

DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMPETENCIAS DE LA UNIÓN: EL ARGUMENTO DE HAMILTON *

Por PALOMA BIGLINO CAMPOS **

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE: 2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA UNIÓN. 2.2. DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LOS ESTADOS MIEMBROS.—3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDEN COMUNITARIO DE COMPETENCIAS: 3.1. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.2. EL SIGNIFICADO DEL ART. 51.2 DE CARTA.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando la Constitución norteamericana de 1787 todavía estaba siendo ratificada por los Estados miembros, A. Hamilton escribió:

«...Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausi-

* Parte de este artículo es el resultado del trabajo de investigación que desarrollé como *Emile Noël Fellow* de la *Law School* de la Universidad de Harvard, en la primavera de 2002. Agradezco J.H.H. Weiler la amabilidad que tuvo al darme esa oportunidad y por discutir conmigo algunas de las cuestiones que se suscitan en estas páginas, cuyos posibles defectos sólo a mí pueden atribuirse.

** Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid.

ble para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar?»¹.

Estas palabras todavía se citan con frecuencia cuando se tratan los efectos que una declaración de derechos puede generar sobre un sistema federal. Por ello, no es de extrañar que quienes estudian el ámbito de aplicación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se remitan a ellas. Con la cita de A. Hamilton, se expresa el temor de que ésta suponga, a la larga, una atribución de poderes implícitos en favor de las instituciones y órganos europeos porque, ¿para qué declarar frente a la Unión derechos que ésta no puede vulnerar?

La recurrente utilización del argumento de A. Hamilton es síntoma de un debate de alcance más general. A lo largo de la elaboración de la Carta y durante el trabajo de la Convención que está trabajando sobre el futuro de Europa, se han enfrentado dos concepciones acerca de lo que debe ser la Unión y la posición de los Estados miembros. Estas posturas no difieren demasiado de las que son comunes en cualquiera de los modelos federales. Dichos sistemas son por naturaleza duales, por lo que siempre existirá antagonismo entre los partidarios de la soberanía de los Estados y quienes pretenden mayor poder para la Unión. Los derechos fundamentales no escapan a esta tensión, ya que se discute el efecto que estas facultades pueden tener en el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, en caso de que la Carta adquiera eficacia jurídica².

El art. 51 de dicho texto aborda precisamente esta cuestión. Según el primer apartado de dicha disposición, la Carta tiene dos destinatarios: de un lado, se dirige a los órganos e instituciones de la Unión; de otro, a los Estados miembros. Pero la Carta deja claro que estos últimos sólo estarán vinculados cuando apliquen Derecho comunitario y no cuando ejerzan sus competencias internas. Junto a ello, el segundo apartado del art. 51 expresamente declara que la Carta «no crea ninguna competencia ni nin-

¹ *El Federalista*, México 1994, p. 368.

² Los principales proyectos de Tratado Constitucional que se han barajado hasta la fecha defienden incorporar la Carta a su articulado. Recientemente, la nota del Praesidium a la Convención Europea, con el proyecto de artículos 1 a 16 del Tratado Constitucional (CONV. 528/03, 6 de febrero de 2003) prevé, en su art. 5.1, que «La Carta de los Derechos fundamentales forma parte integrante de la Constitución». Se deja a la Convención decidir si deberá figurar en la segunda parte de la Constitución o bien en un protocolo anejo a ella.

guna misión nueva para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

Estas previsiones han sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina, argumentos que no se separan demasiado del utilizado por A. Hamilton y que servía para abrir estas páginas. Así, se ha observado que los dos apartados del art. 51 son, en cierta medida, contradictorios entre sí. La Carta proclama una serie de derechos como la vida o la integridad física, que en principio la Unión no puede vulnerar porque sus competencias, fundamentalmente económicas, no le permiten hacerlo. Cuando entre en vigor, estos derechos pueden interpretarse como un reconocimiento implícito de nuevas facultades para la Unión en todas aquellas materias sobre las que se proyectan los derechos fundamentales. La Comunidad dejaría de tener competencias de atribución para pasar a ostentar un poder casi general. De ser así, los ámbitos de concurrencia entre la Comunidad y los Estados miembros podrían incrementarse indefinidamente, reduciéndose al máximo la esfera de poder reservada a los Estados. Este resultado sería contradictorio con el art. 51.2, según el cual la Carta no constituye una nueva fuente de competencias para la Unión.

El objeto de este estudio es aclarar algunos de los problemas principales que ha suscitado el art. 51 de la Carta e, indirectamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que constituye su fuente de inspiración. Para enfocar este asunto conviene partir de una distinción que es común en la doctrina constitucional contemporánea acerca de la forma en que actúan los derechos fundamentales.

En la actualidad, se sigue afirmando que los derechos fundamentales son, ante todo, un límite al poder. Es así como surgen en el primer constitucionalismo y como operan todavía hoy, al menos cuando configuran órbitas de libertad en favor de los individuos. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales exigen una determinada actitud por parte de los poderes públicos: la de no vulnerarlos.

Pero los derechos fundamentales suelen exigir algo más que un no hacer. En muchos casos imponen actuaciones positivas a las instituciones. Esta faceta es evidente en el supuesto de los derechos políticos y los derechos sociales. Los primeros exigen de los poderes públicos la puesta en marcha de instituciones y procedimientos que hagan posible su ejercicio. Los segundos exigen una legislación protectora, cuando no la prestación de servicios como pueden ser la educación o la sanidad. A pesar de su contenido aparentemente negativo, los derechos de libertad también exi-

gen acciones positivas a los poderes públicos. En efecto, al menos imponen que se protejan frente a otros ciudadanos, mediante el dictado de normas civiles o penales³.

Desde este punto de vista, es innegable que los derechos fundamentales influyen en la distribución de competencias, si no son cláusulas habilitadoras de competencias en sí mismos, porque imponen determinar cuál de las distintas entidades territoriales puede y debe garantizarlos. Por esta razón, los ordenamientos compuestos tienen en cuenta los derechos fundamentales desde esta perspectiva. Recordemos, por ejemplo, que el art. 149.1.1 de nuestra Constitución, al enumerar las competencias del Estado, atribuye al poder central la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos.

En cierta medida, puede afirmarse que el art. 51 de la Carta contempla los derechos fundamentales desde las dos perspectivas que antes se mencionaban. Mientras el primer apartado trata los derechos fundamentales como límites, el segundo apartado los contempla desde el punto de vista de las competencias.

Antes de seguir adelante conviene advertir que, ni en la teoría ni en la práctica, resulta fácil distinguir a veces las dos facetas de los derechos fundamentales que se acaban de referir. Sirva como ejemplo que, según algunas concepciones, los derechos de libertad exigen una prestación, aunque sea de contenido negativo, y que consisten precisamente en una abstención⁴. Además, tampoco está tan claro que el art. 51.1 de la Carta trate los derechos fundamentales únicamente como límite, porque no sólo establece el deber de respetarlos, sino también el de promover su aplicación.

