

LA RELEVANCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN (*)

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTEXTO JURÍDICO-DOG MÁTICO TRADICIONAL DE LA RELEVANCIA DEL DERECHO COMUNITARIO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES.—III. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL ART. 10.2 CE.—IV. LA DECLARACIÓN 1/2004, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ART. 10.2 CE

I. INTRODUCCIÓN

Los veinticinco años de jurisprudencia constitucional han dado numerosas pruebas de la importancia del art. 10.2 CE para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Dicho precepto ha sido crucial para fundamentar en sede constitucional y poner en práctica después una actitud, ya plenamente consolidada, de apertura permanente a la dimensión internacional de los derechos humanos, apertura cuya intensidad apenas tiene paralelismos en el Derecho comparado. La función constitucional de la «interpretación conforme» que el art. 10.2 CE impone al intérprete de los derechos fundamentales es, recordemos, doble: por un lado, la actualización permanente del contenido de los derechos fundamentales constitucionales; por otro, la coordinación de una interpretación autónoma, más o menos introvertida, de los derechos fundamentales con el estándar internacional de protec-

(*) El presente trabajo es parte de la investigación realizada durante mi estancia como Basque Visiting Fellow en el St. Antony's College de la Universidad de Oxford, en el curso académico 2004/2005.

ción de los derechos humanos, de manera que ambos marcos de protección evolucionen de forma convergente y esa convergencia quede consagrada en el más alto nivel del ordenamiento interno, el de la constitucionalidad (1).

Con todo, la construcción general de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional relativa al art. 10.2 CE ha tenido unas dificultades específicas a la hora de abordar teórica y prácticamente la relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Unas dificultades que son, sin duda, expresión de la compleja articulación entre Constitución e integración europea, proceso de fricción y de acomodación permanentes que, presumiblemente, seguirá manteniéndose durante bastante tiempo. De hecho la especificidad de la integración europea podría parecer avalar la idea de que, a los efectos de la interpretación conforme de los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 10.2 CE, el Derecho de la Unión vendría a situarse en un contexto jurídico-político de alguna forma diferente del de los tratados internacionales sobre derechos humanos. ¿Puede asimilarse el Derecho de la Unión, en su conjunto o algunos de sus componentes (el Derecho primario, el Derecho secundario, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el *soft law*), a los «tratados internacionales sobre derechos humanos» en el sentido del art. 10.2 CE o constituye una realidad diferente que escapa del ámbito de aplicación de ese precepto y se sitúa en la órbita del art. 93 CE? ¿Se pueden extraer elementos interpretativos vía art. 10.2 CE de un ordenamiento que carece de un concepto normativo de derechos fundamentales?

Un primer elemento perturbador deriva, precisamente, de la circunstancia de que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y los tratados posteriormente celebrados no encajan exactamente en la categoría «tratado

(1) El estudio más exhaustivo sobre el art. 10.2 CE es la monografía de A. SÁIZ ARNÁIZ: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Ed. CGPJ, Madrid, 1999. Entre los trabajos posteriores cabe señalar: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución española (art. 10.2 CE)», en P. CRUZ VILLALÓN, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER: *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum, Sevilla, 1999, págs. 31-54; F. DE CARRERAS: «Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, págs. 321-341; A. RODRÍGUEZ: «Juez español, derecho europeo y mayor protección de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000; ID.: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 79 y sigs., 160 y sigs., 286 y sigs.; J. I. UGARTEMENDIA: *El Derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, IVAP, Oñati, págs. 96-105; L. MARTÍN-RETORTILLO: *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.

