar, como se ha señalado correctamente³², la Carta ignora no solamente que la configuración de los derechos presupone la correspondiente especificación de los límites, sino que olvida también que, por su parte, la *con-*

32. U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani*, (a propósito della Carta dei diritti fondamentali) en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 157 y ss.; Id., *L'ambigua formulazione della Carta dei diritti*, en *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, en *Diritto pubblico*, 2001, p. 50 y ss.

cretización de eventuales limitaciones presupone la determinación del órgano competente a nivel comunitario. Probablemente esta simplificación prudente y excesiva —que a alguno le ha parecido recomendable, hasta el punto de calificarla como «concisa, austera y lapidaria»³³— se comprende a la luz de los contrastes metodológicos surgidos probablemente entre los elaboradores de la Carta los cuales, debiendo mediar entre sus diferentes culturas jurídicas (más o menos fieles al derecho escrito, más o menos favorables al papel «creador» de la jurisprudencia), han dado por descontado —quien de buena fe (los defensores del derecho jurisprudencial), quien por superficialidad o cinismo— que no pudiendo existir de todas formas derechos sin límites (como, por lo demás, repetía también la Corte Constitucional italiana en las criticadísimas decisiones de sus primeros años)³⁴, de cualquier modo dichos límites serán incorporados por los actos normativos comunitarios, y el juez europeo valorará la legitimidad de los mismos sobre la base de interpretaciones *funcionalistas* o, cuando menos, «lógicas».

En tercer lugar, no es nada tranquilizador que el art. 52 de la Carta prevea que «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*». Como he subrayado en varias ocasiones, una cláusula de ese género (presente en el art. 14 GG y en el art. 53.1 de la Constitución española) es ambigua, y hasta peligrosa, porque acaba por atribuir al legislador, en vía de principio, el poder de determinar cual es el contenido esencial de los derechos³⁵. Lo que es aún más grave respecto de los derechos de libertad, cuyo «contenido» se sitúa totalmente en el «ejercicio» (*agere licere*), con la consecuencia de que limitar su ejercicio equivale a restringir su contenido.

En fin, hay que preguntarse qué significa, en el art. 52 de la Carta, el enunciado de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y de las libertades

33. En cambio, se muestra favorable a la estructura abierta de las declaraciones constitucionales de derechos L. M. DIEZ-PICAZO, *Glosas a la nueva Carta*, cit., p. 5, que cita sobre la cuestión, en su favor, a V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997, p. 106 y ss., el cual, por su parte, sostiene que eso permitiría «la deferencia hacia el legislador democrático y la adaptación a las nuevas circunstancias». Que las constituciones, aún siendo rígidas, deban dejar espacios al legislador ordinario y a la creatividad jurisprudencial, fue señalado por primera vez por el *Chief Justice* Marshall, en *McCulloch vs. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), y teorizado por J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide* (*Flexible and Rigid Constitution*, 1901), trad. italiana de R. Niro, Milán, 1998, p. 88 y ss. Sin embargo, es dudoso que dicho principio pueda enunciarse en los mismos términos en referencia a la disciplina de los derechos fundamentales, pues de otro modo se desvanecería una de las razones de la «superioridad» de las constituciones escritas. Por lo demás, es discutible que de las fórmulas genéricas de las declaraciones de derechos se deriven siempre interpretaciones favorables a los mismos; y eso dejando de lado el otro problema de las correspondientes restricciones que trae consigo, como consecuencia de la llamada *Drittwirkung der Grundrechte*, una interpretación más favorable de un derecho en perjuicio de los derechos conexos al mismo. Sobre la cuestión, véase A. PACE, *Costituzionalismo e metodi interpretativi*, en *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 43 y ss.

34. ... en las cuales la Corte deducía, de esta exacta consideración «descriptiva», la consecuencia «prescriptiva» de añadir nuevos límites a los derechos constitucionalmente garantizados.

35. Véase, por ejemplo, A. PACE, *El legislador de los derechos fundamentales*, en A. López Pina (ed), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, p. 76 y ss.

reconocidos por la misma, «deben ser establecidos por la ley», puesto que el Derecho de la Unión no conoce ninguna fuente así denominada. ¿Significa quizás que las directivas, en dicha hipótesis, deberían ser actuadas necesariamente con actos legislativos? ¿Es decir, que la normativa europea necesita siempre y de cualquier forma de la intermediación de las normativas nacionales? Admitiendo que haya sido así (pero lo dudo), eso significaría –sin embargo– que precisamente a la fuente más completa y eficaz del ordenamiento comunitario, es decir al reglamento, no se le permitiría establecer límites a los derechos y a las libertades reconocidos por la Carta. Lo cual suscita perplejidad. De otro lado, tampoco parece convincente la interpretación reductora según la cual con dicho vocablo se aludiría genéricamente a la norma escrita y, por consiguiente, indistintamente al reglamento y a la directiva³⁶. A parte la consideración de que, presumiblemente, de la atribución de valor vinculante a la Carta se derivará conjuntamente una redistribución de las diferentes funciones entre los órganos de la Unión, con el fin de evitar que correspondan al mismo órgano competencias normativas y ejecutivas³⁷; en el estado actual de las cosas la única solución convincente es que con dicha locución se alude más bien, de modo indiferenciado, a reglamentos y directivas, siempre que sean fruto de la codecisión de la Comisión y/o del Consejo con el Parlamento Europeo³⁸.