Enfocar el art. 51 desde esta doble perspectiva tiene, sin embargo, algunas ventajas expositivas. Más que nada permite plantear con cierta precisión los principales efectos que los derechos fundamentales proyectan sobre la distribución de poderes en el seno de la Unión.

³ El reconocimiento de estos distintos contenidos de los derechos fundamentales está generalizado en la doctrina contemporánea. Sobre el asunto, ver por ejemplo ALEXI, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, p. 427.

⁴ Sobre este asunto, PACE, A., *Problematika delle libertà costituzionali*, Parte Generale, Padua, 1990, p. 34.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES

2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA UNIÓN

El art. 51.1 de la Carta recoge en gran medida la jurisprudencia dictada por el TJCE en materia de derechos fundamentales. No es este el momento de analizar con detalle dichas decisiones, que han sido objeto además de múltiples análisis. Conviene tan sólo señalar que los primeros casos que suscitaron este tipo de cuestiones llegaron al Tribunal a través del recurso de anulación. Fueron particulares quienes plantearon dudas acerca de la validez de actos adoptados por instituciones comunitarias que podían vulnerar derechos fundamentales⁵. La ausencia de una declaración de derechos en el ámbito de la Comunidad provocó que, en estos casos, se alegase la violación de facultades reconocidas en las Constituciones de los Estados miembros, argumento rechazado por el Tribunal por ser incompatible con la uniformidad del Derecho comunitario.

Las críticas doctrinales a estas decisiones y la resistencias manifestadas por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros provocaron, a la larga, una modificación de la postura. Como es conocido, el Tribunal asumió la protección de los derechos fundamentales integrándolos entre los principios generales del Derecho comunitario⁶, solución posteriormente acogida por el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea.

Según las explicaciones del *Praesidium* que acompañan a la Carta⁷, la principal finalidad del art. 51.1 consiste precisamente en reforzar la sumisión de los órganos e instituciones de la Unión a los derechos fundamentales, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se acaba de mencionar.

Como antes se señalaba, algunos sectores doctrinales han puesto en cuestión que tenga sentido proclamar dichas facultades frente a la Unión, dada su falta de poderes en ese campo. Pero la experiencia demuestra que,

⁵ Así, por ejemplo, S. Stork, de 4 de febrero de 1959, asunto 1/58; S. Sgarlatta, de 1 de abril de 1965, asunto 40/64; S. Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft, de 15 de julio de 1960, asuntos acumulados 36, 37, 38/59 y 40/59.

⁶ S. Stauder, de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69.

⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta*, Luxemburgo, Diciembre de 200, p. 73.

sin necesidad de excederse de sus propios poderes, dicha entidad puede vulnerarlos. En varias ocasiones se ha puesto como ejemplo que, al regular el horario de los funcionarios o la política agrícola común, las instituciones de la Unión pueden violar la libertad religiosa, por no respetar las exigencias que imponen algunos credos⁸. Muy recientemente, el Tribunal de Justicia ha tenido que analizar si una Directiva comunitaria sobre invenciones biotecnológicas, que permite patentar elementos del cuerpo humano, violaba la dignidad y el derecho de las personas a disponer de sí mismas⁹.

En definitiva, proclamar los Derechos frente a las instituciones y órganos de la Unión confirma su vinculación a dichas facultades y refuerza el control que corresponde al Tribunal de Justicia. Si la Carta adquiere eficacia jurídica, el parámetro de control que podría utilizar dicho órgano comunitario será más amplio y más concreto del que hoy existe.

Pero un asunto es la competencia del Tribunal y otro, muy distinto, el poder de las demás instituciones comunitarias. Dicha distinción está muy clara en cualquier estado compuesto, donde el máximo tribunal federal puede enjuiciar que los Estados miembros cumplan con lo dispuesto en la Constitución federal. Ésto no significa, sin embargo, que el poder legislativo o el poder ejecutivo de la Federación puedan intervenir en las competencias de los Estados miembros.

No está de más realizar esta precisión, en vista de algunos sectores doctrinales han identificado las competencias que corresponden a la Comunidad en su conjunto con las que corresponden al Tribunal de Justicia, de lo que deducen que la Carta refuerza los poderes de las instituciones comunitarias. Este argumento no parece de recibo. Es verdad que han surgido nuevos derechos que no estaban en los Tratados y que tampoco aparecían recogidos en la jurisprudencia del Tribunal. Pero ésto no supone atribuir a la Unión más competencias de las que ya posee. Significa sobre todo que, al ejercer sus propios títulos competenciales, sus órganos e instituciones se encuentran con límites que no puede superar: los derechos fundamentales.

Más adelante será preciso profundizar en esta idea. Por ahora, convie-

⁸ Sobre este asunto, por ejemplo, JACQUÉ, J. P., «La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne», *Revue Universelle de Droits de l'Homme*, n.º 1-2, 2000, p. 6 y RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 64, 2002, p. 35.

⁹ Sentencia de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98.

ne recordar que el art. 51.1 de la Carta vincula también a los Estados miembros, al menos cuando éstos aplican Derecho comunitario.

2.2. DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LOS ESTADOS MIEMBROS

Volviendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conviene recordar que, con el tiempo, este órgano se vio en la necesidad de determinar si los actos de los Estados miembros respetaban el principio de protección los derechos fundamentales tal y como éste aparece en el Derecho comunitario¹⁰. Dicho control no ha levantado demasiadas suspicacias, como sin embargo ha ocurrido en otros ordenamientos compuestos, donde la intervención del poder judicial federal ha sido recibida con recelo por parte de los Estados miembros¹¹. Es más, la decidida intervención del Tribunal de Justicia parece una consecuencia obligada de las decisiones de los Tribunales Constitucionales nacionales dictadas como consecuencia de la «etapa pasiva» de la jurisprudencia comunitaria¹². Fue esa reacción la que provocó que el Tribunal de Justicia asumiese la garantía de los derechos fundamentales, entre otras razones para evitar que fuesen las jurisdicciones nacionales las que llevaran a cabo dicho control. De esta manera, como afirma F. Rubio LLorente, el Tribunal velaba por su competencia exclusi-

¹⁰ A partir de la S. Rutili, de 28 de octubre de 1975, asunto 36/1975.

¹¹ Así, en Estados Unidos, antes de la guerra civil, se extendió la opinión de que los Estados tenían derecho a actuar sin estar sujetos a restricciones impuestas por la Constitución federal. Se llegó a poner en duda la interpretación de la Corte Suprema en virtud del derecho de los Estados a interponer su soberanía entre dicho órgano y los ciudadanos. Esta concepción condujo a concebir que los Estados tenían el poder de «nullification», es decir, el derecho a ignorar las leyes federales por ser entidades independientes.