internacional sobre derechos humanos» del art. 10.2 CE, en cuanto que representan un Derecho *supranacional* cuyo punto de conexión más directo con la Constitución parece ubicarse en el art. 93 CE. Pero, aun desbrozado ese primer obstáculo, el intérprete de los derechos fundamentales que acude al Derecho de la Unión Europea en busca de ayuda interpretativa constata dificultades nuevas, distintas de las que plantean los tratados internacionales «ordinarios» sobre derechos humanos, que no se deben a problemas o carencias del precepto constitucional, sino a los problemas de delimitación conceptual y al método de identificación material de los derechos fundamentales en aquel ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2) y la incorporación como Parte II al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, «Tratado Constitucional») (3), pendiente de ratificación en la actualidad, hacían inevitable, más tarde o más temprano, el planteamiento explícito de la cuestión. La circunstancia específica de que la Carta de Derechos Fundamentales incluya diversos criterios interpretativos para la interpretación de los derechos fundamentales allí reconocidos ha hecho urgente, en términos de adecuación constitucional, una toma de postura por el intérprete supremo de la Constitución, el cual, a instancia del Gobierno, ha pronunciado la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. Esta Declaración ha analizado en particular la conformidad de los arts. II-111 y II-112 del Tratado Constitucional con la Constitución española, y especialmente con su art. 10.2. Ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional permite completar la dogmática constitucional sobre el art. 10.2 CE.

El objetivo de estas páginas es, pues, analizar la relevancia del Derecho de la Unión *para la interpretación* de los derechos fundamentales constitucionales. Conviene subrayar que la relación entre el Derecho de la Unión y el régimen constitucional de los derechos fundamentales presenta más facetas o vertientes que la que se abordará aquí. El análisis arrancará del contexto jurídico-dogmático tradicional en que se ha movido la cuestión, antes de la existencia de una Carta de derechos (II). Posteriormente se expondrán las implicaciones de la Carta de Derechos Fundamentales para la construcción del art. 10.2 CE (III) y, finalmente, se examinarán los pronunciamientos de la Declaración 1/2004 del TC referidos a la compatibilidad de la Carta con el régimen constitucional de los derechos fundamentales (IV).

(2) DOCE 2000 C 364.

(3) DOCE 2004 C 310.

II. EL CONTEXTO JURÍDICO-DOGMÁTICO TRADICIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES

En este apartado se analizará el contexto jurídico-dogmático tradicional de la relevancia de los derechos fundamentales de procedencia comunitaria para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales; esto es, las consideraciones que vienen a continuación se refieren al estatus tradicional de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y hacen abstracción de la Carta de los Derechos Fundamentales (cuyas implicaciones específicas serán abordadas en el siguiente apartado). La referencia al estatus tradicional se justifica doblemente. Por una parte, ello permite explicar los problemas y la relativa incomodidad que suscitaba el Derecho comunitario a los efectos del art. 10.2 CE, y las posturas generadas sobre esa base en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional española. Por otra parte, como veremos posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales no supone una ruptura plena con el estatus tradicional de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, sino que, aparentemente, deja intacta la posibilidad de deducir, como principios generales del ordenamiento comunitario, nuevos derechos fundamentales.

1. *El Derecho comunitario como «derecho sobre derechos humanos» y como «sistema internacional de protección de derechos humanos»*

Ni los tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas, ni las normas producidas a su amparo, pueden catalogarse como «tratados internacionales sobre derechos humanos». La tutela de los derechos humanos no estaba, como es sabido, entre los objetivos expresos o implícitos del mercado común. No obstante, la jurisprudencia constitucional no ha interpretado estrictamente el requisito «tratado internacional sobre derechos humanos»: a los efectos del art. 10.2 CE no sólo tiene en cuenta los tratados referidos directamente al reconocimiento y tutela de derechos, sino también los tratados relativos a las *materias sobre las que inciden las disposiciones o actos de los poderes públicos* que se confrontan con las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. Con la creciente ampliación de materias reguladas o concernidas por el Derecho comunitario, pues, aumentaba también, en teoría, la relevancia de ese Derecho para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales. Al mismo tiempo, con el devenir del proceso de integración, los derechos humanos se han ido instalando en el Derecho comunita-

rio, de suerte que este ordenamiento ha adquirido una dimensión, *sui generis* pero real, de derechos humanos que lo convierte en un sistema internacional, con una jurisdicción al frente, que, entre otras funciones, vela también por la protección de derechos. La forma de cumplir el criterio exigido por el art. 10.2 CE puede parecer algo heterodoxa, pero no cabe negar una progresiva aproximación al cumplimiento ideal de dicho requisito (proceso que culminará, formalmente, con la ratificación del Tratado Constitucional que incorpora en su Parte II el catálogo de derechos fundamentales de la UE).