5. NORMAS DE PRINCIPIO Y PODER INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CE.

No obstante, podría *hipotizarse* que todas estas dudas no tienen razón de ser. Formulándose la Carta con la técnica de los principios, se podría considerar efectivamente que, como consecuencia de dicha técnica y de la amplitud de juicio que la misma comporta, el TJCE decidirá los casos que se le planteen efectuando un juicio de valor, con las consecuentes operaciones de equilibrio que, como es sabido, forzosamente acaban prescindiendo de los enunciados de la norma–parámetro³⁹.

Partiendo de esta idea, se podría considerar por ello que la utilización de un método interpretativo de ese carácter por parte del TJCE, unido a la competencia «de interpretación» de los Tratados europeos y de los actos de las instituciones comunitarias que corresponde al Tribunal *ex art.* 234 TCE, además de la

36. L. M. Díez-PICAZO, *Glosas a la nueva Carta*, cit., p. 7.

37. A favor de este presagio, véase R. CALVANO, *Verso un sistema di garanzie costituzionali per l'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il Trattato di Nizza*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2001.

38. Véanse las pertinentes observaciones de G. Strozzi, *Diritto istituzionale dell'Unione europea. Dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Turín, 1998, p. 159, a propósito de la posible atribución del *nomen* «ley» a los actos en los que exista la codecisión del Parlamento.

39. «All courts are of course influenced by policy, but in the European Court policy plays a particularly important role: occasionally the Court will ignore the clear words of the Treaty in order to attain a policy objective», así T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1998, p. 78.

autoridad que ha venido conquistando dicho Tribunal en todos estos años, desplegará ineludiblemente un efecto conformador del sistema de valores (y del significado de los correspondientes enunciados) en el que se funda todo el orden institucional europeo, incluso con efectos indirectos sobre los ordenamientos estatales. Y el hecho de que en algunos artículos de la Carta no se hayan previsto límites al derecho proclamado, en vez de constituir un motivo de crítica —como se ha subrayado *supra*—, incluso podría constituir el pretexto para la «obligada» concreción de límites lógicos, como la experiencia jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos muestra que ha sucedido con la I Enmienda.

En realidad es precisamente esta eventualidad (es decir, una ampliación posterior de los poderes interpretativos del juez) la que puede preocupar, en la medida en que implique la aceptación de la llamada teoría de los «valores». En efecto, es precisamente esta teoría la que deja perplejo en cuanto que, «liberando» al intérprete de los vínculos textuales para consentirle realizar una pretendida mayor justicia en el caso concreto, antes o después acaba por debilitar, correlativamente, la tutela de los derechos fundamentales. Una vez teorizado el «subjetivismo» (y/o el «finalismo») de las elecciones interpretativas —como tal ineliminable en la teoría de los valores—, nadie ni nada garantiza, en efecto, que dicho subjetivismo se utilice *sólo en favor* de los derechos humanos⁴⁰.

Pero hay un tiempo de la unificación y un tiempo de la garantía. Y este tiempo, en la elección subyacente a la Carta de los Derechos según ha sido formulada, viene evidentemente después de aquél.

En efecto, si se piensa lo poco que «contaba» el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los años anteriores a la presidencia del *Chief Justice* Marshall⁴¹, y se recuerda lo que dicho Tribunal supo hacer, a pesar de ello, para la afirmación de los Estados Unidos, basándose en la «*supremacy clause*»⁴², en la «*commerce clause*»⁴³ y en la «*necessary and proper clause*»⁴⁴ para ampliar los poderes, explícitos e implícitos, correspondientes al Congreso (e indirectamente al ejecutivo nacional), además de para restringir el poder de los estados⁴⁵; y si se reflexiona comparativamente acerca de cuanto mayor poder posee y de cuanto mayor prestigio disfruta ya el TJCE, no es difícil prever de modo realista que la vía de la unificación europea será la trazada dúctilmente por su jurisprudencia y no la, traumática, de la adopción de una constitución documental y prescriptiva.

40. En este sentido véase mi *Costituzionalismo e metodi interpretativi*, cit., p. 35 y ss., espec. p. 60 y ss.

41. Entre los muchos análisis de la llamada Corte Marshall, véase por ejemplo W. H. REHNQUIST, *The Supreme Court*², Nueva York, 2001, p. 308 y ss.

42. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), acerca de la superioridad formal de la Constitución federal y de la posibilidad de que el magistrado dicte órdenes («*writ of mandamus*») en caso de omisión de actos debidos.

43. *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

44. *McCulloch vs. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), acerca de la legitimidad, según el art. I, secc. 7, último párrafo de la Constitución, de la institución por parte del Congreso del Banco de los Estados Unidos.

45. *Dartmouth College vs. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819).