¹² Así, la Corte Constitucional Italiana, en la S. n.º 183, de 27 de diciembre de 1973, se reservó el control de constitucionalidad de ley de ejecución del Tratado en el supuesto de que las normas comunitarias fuesen contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento italiano o vulnerasen los derechos inalienables de la persona. Por su parte, el Tribunal Constitucional Alemán, en el Auto de 29 de mayo de 1974, afirmó que en tanto en cuanto la Comunidad Europea no gozase de un catálogo de derechos con un grado de protección similar al nacional, se reservaba el control de constitucionalidad del Derecho derivado en el supuesto de que vulnerase los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental de Bonn.

va para interpretar y verificar, sin salir de su propio marco, la validez de las normas que integran el Derecho comunitario¹³.

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal ha precisado hasta donde se extiende su control sobre los Estados miembros. Como es sabido, no estamos ante un tribunal de derechos humanos sino que su misión consiste en velar por la integridad del ordenamiento comunitario, al que se incorporan los derechos fundamentales. Por ejercer esa función, el Tribunal de Justicia no puede controlar la actuación que realicen los Estados miembros al margen del Derecho comunitario¹⁴, esto es, en ejercicio de sus propias competencias. Esta última misión corresponde a los Tribunales nacionales que, al efectuar dicha fiscalización, deberán usar como parámetro principal (aunque no exclusivo) la Constitución nacional.

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal ha reconocido que controla el respeto de los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros en dos situaciones. En primer lugar, cuando éstos aplican Derecho comunitario, bien mediante su desarrollo legislativo o a través de su ejecución. En estos casos, los Estados Miembros actúan casi como órganos de la Unión o, en la terminología de J. Weiler¹⁵, como agencias. La primera de las Sentencias en esta línea fue en el caso Wachauf¹⁶, según la cual las exigencias derivadas de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario «vinculan, así mismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que éstos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben dichas exigencias».

La segunda situación en la que el Tribunal de Justicia ha reconocido su jurisdicción para controlar a los Estados miembros es cuando estos «derogan» Derecho comunitario, es decir, cuando se acogen a una excep-

¹³ RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 64, 2002, p. 15.

¹⁴ Sentencia Cinéthèque, de 11 de julio de 1985, asuntos acumulados 60/1984 y 61/84, y Sentencia Demirel, de 30 de septiembre de 1987, asuntos 12/86.

¹⁵ WEILER, J. H. H., FRIES, S. C., «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», en ALSTON, P. (dir.), *The E.U. and Human Rights*, Oxford, 1999, p. 161.

¹⁶ De 13 de julio de 1989, asunto 5/1988. Recientemente, el Tribunal de Justicia ha vuelto a confirmar este criterio en la S. Rodríguez Caballero, de 12 de diciembre de 2002, C-442/00. En la misma orientación, también las Sentencias Bostock, de 24 de marzo de 1994, C-2/92, Sentencia Karlsson y otros, de 13 de abril de 2000, C-292/97.

ción prevista en dicho sistema jurídico para dejar de aplicarlo. En estos casos, el Tratado de la Comunidad autoriza a los Estados a restringir las libertades comunitarias por razones, por ejemplo, de orden público, seguridad y salud pública¹⁷. Para el Tribunal, también en estos casos los derechos fundamentales forman parte del parámetro que el órgano jurisdiccional puede utilizar para medir la validez de las normas estatales¹⁸.

Toda la doctrina está de acuerdo en que la Carta sigue de cerca la jurisprudencia que se acaba de mencionar, entre otros motivos porque ésta era la orientación marcada por Consejo de Colonia, según la cual no se trataba de innovar radicalmente el panorama de los derechos fundamentales, sino de hacer visible el marco de protección ya existente¹⁹. Las principales dudas que el art. 51.1 ha suscitado se centran en determinar el grado de limitación que la Carta puede establecer sobre los Estados²⁰. Más en concreto, se cuestiona que exista una correspondencia exacta entre la jurisprudencia del Tribunal que antes se ha resumido y la dicción del precepto. Para algunos, éste es más restrictivo que las decisiones judiciales porque, literalmente, vincula a los Estados miembros sólo cuando aplican Derecho comunitario. Según esta opinión, por tanto, quedarían eximidas del control del Tribunal las actuaciones estatales que exceptúan la aplicación del Derecho comunitario.

¹⁷ Así por ejemplo, el art. 30 del TCE, que autoriza a los Estados a prohibir o restringir la libre circulación de mercancías por razones de orden público, moralidad y salud públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. Algo similar sucede con la libre circulación de trabajadores, matizada por lo previsto en los arts. 39.3 y 46.1 TCE.

¹⁸ Sentencia ERT, de 18 de junio de 1991, C-260/89.

¹⁹ Sobre este asunto, JACQUE, J.-P., «La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne», *Revue Universelle de Droits de l'Homme*, n.º 1-2, 2000; PACE, A., «A che serve la carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari», *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 1, 2001.

²⁰ Se han referido a este problema, por ejemplo, WEILER, J. H. H. «Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo» *Quaderni Costituzionali*, n.º 3, 2002, p. 529; ALONSO GARCÍA, R., «The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Jean Monnet Working Papers*, n.º 4, 2002, p. 4, www.jeanmonnetprogram.org; WATHELET, M., «La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 5-6, 2000, p. 589; MATÍA PORTILLA, F. J., «La eficacia de la Carta de Niza», *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 159.

El problema no es meramente semántico, sino de honda trascendencia, dada la frecuencia con que los países de la Unión se acogen a dichas excepciones para salvaguardar intereses de orden interno. La respuesta que se dé a la misma afecta, por tanto, a la extensión del control que corresponde al Tribunal de Justicia sobre los Estados miembros e, indirectamente, a la posible inaplicación del Derecho interno por parte de los jueces nacionales.

Ha sido sobre todo G. De Búrca quien ha argumentado detenidamente el carácter restrictivo del art. 51.1 basándose fundamentalmente en el proceso de elaboración del mismo, en las explicaciones del Praesidium y en la nota de información emitida por la Secretaría de la Convención al iniciarse los debates sobre los derechos fundamentales²¹. Todos estos extremos, aunque resultan de indudable interés, no resuelven definitivamente el problema. Las redacciones del precepto fueron tan diversas y sufrieron tantas modificaciones que, en realidad, parece difícil llegar a una conclusión que ayude a la interpretación del artículo²². Las explicaciones del Praesidium se remiten, en este asunto, a varias de las fórmulas que ha utilizado en Tribunal de Justicia en su jurisprudencia²³. Más significativo puede ser el informe elaborado por la Secretaría, pero en un sentido distinto al que propone la autora antes citada.