Con todo, la aplicación del art. 10.2 CE al Derecho comunitario presentaba al intérprete una serie de incertidumbres: la determinación de los derechos fundamentales que forman parte del ordenamiento comunitario, de su alcance y de las condiciones en que dichos derechos despliegan eficacia vinculante para los Estados miembros.

A) *Identificación de los derechos fundamentales que integran el Derecho comunitario*

Hasta la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales el ordenamiento comunitario carecía tanto de un concepto normativo como de un catálogo explícito de derechos fundamentales (4). Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas fueron ciegos a la protección de los derechos fundamentales *como tales* y no previeron disposiciones específicas al respecto, ni sustantivas ni competenciales. El Tribunal de Justicia señaló en 1996 que «ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito» (5).

(4) En este sentido, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ («El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, pág. 333), señalan que «en el Derecho comunitario, el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo, en el sentido de que no está elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental». Sobre los problemas de delimitación conceptual e identificación material puede verse M. PI LLORENS: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 90 y sigs.; véase también, en especial para conocer los derechos reconocidos, A. CHUECA SANCHO: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, 2.ª ed. actualizada y revisada, Bosch, Barcelona, 1999.

(5) Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. 1996, pág. I-1759, apdo. 27. El Dictamen versó sobre la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio. La afirmación del TJCE resulta apodíctica. Por una parte, el Tratado CEE prohibía toda discriminación por razón de la

No obstante, la inexistencia de un concepto normativo o de un catálogo explícito de derechos fundamentales en los Tratados constitutivos no tiene por qué significar una insuficiente protección de los derechos de los ciudadanos. La protección puede desplegarse, y se ha desplegado de hecho en el ordenamiento comunitario, de una forma distinta: la carencia inicial se suplió ingeniosamente a través de una especie de rodeo jurídico (6). La observancia de los derechos fundamentales tendría lugar en el ordenamiento comunitario a través de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (7). El Tribunal de Justicia declaró dos fuentes de reconocimiento de derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido (8). Con el tiempo, el Tribunal precisó que, en el contexto de los instrumentos internacionales mencionados en segundo lugar, «el Convenio revestía un significado particular» (9). A partir del Tratado de Maastricht, el acervo comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales se incorporó al Derecho primario: «La Unión

nacionalidad y otorgaba a las instituciones comunitarias la competencia para establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones. Por otra parte, el Tribunal de Justicia interpretó que la inclusión de la cláusula de «derechos humanos» en los tratados internacionales de cooperación al desarrollo concluidos por la Comunidad se fundamentaba en el art. 130 Y TCE (Sentencia de 3 de diciembre de 1996, as. C-268/94, pág. I-6177, apdo. 27).

(6) La bibliografía sobre el desarrollo de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario es desbordante. Una selección mínima incluye: N. NEUWAHL y A. ROSAS (eds.): *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995; P. ALSTON (ed.): *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999; F. SUDRE y H. LABAYLE (dirs.): *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruselas, 2000; K. LENAERTS: «Fundamental rights in the European Union», *European Law Review*, 2000, págs. 575-600.

(7) TJCE, Sentencia de 12 de noviembre de 1969, as. 29/69, *Stauder*, pág. 419, apdo. 7; Sentencia de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Gesellschaft*, pág. 1125, apdo. 4; Sentencia de 14 de mayo de 1977, as. 4/73, *Nold*, pág. 491, apdo. 13; Sentencia de 20 de mayo de 2003, as. ac. C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof*, Rec. 2003, pág. I-4989, apdo. 68.

(8) TJCE, Sentencia de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Gesellschaft*, pág. 1125, apdo. 4; Sentencia de 14 de mayo de 1977, as. 4/73, *Nold*, pág. 491, apdo. 13; Sentencia de 13 de diciembre de 1979, as. 44/79, *Hauer*, pág. 3727, apdo. 15; dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, pág. I-1759, apdo. 33.

(9) TJCE, Sentencia de 18 de junio de 1991, as. C-260/89, *ERT*, pág. I-2925, apdo. 41. El Tribunal siguió el criterio expresado en la Declaración conjunta de la Asamblea, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977.

respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (art. 6.2 TUE, antiguo art. F.2).

La jurisprudencia inicial parecía apuntar levemente a una cierta preeminencia *natural*, a los efectos del reconocimiento de los derechos fundamentales, de las tradiciones constitucionales comunes: el Tribunal de Justicia debía partir de las tradiciones constitucionales comunes, sin admitir ninguna medida que fuera incompatible con ellas; en cambio, los instrumentos internacionales sólo proporcionaban «indicaciones» que debían ser tomadas en consideración en el marco del Derecho comunitario (10). Pero, en general, la jurisprudencia ha optado por mantener al mismo nivel ambas fuentes de inspiración material: la cláusula ritual que las proclama y que se ha reiterado hasta nuestros días, las sitúa en un plano formal de igualdad (11). Sin embargo, la evolución de las cosas ha decantado la importancia efectiva de cada una de las fuentes teóricas de inspiración material. En efecto, con el tiempo el Convenio se ha integrado plenamente en los ordenamientos de los Estados miembros, que, además de ratificarlo, han aceptado la jurisdicción del TEDH para examinar demandas individuales. Ello puede explicar el que, en la jurisprudencia moderna del TJCE, el Convenio se haya convertido en el instrumento privilegiado para ofrecer la solución comunitaria en materia de derechos fundamentales, hasta el punto de que algunos autores hablan de una «apropiación» del Derecho del Convenio por el juez comunitario, tanto por la frecuencia de las referencias como por el carácter directo —sin el filtro mediador de los principios generales— de la aplicación de ese instrumento, tal y como es interpretado por el TEDH (12).

Aunque la jurisprudencia posterior sigue reiterando la fórmula tradicional

(10) TJCE, Sentencia de 14 de mayo de 1977, as. 4/73, *Nold*, pág. 491, apdo. 13; vid. las observaciones de F. MODERNE: «La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne», en F. SUDRE y H. LABAYLE (dirs.): *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruselas, 2000, págs. 35-84, esp. pág. 44.

(11) TJCE, Sentencia de 29 de mayo de 1997, C-299/95, *Kremzow*, pág. I-2629, apdo. 14; Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, *Schmidberger*, pág. I-5659, apdo. 71.

(12) F. SUDRE: «Introduction», en *Réalité et perspectives...*, *cit.*, págs. 7-34, aquí 19-20. Una recopilación de las ocasiones en que la jurisprudencia del TJCE ha hecho uso del Convenio puede verse en E. GUILD y G. LESIEUR: *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights – Who said what, when?*, Kluwer, London, 1998.

de referencia a las tradicionales constitucionales comunes y los instrumentos internacionales, la redacción del art. 6.2 (antiguo art. F.2) TUE testimonia la sutil transformación ocurrida con el tiempo: en primer lugar, el Convenio queda singularizado y precede a las demás fuentes (13); en segundo, el Convenio no aparece como una simple fuente de *inspiración*, proveedora de *indicaciones*. La Unión debe respetar los derechos protegidos por el Convenio. Por tanto, los derechos fundamentales comunitarios incluyen, sin más ambigüedades o mediaciones, los derechos protegidos por el Convenio. En suma, la posición constitucional del Convenio en el ordenamiento comunitario ha sido reforzada notablemente con el Tratado de Maastricht (y, a su vez, con la nueva redacción dada al art. 46 TUE, con el Tratado de Ámsterdam). En la jurisprudencia reciente, el Tribunal de Justicia utiliza directa y exclusivamente el propio acervo del Convenio, sin la mediación de los principios generales del Derecho (14). Esta práctica reiterada apoya la idea de la reducida utilidad efectiva de las tradiciones constitucionales comunes como fuente de reconocimiento de derechos fundamentales; la reciente ampliación de la Unión a 25 Estados miembros ha venido a complicar aún más la posibilidad de constatar tradiciones constitucionales comunes (15).