Es cierto que dicha nota es tajante en lo que se refiere a las competencias, porque señala que la Carta no tiene como objetivo atribuir poderes nuevos a la Unión en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero éste, como se intenta aclarar en estas páginas, es otro asunto. En relación con el que tratamos ahora, el texto se remite expresamente a la anterior jurisprudencia del Tribunal, de manera que no pone en cuestión sino, al contrario, confirma que los Estados miembros están vinculados a

²¹ DE BÚRCA, G., «The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», *European Law Review*, n.º 26, 2001, pp. 134 y ss.

²² Sobre este asunto, recientemente, EECKHOUT, P., «The EU Charter of fundamental Rights and the federal question», *CML Rev.* 2002, n.º 5, 2002, p. 954.

²³ Más concretamente, la que utilizó en la *S. Wachauf* ya citada donde, recordemos, dijo que «la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el marco del Derecho comunitario» y en la Sentencia *Karlsson*, de 13 de abril de 2000, C-292/97, donde señala que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria».

los derechos fundamentales también cuando derogan el Derecho comunitario²⁴.

Para intentar enfocar adecuadamente el problema planteado quizás deban explorarse otros caminos distintos. Las dudas de interpretación se resuelven mejor teniendo en cuenta el conjunto del sistema jurídico y la finalidad de la norma sometida a examen que indagando en la voluntad (o, en este caso, las contrapuestas voluntades) del legislador. Por ello, en este asunto, lo que procede es intentar aclarar lo que significa, en el contexto del ordenamiento europeo, la aplicación del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros.

Vaya por delante que el asunto no tiene fácil respuesta, porque la noción de aplicación varía según las distintas concepciones jurídicas. Cabe, en primer lugar, interpretarla como se ha hecho tradicionalmente. Según esta concepción, la aplicación consiste en subsumir un determinado supuesto de hecho que existe en la realidad con el previsto, de manera abstracta, en la norma, con la finalidad de extraer de esta última la consecuencia jurídica para el caso concreto. Dicha operación no se entiende como creación de Derecho, por lo que sólo corresponde al poder ejecutivo y al judicial.

Si se usara esta concepción para interpretar el art. 51.1 de la Carta, habría que dar la razón a quienes sostienen el sentido restrictivo del precepto. Cuando los Estados miembros se acogen a una excepción prevista en los Tratados, los operadores jurídicos aplican el derecho interno y, por lo tanto, inaplican el Derecho de la Unión. En estas circunstancias, no estarían vinculados a los derechos fundamentales, tal y como éstos aparecen garantizados por el ordenamiento comunitario, sino sólo al contenido de los mismos en el sistema jurídico interno.

Ocurre, sin embargo, que la aplicación ha sido concebida de otras maneras distintas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Entre ellas, la que ha influido decisivamente en la mentalidad jurídica continental ha sido la propuesta por H. Kelsen. Recordemos que el autor difumina la distinción entre creación y aplicación del Derecho, porque la mayor parte

²⁴ La nota de información, Charte 4111/00, ap. II.4 literalmente afirma que la Carta se «adaptará a la jurisprudencia del Tribunal, según la cual los Estados miembros deben respetar los derechos fundamentales desde el momento en que actúan en el ámbito de aplicación de los Tratados ya sea para aplicar el Derecho comunitario (o de la Unión) o para derogarlo (TJCE, sentencia de 16.6.1991 C-260/89, Rec I-2925, punto 43)».

de los actos jurídicos son ambas cosas a la vez. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior²⁵.

Existen algunas razones de peso para afirmar que el art. 51.1 se aproxima a esta idea de aplicación. Los términos que se utilizan en las otras lenguas oficiales de la Carta se aproximan a esta concepción, porque utilizan expresiones tales como *implementation*, *mettre en oeuvre*, o *attuazione*, que parecen más próximas al desarrollo del Derecho comunitario que a la aplicación del mismo a un caso concreto. Si el problema se analiza desde el punto de vista de la distribución de competencias, se puede llegar a una conclusión parecida.

Más adelante será necesario hacer algunas consideraciones sobre las atribuciones de la Unión. Por ahora, conviene señalar que, cuando los Estados exceptúan una norma de la Comunidad, no están actuando en propiedad dentro de sus competencias residuales y, por tanto, exclusivas²⁶. En sentido distinto, se mueven dentro del campo de las materias concurrentes, porque se trata generalmente de libertades que han sido creadas por el Derecho comunitario. Ese ámbito ha sido previamente ocupado por dicho sistema jurídico, por lo que las normas de Derecho interno únicamente serán válidas si se adecuan al mismo²⁷.

Es ahora cuando conviene recordar que el ordenamiento europeo, como cualquier otro sistema jurídico no sólo está compuesto por reglas, sino también por principios, entre los cuales se incluyen la protección de los derechos fundamentales, tal y como proclama el art. 6.2 del Tratado de la Unión. Desde esta perspectiva es inevitable incluir dichas facultades dentro del canon que el Tribunal de Justicia debe utilizar para medir la validez de los actos y normas del ordenamiento interno que exceptúan el Derecho comunitario, sencillamente porque no existe ningún argumento de Derecho positivo que permita excluirlos.

El propio entramado procesal de la Unión refuerza esta conclusión. Los actos de los Estados en los que se excluye las previsiones contenidas en

²⁵ *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1989, p. 154.

²⁶ F. G. JACOBS niega que el problema pueda enfocarse desde el punto de vista de las competencias, porque la Unión no es un sistema federal. No parece que este argumento sea de recibo. Sea lo que sea la Unión, hay distribución de poderes, por lo que este extremo no puede dejarse al margen. («Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice», *E.L.Rev.*, n.º 26, 2001, p. 337).

²⁷ Sobre este asunto, WEILER, J. H. H., «The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action», AAVV, *Du droit international au Droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987.

normas de Derecho comunitario pueden ser, y de hecho son sometidos al Tribunal de Justicia a través de la vía prejudicial, cuando el juez nacional *ad hoc* duda de su compatibilidad con el ordenamiento europeo. El Tribunal de Justicia está obligado a analizar si el supuesto de hecho que se le somete a examen cumple con los requisitos necesarios para exceptuar la aplicación de la libertad comunitaria, exigencias tales como la proporcionalidad de la medida o la inexistencia de discriminaciones arbitrarias. En algunos casos que han llegado recientemente ante el Tribunal, además, la justificación que el Estado alegaba para excepcionar la aplicación de una libertad, la libre circulación de mercancías, era precisamente la necesidad de salvaguardar, en el orden interno, un derecho fundamental como es la libertad de prensa.

Éste es el caso *Familiapress*²⁸, en el que el Tribunal de Justicia tuvo que analizar la legislación austríaca restrictiva de la venta de publicaciones periódicas que incluyen juegos con premios. La razón de ser de dicha limitación es, según el Derecho de ese país, mantener el pluralismo de la prensa, ya que los pequeños editores no pueden soportar la competencia agresiva de los grandes medios basada en ofrecer recompensas cada vez mayores. Forzosamente el Tribunal de Justicia tuvo que analizar si existía conexión entre la medida restrictiva adoptada y la finalidad alegada que, en este caso, consistía en garantizar un derecho fundamental que se integra en el ordenamiento comunitario.