El rodeo a través de los principios generales del Derecho no ha repercutido, en cualquier caso, en una posición ordinal secundaria de los derechos fundamentales. Los principios generales del Derecho se ubican en el sistema de fuentes en el nivel más elevado del ordenamiento comunitario. En consecuencia, los derechos fundamentales así reconocidos despliegan en el ordenamiento comunitario la eficacia típica de los derechos fundamentales: son parámetro de validez de la actuación de las Instituciones comunitarias y de los Estados miembros (en cuanto que actúan en el marco del Derecho comunitario), y sirven, por tanto, para contrastar la legalidad de los actos

(13) MODERNE: «La notion de droit fondamental...», *cit.*, pág. 47; LENAERTS: «Fundamental rights...», *cit.*, pág. 578.

(14) Vid. en este sentido la Sentencia del TJCE de 12 de junio de 2003, C-112/00, *Schmidberger*, pág. I-5659, apdos. 77, 79 y 80. El TJCE aplica directamente, sin más disquisiciones, «los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión garantizados por el CEDH», sin afirmar expresamente que esos derechos formen parte del ordenamiento comunitario. Algunos autores han sostenido que la práctica jurisprudencial se situaría más allá del art. 6.2 TUE: vid. SUDRE: «Introduction», *cit.*, pág. 29, citando la afirmación rotunda de Puissochet, juez del TJCE, de que el Tribunal de Justicia aplica directamente el Convenio. Pero parece que este nuevo estilo jurisprudencial viene apoyado por la propia redacción del art. 6.2 TUE.

(15) Sobre el valor jurídico de la referencia a las tradiciones constitucionales comunes vid. A. PIZZORUSSO: *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2002, págs. 7 y sigs.

normativos de las Instituciones comunitarias y obligan a la interpretación conforme de sus disposiciones (16).

Los Tratados constitutivos no reconocían originalmente derechos fundamentales, pero sí un importante conjunto de derechos públicos subjetivos. Los elementos más sobresalientes y característicos del proceso de integración europea son, justamente, las dos cláusulas antidiscriminatorias (por razón del sexo y de la nacionalidad) y las cuatro libertades económicas (libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales). Una de las cuestiones no resueltas en la doctrina comunitaria es la ubicación dogmática de dichas posiciones jurídicas, especialmente en el caso de las libertades económicas. Una línea doctrinal ha tendido a negarles, en teoría o en la práctica, su naturaleza de derechos fundamentales en el sentido de la dogmática del mismo nombre propia del Estado constitucional (17). Otra línea doctrinal tiende a reconocerles un status o un potencial iusfundamental (18). Una tercera se inclina por restringir la iusfundamentalidad a una mínima parte de las mencionadas posiciones jurídicas (19). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece alen-

(16) TJCE, Sentencia de 20 de mayo de 2003, as. ac. C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof*, pág. I-4989, apdo. 68.

(17) Como muestra de este estado de opinión, véanse las afirmaciones de A. RODRÍGUEZ («Juez español, derecho europeo...», *cit.*, págs. 98-99): considera las libertades comunitarias como «en realidad, políticas comunitarias»; «las normas que las regulan aparecen en los tratados más como el resultado de determinados principios de política comunitaria que como derechos fundamentales cuyo respeto se considere una exigencia jurídica *per se*»; en cambio, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE) sería un auténtico derecho fundamental comunitario, y a partir del Tratado de Maastricht, los ciudadanos comunitarios sí dispondrían de auténticos derechos subjetivos. El citado autor se manifiesta en el mismo sentido en RODRÍGUEZ: *Integración europea...*, *cit.*, pág. 239; con todo, aquí asocia las libertades comunitarias clásicas a la categoría de una institución jurídica garantizada, sugiriendo, siquiera implícitamente, cierta proximidad con los derechos fundamentales que consisten en una prestación normativa.

(18) B. DE WITTE: «The Past and Future of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en ALSTON (ed.): *The EU and the Human Rights*, *cit.*, pág. 863. Ya en 1972 H. P. IPSEN (*Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tubinga, pág. 728) incluía a las libertades económicas entre las «garantías comunitarias de la libertad individual»; con todo, destacaba la singular función de las libertades económicas (contraponiéndolas implícitamente con los derechos fundamentales constitucionales): su finalidad no sería ofrecer a los ciudadanos comunitarios una protección adicional frente a sus autoridades estatales, sino superar las fronteras entre los Estados miembros, eliminar la discriminación por razón de nacionalidad, en suma fundamentar la dimensión comunitaria de la libertad económica.

(19) Las orientaciones divergen dentro de la asimilación parcial. K. LENAERTS y E. DE SMIJTER: «A “Bill of Rights” for the European Union», *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, págs. 273-300, aquí 274, señalan que el Tratado CEE contenía en 1957 como derechos fundamentales únicamente las dos cláusulas antidiscriminatorias. En cambio, para Von Bogdandy, sólo

tar la tesis asimiladora con su lenguaje (la referencia a las libertades comunitarias como «libertades fundamentales») y la creciente concepción de las libertades comunitarias como derechos de libertad (20). Pero, en general, la consideración de las libertades fundamentales comunitarias como simples instrumentos para la movilización de los factores de producción en el mercado común ha lastrado la elaboración dogmática de la categoría (21). Pero aun existiendo diferencias funcionales con respecto a los derechos fundamentales (22), lo cierto es que las libertades comunitarias otorgan a los ciudadanos de la Unión derechos públicos subjetivos que pueden invocar en una serie de circunstancias. Sin embargo, hasta la fecha no se ha elaborado una dogmática propia de las libertades fundamentales comunitarias (23), ni una dogmáti-

la libre circulación de trabajadores y su acceso al trabajo tendría la estructura de los derechos fundamentales. En su opinión, las demás libertades básicas no constituyen derechos fundamentales porque la decisión que toma el TJCE sobre la base de las cuatro libertades no sitúa el asunto fuera del alcance del proceso político ordinario: los Estados pueden regular la materia, a través del Consejo, de forma diferente a lo decidido por el Tribunal. Lo mismo valdría, según él, para otros dos importantes sectores del Derecho primario, como el derecho de la competencia y el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo. Vid. A. VON BOGDANDY: «The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, págs. 1326-1327.

(20) Algunos autores como Kingreen critican esa transformación de las libertades comunitarias en una categoría paralela a los derechos fundamentales. Ese paso se da, a su juicio, cuando el requisito de discriminación (de las operaciones o movimientos transfronterizos) deja de ser un elemento constitutivo para la apreciación de una injerencia en las libertades comunitarias, y basta, para que exista una injerencia, que se afecte a los fenómenos transfronterizos, aunque no tenga su causa en ellos. Vid. T. KINGREEN: «Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2004, págs. 570-576, esp. 572-575.

(21) Esa visión reduccionista no es correcta, al menos, desde el Tratado de Maastricht. La ciudadanía de la Unión Europea es ahora el punto de conexión del derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 18.1 TCE).

(22) Según Kingreen, mientras la función de los derechos fundamentales es la legitimación del poder público, las libertades comunitarias son «normas de integración transnacional»: su función es la integración de diferentes ordenamientos jurídicos. Su justificación existencial es la diversidad de ordenamientos jurídicos de carácter estatal. Sin «normas de integración transnacional» no hay mercado común. Las normas de integración transnacional pierden relevancia práctica a medida que se uniformiza el ordenamiento jurídico de la nueva entidad y el ejercicio policéntrico del poder público da paso a un ejercicio centralizado (como ocurrió con las normas correspondientes de la Constitución imperial alemana de 1871). Por otra parte, señala que la necesidad de «normas de legitimación supranacional» aparece una vez que las normas de integración transnacional han producido ciertos resultados y la actividad normativa de la nueva instancia supranacional es susceptible de afectar cada vez más sensiblemente a los derechos fundamentales. Vid. KINGREEN: «Theorie und Dogmatik...», *cit.*, págs. 574-575.