La experiencia constitucional demuestra que es muy difícil dar una solución dogmática a los problemas que suscitan los casos de derechos fundamentales. A veces, para enfocarlos, sólo es posible inducir fórmulas generales de las decisiones judiciales dictadas en asuntos concretos. Por eso, habrá que ver como aborda el Tribunal de Justicia las dudas interpretativas que suscita la aplicación del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, ya que es dicho órgano el que tiene la última palabra a la hora de determinar el grado de control que le corresponde sobre el Derecho interno.

Por ahora, desde luego, ha persistido en su anterior jurisprudencia y sigue utilizando los derechos fundamentales como canon para medir la validez de las excepciones a las libertades comunitarias. Así ha resuelto muy recientemente en la Sentencia *Carpenter*, de 11 de julio de 2002²⁹. En esta ocasión decidió que la expulsión de Gran Bretaña de una ciuda-

²⁸ 26 de junio de 1997, C-368/97.

²⁹ C-60/00.

dana de un tercer Estado, casada con un súbdito inglés, constituye una limitación de la libre prestación de servicios que garantiza el art. 49 TCE. Los motivos de interés general que pueden invocar los Estados miembros para justificar dicha restricción sólo son legítimos si resultan conformes con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. En el caso sometido a examen, la denegación de la residencia al cónyuge resulta una violación de la vida privada del nacional comunitario.

Puede ser que algunos de los sectores presentes en la Convención pretendieran subrepticamente que la Carta, en vez de confirmar el nivel existente de derechos fundamentales, sirviese para reducirlo. Pero esta intención no vincula al Tribunal. Es posible que éste, en un momento determinado, opte por una línea de *self-restraint* en relación con los Estados miembros. Aun así, siempre deberá velar por la primacía y por la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario, valores que podrían ponerse en entredicho si renunciase a parte del control que ejerce sobre el Derecho interno.

Imaginemos por un momento que el Tribunal dejase de aplicar los derechos fundamentales como parámetro de validez de los actos de los Estados que exceptúan el Derecho europeo. De ser así, serían los Tribunales nacionales quienes deberían realizar dicho juicio en vista de las Constituciones nacionales, por lo que el parámetro de validez sería distinto en cada ordenamiento. No cabe descartar, además, que esos actos estatales acabasen siendo sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que utilizaría a su vez como parámetro el Convenio de Roma. Cualquiera de estos órdenes jurisdiccionales podría revisar asuntos ya fallados por el Tribunal de Justicia y considerados conformes a Derecho por cumplir las otras condiciones exigidas para exceptuar Derecho comunitario. No parece que una situación como la que se acaba de describir sea ventajosa para consolidar la integración europea.

La vinculación que la Carta establece sobre los Estados miembros plantea otros problemas distintos a los que se han examinado hasta ahora. No está claro si el nivel de protección que debe garantizar el Tribunal de Justicia ante los actos de la Comunidad debe ser igual o más intenso del que ofrece frente a los Estados miembros. Tampoco es fácil articular el contenido de la Carta con las Constituciones de los distintos países y con el Convenio de Roma. Estos problemas son de extraordinario interés, pero no guardan relación con la distribución de competencias, que es lo que se trata en estas páginas. Hay, sin embargo, una cuestión que no puede de-

jarse al margen, porque afecta directamente a las atribuciones de uno de los poderes de los Estados, como es el poder judicial.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Comunidad, antes y a partir de la Carta, pueden influir y de hecho están ya influyendo en el papel que corresponde a la jurisdicción ordinaria interna. El control del Tribunal de Justicia sobre los Estados miembros se articula a través de la cuestión prejudicial y, por tanto, se apoya en los jueces de los Estados que son, a todos los efectos, jueces comunitarios. Son éstos quienes suscitan dudas acerca de los actos y disposiciones internas que pueden vulnerar los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento europeo y quienes dictan sentencia a la vista de la decisión del Tribunal de Justicia. En ciertas ocasiones, los actos de los Estados que se declaran incompatibles con el orden jurídico europeo son leyes nacionales y los jueces deben dejar de aplicarlas, por exigencias del principio de primacía del Derecho comunitario.

Esta operación pone en cuestión el control de la ley que es característico de algunos ordenamientos, incluido el nuestro. El diálogo sobre la validez de la ley ya no se establece sólo entre el juez *ad hoc* y el Tribunal Constitucional. Éste último deja así de ser el único legitimado para privar de eficacia a ese tipo de normas. Ahora son los jueces ordinarios quienes, en colaboración con el Tribunal de Justicia y como guardianes de los derechos fundamentales, inaplican leyes estatales que vulneran esas facultades, utilizando un parámetro distinto a la Constitución interna. En definitiva, como ha subrayado M.^a Angeles Ahumada³⁰, el énfasis en los derechos hace surgir otras formas de *judicial review* distintas a las tradicionales.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDEN COMUNITARIO DE COMPETENCIAS

3.1. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como antes se señalaba, los derechos fundamentales no son solamente límites al poder sino que constituyen normas que afectan también al

³⁰ AHUMADA RUIZ, M.^a Ángeles, «¿Hay alternativas a la *judicial review*?» en VEGA GÓMEZ, J. y CORZO SOSA, E. (Coord), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002.

orden de competencias. Y esto porque no sólo imponen una abstención, sino también un hacer, una prestación. Es preciso pues determinar cuál de las entidades territoriales, si los Estados miembros o la Unión, tiene poderes para hacerlos efectivos.

El art. 51.2 de la Carta tiene en cuenta ésta faceta de los derechos. Los contempla desde dicho punto de vista y, también en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal, afirma que los derechos fundamentales proclamados no alteran la distribución de competencias ya existente.

Conviene dedicar cierta atención a este precepto, dado que es el que ha resultado más polémico y el que sigue suscitando más suspicacias. Esta disposición no excluye que la Unión pueda ejercer acciones dirigidas a promover los derechos fundamentales. Al contrario, conviene ya advertir que tiene poderes en este campo y que éstos son muy intensos.

Derivan, antes que nada, de lo dispuesto en los Tratados. Las intervenciones más incisivas que puede desempeñar la Comunidad son, sin duda, en el ámbito de igualdad, porque el art. 13 TCE autoriza a las instituciones europeas a adoptar acciones adecuadas para luchar contra todas las causas de discriminación enumeradas en el precepto. El hecho de que estemos ante un principio, que se proyecta sobre todo el ordenamiento, incluidas las materias propias de la Comunidad, ha propiciado el dictado de dos recientes Directivas³¹ que imponen la igualdad de tratamiento en un ámbito, a primera vista tan ajeno al orden europeo, como es el acceso a la vivienda³². Algo similar ocurre con las libertades comunitarias previstas en los Tratados. Es cierto que no todas ellas coinciden con derechos fundamentales porque, aunque estén dotadas de supralegalidad, no siempre están conectadas con la dignidad de la persona³³. Pero en algunos casos, como sucede con la libre circulación de personas, la relación es in-

³¹ Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y Directiva 2000/78 CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

³² El art. 3 de la D. 2000/43/CE establece que se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, en relación con asuntos tales como el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Esta normativa ha sido considerada por parte de la doctrina claramente *ultra vires*.

³³ Sobre este asunto, BIGLINO CAMPOS, Paloma, «De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 97, 1997, p. 92.

negable. Y en este supuesto, el art. 18 TEC permite que las instituciones comunitarias adopten las disposiciones necesarias para garantizar la aplicación del derecho.

Otras fuentes de actuación en materia de derechos fundamentales pueden provenir de la obligación que la Carta impone a la Unión de respetar los derechos, observar los principios y promover su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias.

La posibilidad que tienen las instituciones comunitarias de afectar derechos fundamentales cuando ejercen sus propias competencias es muy alta. Pero esto no es resultado de la Carta, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre dichas facultades, sino de la manera en que se configura la distribución de poderes en la Unión Europea. Hay pues que hacer una referencia a este asunto, aunque sea breve.

La doctrina sigue afirmando que la Comunidad dispone de poderes tasados, esto es, de competencias de atribución. Frente a ello, los Estados conservan un poder general, equiparable al *police power* de que disponen los Estados miembros en la Federación norteamericana y son titulares de todas las atribuciones que no han sido expresamente cedidas a la Unión. En virtud de este modelo, la Unión y los Estados miembros se encuentran en una diferente situación frente al orden jurídico comunitario. Mientras que la Unión puede hacer sólo lo que los Tratados permiten, los Estados pueden hacer todo lo que los Tratados no prohíben.

El hecho de que los poderes de la Unión sean limitados no significa, sin embargo, que sean débiles. La forma genérica en que se han recogido algunos de sus títulos competenciales y el juego, en favor de la Comunidad, de cláusulas generales, (como es, por ejemplo, la de poderes implícitos del art. 308 TCE) refuerzan la posición de la Unión. Al final, sus competencias llegan a ser tan amplias que es difícil encontrar casos en que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea haya determinado la existencia de un exceso de poder³⁴.

Además, y esto es característico de la Unión Europea, el reconocimiento de poder normativo a las instituciones comunitarias no desapodera a los Estados miembros de una facultad parecida sobre la misma parcela de la

³⁴ Sólo en el caso C-376/1998, de 5 de octubre de 2000, sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, el Tribunal anuló una directiva por haber sido dictada «ultra vires». Aun así, es discutible que el vicio en que incurría la norma comunitaria fuera, en sentido estricto, un defecto de competencia y no un vicio de procedimiento.

realidad. Sólo existen algunas materias sobre las cuales la Comunidad posee competencia exclusiva, que excluye toda intervención de los Estados miembros³⁵. En la mayoría de las ocasiones estamos ante competencias compartidas. En estas parcelas de la realidad, tanto los Estados miembros como la Comunidad pueden legislar, si bien, cuando ésta última lo hace, sus normas desplazan a las de los Estados miembros en virtud del principio de primacía³⁶.

En estas materias los Estados conservan el poder de implementar las disposiciones comunitarias, porque el federalismo³⁷ europeo es de ejecución. En esto, se aparta de otros modelos duales, como puede ser el norteamericano, en el que tanto la Federación como los Estados miembros son titulares y ejercen con frecuencia los tres poderes clásicos³⁸. En el modelo que

³⁵ Salvo previa habilitación de las instituciones comunitarias o cuando existan lagunas que haya que colmar. Estas competencias son la política comercial común (en el ámbito que cubriría antes de la entrada en vigor del Tratado de Niza); los recursos biológicos marinos en las zonas previstas en el Tratado; el establecimiento del arancel aduanero común; la política monetaria de los doce Estados miembros de la zona del euro. Sobre este asunto, la Nota del Praesidium a la Convención sobre la «Delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Sistema actual, problemas y vías de reflexión». Bruselas, 15 de mayo de 2002, Conv 47/02.

³⁶ Los documentos oficiales de la Convención sobre el futuro de Europa y la doctrina suelen referirse además a la existencia de competencias complementarias en favor de la Unión. (Así recientemente en nuestro país, JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 12, mayo agosto 2002). En estos ámbitos, la competencia de la Unión se limita a completar o a apoyar la acción de los Estados miembros, o a adoptar medidas de fomento o de coordinación de dicha acción. En estos casos, la facultad de adoptar medidas legislativas queda esencialmente en manos de los Estados miembros. Por eso, es discutible que estemos ante auténticas competencias en favor de la Unión. En efecto, que una determinada institución, pública o privada, pueda llevar a cabo actuaciones como, por ejemplo, conceder subvenciones, sobre una materia no la convierte en titular de competencia sobre dicha materia.

³⁷ El término federalismo se utiliza en estas páginas en sentido muy amplio, como sinónimo de una estructura territorial compleja, y no en sentido estricto. En otro caso, sería preciso entrar a analizar si la Unión Europea es o no una estructura federal, asunto que escapa de las intenciones de estas páginas y que he tratado en «La Unión Europea ¿estructura federal?», *50 años de la Unión Europea*, Oviedo, 2001, pp. 87-98.

³⁸ La Federación dispone de su propio aparato ejecutivo, aunque puede encomendar a los Estados miembros la implementación de determinados programas, pero

sigue la Unión, de raíz germánica, las materias y funciones aparecen tan entrelazadas que resulta sumamente difícil distinguir las competencias que corresponden a las distintas entidades territoriales. Como consecuencia de esta situación, es difícil encontrar áreas de Derecho nacional que no resulten afectadas, en cierto sentido, por el Derecho comunitario³⁹.

Es evidente que cuando la Comunidad regula materias que le son propias debe legislar con pleno respeto hacia los derechos fundamentales, mandato que, por lo demás ya estaba presente en el ordenamiento europeo. Desde esta perspectiva, adquiere pleno sentido concebir los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, tal y como ha hecho el Tribunal de Justicia. En cuanto cláusulas de carácter horizontal, obligan a las instituciones de la Unión a adoptar medidas destinadas a garantizarlos porque, en caso contrario, la regulación sería inválida, tal y como también ha fallado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones. De esta manera, la exigencia de respetar los derechos fundamentales implica que los órganos de la Unión, al ejercer los poderes que le confieren los Tratados, están obligados a crear reglas para garantizar dicho respeto⁴⁰.