(23) La elaboración dogmática de las libertades básicas comunitarias cuenta ya una abundante bibliografía en lengua alemana. Vid. entre otros C. D. CLASSEN: «Auf dem Weg zu einer



ca de los derechos públicos subjetivos otorgados por el Derecho comunitario (24).

Los derechos fundamentales comunitarios y las libertades fundamentales comunitarias deben ser integrados en una dogmática comprensiva de los derechos públicos subjetivos de la Unión Europea (25). La necesidad de una dogmática comunitaria, aceptada ampliamente, sobre los derechos público-subjetivos tiene una doble justificación. Desde la perspectiva comunitaria, porque la falta de una dogmática constituye en sí un considerable obstáculo, en primer lugar, para la aplicación de las libertades fundamentales comunitarias (26) y, en segundo, para la tarea de una ciencia jurídica auténticamente comunitaria, que como tal ciencia debe ocuparse de «descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección» (27). Desde la perspectiva interna, si ya es bastante compleja la aplicación de las normas comunitarias en general, las operacio-

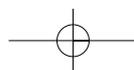
einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1995, págs. 97 y sigs.; H. J. JARASS: «Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten», *Europarecht*, 1995, págs. 202-226, y «Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II», *Europarecht*, 2000, págs. 705-723; M. HOFFMANN: *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1999; P. SZCZEKALLA: «Grundfreiheitenliche Schutzpflichten – eine “neue” Funktion der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1998, págs. 219 y sigs.; ID.: *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2002; D. SCHINDLER: *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, 2001; J. SUERBAUM: «Die Schutzdimension der Gemeinschaftsgrundrechte», *Europarecht*, 2003, págs. 390 y sigs.

(24) Sobre esta elaboración doctrinal alemana, que no parece trascender fuera de sus fronteras, véanse entre otros, N. REICH: «System der subjektiven öffentlichen Rechte in der Union», *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. VI, 1988, págs. 157 y sigs.; W. FRENZ: «Subjektiv-öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, págs. 408-415; T. VON DANWITZ: «Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1996, págs. 481-490; C. D. CLASSEN: «Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts? Zum Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrechts», *Verwaltungsarchiv*, 1997, págs. 645-678; D. TRIANTAFYLLOU: «Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, págs. 192-200; T. KINGREEN y R. STÖRMER: «Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts», *Europarecht*, 1998, págs. 263-290.

(25) KINGREEN: «Theorie und Dogmatik...», *cit.*, págs. 573 y sigs.

(26) JARASS: «Elemente...», *cit.*, pág. 203.

(27) L. FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2.^a ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001, pág. 29.



nes que reclaman los arts. 10.2 (interpretación conforme), 53.1 (respeto del contenido esencial) y 93 (primacía del Derecho comunitario) de la Constitución deben afrontar dificultades sin duda extraordinarias en relación con el Derecho comunitario de los derechos fundamentales y de las libertades fundamentales (28). La metodología jurídica de la jurisprudencia y de la doctrina comunitarias deberá ser afinada una vez que la Carta de Derechos Fundamentales entre en vigor.

B) *Alcance de los derechos fundamentales comunitarios*

La suficiencia del nivel de protección de los derechos fundamentales ofrecido por la jurisprudencia del TJCE ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina durante las últimas décadas. Afortunadamente, las críticas se han movido siempre en un plano más abstracto y teórico que actual y empírico (29). Más que casos concretos que acreditaran un nivel insuficiente de protección, el problema de fondo sería el método, el estilo o la actitud jurisprudencial en materia de derechos fundamentales: ese estilo o método (y no una mala fe del Tribunal de Justicia), eventualmente, podría conducir a decisiones insatisfactorias desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