3.2. EL SIGNIFICADO DEL ART. 51.2 DE LA CARTA

Esto no significa, sin embargo, que los derechos fundamentales atribuyan nuevas competencias a la Unión. Dejar claro este extremo es precisamente la misión del art. 51.2 de la Carta. Tampoco este precepto es original, sino que recoge la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia, expuesta en el dictamen 2/1994 y, más recientemente, por ejemplo, en el asunto Grant⁴¹. En esta última decisión el Tribunal afirma que «si bien el respeto de los derechos fundamentales...constituye un requisito para

esta cooperación sólo es posible si estos últimos están de acuerdo y a cambio de apoyo económico federal. la Corte Suprema Norteamericana suele mirar con desconfianza algunas de estas formas de colaboración. Sobre estos temas, con puntos de vista muy dispares, GREVE, M., «Against cooperative federalism», *Mississippi Law Journal*, winter 2000; WEISER, Ph. J., «Toward a constitutional architecture for cooperative federalism», *North Carolina Law Review*, Marzo 2001.

³⁹ Sobre este asunto, JONÁS BERING LIIBERT, «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», *Jean Monnet Working Paper*, 4/01, p. 39, www.jeanmonnetprogram.org.

⁴⁰ EECKHOUT, P., *ob. cit.*, p. 982.

⁴¹ Sentencia de 17 de febrero de 1998, C-249/96.

la legalidad de los actos comunitarios, estos derechos no pueden, en sí mismos, producir el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad».

Para algunos, como antes se afirmaba, el art. 51.2 está más cerca de la retórica que de la auténtica eficacia jurídica. La obligación de promover los derechos, establecida en el art. 51.1, atribuye a la Unión más poderes de los que se prevén en los Tratados, por lo que el art. 51.2 carece de auténtico significado.

La mejor manera de despejar estas dudas sea quizás recurrir al Derecho extranjero. En efecto, la finalidad de la disposición es evitar que suceda en la Unión lo que ha ocurrido en algunos sistemas federales, donde la declaración de derechos ha contribuido a centralizar el poder, en detrimento de las competencias de los Estados miembros.

El ejemplo que suele ponerse acerca del efecto centrípeto que pueden llegar a ejercer los derechos fundamentales es el de Estados Unidos, por lo que merece la pena relatar brevemente lo que sucedió en dicho país.

Recordemos que, originariamente, el *Bill of Rights* nació como una condición impuesta por los Estados miembros para ratificar una Constitución federal que, en opinión de muchos, configuraba un poder central demasiado peligroso para las libertades individuales. Por eso, a lo largo de las primeras décadas de la historia de los Estados Unidos el *Bill of Rights* constituyó un límite sólo frente a la Federación. De esta manera, el Juez Marshall, en una de las pocas ocasiones en que se reivindicó la aplicación de la declaración de derechos frente a los Estados miembros, afirmó con rotundidad que la cuestión «es de gran importancia, pero no de mucha dificultad» porque «está universalmente admitido y es parte de la historia de nuestros días» que sólo fué posible aprobar la Constitución tras asegurar que los nuevos poderes no pondrían en peligro la libertad. Por eso, el Presidente de la Corte Suprema pudo concluir, sin atisbo de duda, que las enmiendas que introdujeron la declaración de derechos estaban destinadas a garantizar la seguridad frente al nuevo poder federal, pero no frente a los poderes estatales⁴².

La situación cambió radicalmente después de la Guerra Civil. A pesar de la supresión de la esclavitud, los Estados del sur siguieron discriminando a las personas de color y persiguiendo a quienes defendían su causa, mediante la elaboración de *los Black Codes*. Para evitar estas prácticas

⁴² Barron v. Mayor and City Council of Baltimor, 7 Pet (32 U.S.) 243, 8 L.Ed. 672 (1833).

se dictó la XIV enmienda, precepto que permitió la *incorporation*, mediante la cual la declaración de derechos se aplica (aunque no está nada claro con que extensión⁴³) a los Estados miembros y es utilizada por la Corte Suprema para controlar la legitimidad constitucional de sus actos.

Otro asunto distinto es lo que puede hacer el Congreso de los Estados Unidos para imponer a los Estados miembros obligaciones específicas en materia de derechos fundamentales. Para los redactores de la XIV enmienda, el argumento de A. Hamilton con el que se abrían estas páginas no debía de estar muy claro. Para acabar con las prácticas discriminatorias en el sur, no parecía suficiente con que el poder judicial aplicase el *Bill of Rights* como un límite a los Estados. Tras la aprobación del Acta de Derechos Civiles de 1866 existían muchas dudas de que el Congreso de los Estados Unidos dispusiera de poder suficiente para legislar sobre materias que habían estado tradicionalmente confiadas en los Estados. Por eso, se incluyó en la nueva enmienda una cláusula específica en la que se autorizaba expresamente al Congreso para hacer cumplir, mediante la legislación apropiada, las previsiones del artículo⁴⁴. Desde entonces, el Congreso de los Estados Unidos ha desarrollado una intensa actividad legislativa para garantizar los derechos fundamentales⁴⁵, que sólo ha sido puesta en cuestión por la Corte Suprema en los últimos años⁴⁶ a través de una serie de polémicas decisiones⁴⁷.

⁴³ Sobre la polémica entre la *selective* y la *total incorporation*, con nuevos planteamientos AMAR, A. R., *The Bill of Rights, creation and reconstruction*, New Haven y Londres, 1998.

⁴⁴ Literalmente, la sección 5 de la enmienda XIV afirma que «The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article». Iguales previsiones aparecen recogidas en la enmienda XIII, sobre la abolición de la esclavitud y en la enmienda XV, acerca del derecho de voto.

⁴⁵ Por poner unos ejemplos de los últimos años, cabe referirse al Americans with Disabilities Act («ADA»), de 1990. Además, el Congreso extendió las leyes sobre copyright y patentes a los Estados en 1992, y dictó el Gun-Free Scholl Zones Act y la Violence Against Women Act. Además, aunque con mayor polémica, elaboró la Telecommunications Act, la Communications Decency Act, y la Religious Freedom Restoration Act. (COLKER, R., BRUDNEY, J. J., «Dissing Congress», *Michigan Law Review*, Octubre 2001).

⁴⁶ Después de la controvertida decisión en el *Civil Rights Cases*, (109 U.S. 3 (1883), y hasta 1997, la Corte no había invalidado ninguna legislación federal sobre la base de que el Congreso había excedido los poderes que le confiere la XIV enmienda. Desde 1997 hasta finales de 2001 ha invalidado cinco leyes federales por considerar que el Congreso ha excedido esas competencias (Ibidem, notas 9 y 10).

⁴⁷ Sobre el tema también DEVINS, N., «Congress as culprit: how lawmakers spurred on the court's anti-congress crusade», *Duke Law Journal*, Octubre 2001;

Este ejemplo puede servir de contrapunto para entender mejor el significado del art. 51.2 de la Carta Europea. Este texto no contiene ninguna cláusula habilitadora a favor de las instituciones de la Unión en materia de derechos fundamentales, que pueda ser parecida a la norteamericana. Todo lo contrario, excluye expresamente que se produzca un fenómeno similar al de Estados Unidos, al señalar que la nueva declaración no crea competencias o nuevas misiones para la Comunidad ni para la Unión. Extrapolando una expresión muy frecuente en nuestra jurisprudencia constitucional, se puede decir que, en el sistema europeo, los derechos fundamentales no constituyen un título atributivo de competencias, por lo que la Carta no altera el orden comunitario de distribución de poderes.

En definitiva, de todo lo expuesto se pueden extraer algunas conclusiones. A lo largo de las páginas anteriores se ha recordado que la Carta supone la consolidación del control que el Tribunal de Justicia (y los jueces nacionales, como jueces comunitarios) ejercen sobre los órganos de la Unión y sobre los Estados miembros, siempre que estos actúen en el marco del Derecho comunitario. Esto no significa, sin embargo, que el poder legislativo o ejecutivo de la Comunidad asuman nuevas competencias. Es cierto que dichos poderes están obligados a proteger y a promover los derechos fundamentales como, por lo demás, deben hacer todas las instituciones en cualquier sistema político contemporáneo. Pero al llevar a cabo ésta tarea, las instituciones y órganos de la Unión tienen que esgrimir una competencia que ya posean en virtud de los Tratados. En definitiva, 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.

Estas páginas empezaron con unas palabras de A. Hamilton y es bueno volver a ellas como colofón. Después de advertir sobre los peligros que entraña declarar los derechos fundamentales frente a una entidad que no tiene poderes para vulnerarlos, el autor matiza su afirmación. Sutilmente aclara que «no es que sostenga que una disposición de esta clase atribuiría facultades de reglamentación; pero es evidente que suministraría a los hombres con tendencias usurpadoras una excusa atendible para reclamar ese poder»⁴⁸.

COLKER, R., ROSEN, E., «An occasion for a more thorough analysis: the new findings requirement and congressional power under section 5 of the fourteenth amendment after *United States v. Morrison*», *California Law Review*, Marzo 2002.

⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 368.

El art. 51 de la declaración europea obedece a la misma desconfianza que expresaba A. Hamilton, para quien «un imprudente celo en favor de las declaraciones de derechos» podría servir de excusa para reforzar las competencias de la Federación. La Convención que redactó la Carta tomó también sus precauciones para evitar que los derechos fundamentales sirvieran de argumento para alterar el equilibrio de poderes existente hoy en día en Unión.

RÉSUMÉ

Tout au long des débats tenus au sein de la Convention ayant élaboré la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et au cours de la discussion actuelle sur le futur de l'Europe, des craintes ont été émises à maintes reprises, selon lesquelles cette déclaration de droits impliquerait une reconnaissance implicite de nouveaux pouvoirs pour l'Union. Ainsi, il a été fait fréquemment référence aux opinions exprimées par A. Hamilton dans « Le Fédéraliste », qui insiste sur le contresens consistant en une déclaration de droits face à une entité, en l'espèce, la récente Fédération nord-américaine, qui ne détenait pas de pouvoirs susceptibles d'être violés.

Cet article a pour but d'examiner l'article 51 de la Charte, afin d'éclairer ce doute interprétatif ainsi que d'autres ayant été suscités. A cette fin, il est procédé à une analyse du premier paragraphe de l'article 51, où les droits fondamentaux sont traités comme une limite au pouvoir, à la fois face à l'Union européenne et aux Etats membres. Cette disposition confirme la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice sur le double effet des droits fondamentaux, bien qu'elle suscite quelques doutes pour ce qui est des situations dans lesquelles les Etats membres appliquent le Droit Communautaire et sont donc soumis au contrôle de la Cour.

Mais le fait que la Charte confirme le contrôle par la Cour de Justice sur le respect des droits fondamentaux ne signifie pas que les autres institutions et organes de l'Union acquièrent des pouvoirs plus larges. L'article 51.2 de la Charte conçoit les droits fondamentaux précisément en tant que compétences et exclut expressément que ce transfert d'attributions puisse avoir lieu. Ceci n'implique pas que l'Union manque de pouvoirs sur les droits fondamentaux. Les Traités lui octroient des actions très intenses pour sauvegarder les facultés reconnues dans son dispositif; en outre, l'Union a l'obligation de protéger les droits fondamentaux lorsqu'elle exerce le reste des compétences dont elle dispose.

L'article 51.2 de la Charte a surtout pour but d'écarter l'idée que les droits fondamentaux puissent être utilisés comme une compétence autonome. Il peut donc être interprété comme un contrepoint à la modification XIV de la Constitution des Etats-Unis, qui attribue au Congrès la tâche de faire respecter, à travers la législation pertinente, le *Bill of Rights*. Le système juridique européen prétend ainsi dissiper la peur manifestée par A. Hamilton lorsqu'il notait que, bien que les déclarations de Droits n'attribuent en réalité aucune faculté de réglementation, elles peuvent constituer une excuse non négligeable pour réclamer ce pouvoir.

ABSTRACT

Throughout the debates in the Convention that drew up the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and during the on-going debate concerning the future of Europe, the fear has been expressed on numerous occasions that this declaration of rights entails an implicit recognition of new powers for the Union. Frequent reference has thus been made to opinions wrote by A. Hamilton in *The Federalist*, highlighting the contradiction of declaring rights in the face of an institution, in this case the recently established North American Federation, which in principle lacks the regulating power to violate such rights.

This paper aims to analyze article 51 of the Charter, and attempts to clarify both this as well as other doubts it has raised in terms of interpretation of that section. With this goal in mind, the first paragraph of article 51 is explored, where fundamental rights are dealt with in terms of their ability to restrict power, both with regard to the Union as well as the individual Member States themselves. The precept confirms previous jurisprudence by the Court of Justice concerning the dual scope of fundamental rights, although it does raise certain doubts with respect to those situations in which the Member States implement Community Law and are, therefore, subject to the control of the Court.

Even if the Charter does confirm Court of Justice control over respect for fundamental rights, this does not mean, however, that other institutions and organisms within the Union assume greater power. Article 51.2 of the Charter deals with fundamental rights as competences and expressly excludes the possibility of this transfer of power. This in no way means that the Union lacks power over fundamental rights as the Treaties confer on it powers to safeguard faculties established in its sections. Moreover, the Union is bound to protect fundamental rights when exercising other powers at its disposal.

Section 51.2 of the Charter is principally aimed at discarding the possibility of fundamental rights being used as autonomous power. It may, therefore be considered as the counterpoint to the XIV Amendment to the Constitution of the United States which, through the appropriate legislation, confers on the Congress the task of ensuring that the Bill of Rights is complied with. European legislation thus aims to dispel the fear voiced by A. Hamilton who pointed out that, although declarations of rights do not in fact confer any regulating power, they may yet provide a plausible pretense for claiming that power.