La especificidad de la integración europea pareció imponer, cuando menos inicialmente, una limitación al alcance de la protección de los derechos fundamentales en ese ordenamiento y condicionó la perspectiva tradicional al respecto. La divergencia de concepto y de método entre la doctrina de la integración europea (que, además de contar con elementos jurídico-internacionales se ha caracterizado, en general, por un enfoque más funcional que sistemático y dogmático) y la doctrina de los derechos fundamentales ha complicado históricamente las cosas, dificultando el diálogo jurídico con las

(28) Para A. MANGAS MARTÍN (en la obra escrita con D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pág. 552): «Hoy, la protección garantizada por la jurisprudencia del TJCE y por el ordenamiento jurídico comunitario sigue siendo un campo de conflicto entre el orden comunitario y los órdenes nacionales»; en el mismo sentido RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ: «El Derecho comunitario y las relaciones...», *cit.*, pág. 375, lo definen como «el campo potencialmente más conflictivo» en las relaciones entre el TJCE y los Tribunales Constitucionales.

(29) Los Tribunales Constitucionales alemán e italiano y la Comisión Europea de Derechos Humanos declararon en términos generales la suficiencia del nivel de protección comunitario, cada uno desde la perspectiva de su respectivo catálogo de derechos. Naturalmente, ese «certificado de equivalencia» no excluía de por sí la posibilidad de contradicciones puntuales, pero suponía un respaldo institucional importante.

jurisdicciones constitucionales de algunos Estados miembros (30). En la dogmática de los derechos fundamentales se parte de la idea de que los límites de los derechos sólo pueden provenir de las necesidades de una sociedad democrática. En la doctrina clásica de la integración, en cambio, se asumía que de las necesidades del mercado común pueden provenir límites a los derechos individuales. Desde el principio se advirtió, por tanto, que el alcance de los derechos fundamentales comunitarios reconocidos había de supeditarse a la lógica comunitaria: la salvaguardia de los derechos fundamentales, aun inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes, debía ser «garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad» (31). Pero la recurrente invocación de la autonomía del sistema jurídico comunitario «hacia arriba» (p. ej., frente a una adhesión formal al CEDH y a la sujeción a una jurisdicción exterior especializada) (32) o de la especificidad de la integración europea «hacia abajo» (frente a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales) (33) corría el peligro de confundirse con una subordinación *tout court* de los derechos fundamentales a la «razón de Comunidad».

La necesidad de que esa divergencia fuera, cuando menos, atenuada parecía evidente, pero, desde el punto de vista teórico, el problema era acertar con

(30) Como muestra de un estado de opinión extendido en el pasado, puede bastar la siguiente afirmación de A. MANGAS MARTÍN (*Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 158): «la jurisprudencia comunitaria se adapta mejor a la evolución rápida del Derecho Comunitario, protegiendo esos derechos en los nuevos ámbitos por los que pueden discurrir las normas comunitarias, que un catálogo cerrado de derechos que podría quedar viejo e incompleto al no contemplar posiblemente los ámbitos complejos y hoy impredecibles de la actividad socio-económica que la integración europea pueda arrastrar». Históricamente se han enfrentado dos percepciones subjetivas que se apoyan a su vez en una base objetiva más o menos verificable: por una parte, la percepción de la buena predisposición del Tribunal de Justicia, basada en un nivel suficiente de protección y en la inexistencia de contradicciones substanciales con el estándar internacional (CEDH) o interno; por otra parte, la percepción del riesgo de conflicto, basada en la inexistencia de un listado más o menos amplio de derechos subjetivos, claros y definidos, cuya tutela puedan reclamar con toda certeza los ciudadanos comunitarios.

(31) TJCE, Sentencia de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Gesellschaft*, pág. 1125, apdo. 4.

(32) El Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 (Rec. 1994, pág. I-1759), concluyó que la adhesión al CEDH tendría «una envergadura constitucional»: «entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario» (apdos. 34-35).

(33) TJCE, Sentencia de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Gesellschaft*, pág. 1125, apdo. 3; Sentencia de 13 de diciembre de 1979, as. 44/79, *Hauer*, pág. 3727, apdo. 14.

la fórmula más adecuada. Las propuestas de solución o de conciliación han venido y vienen condicionadas en cada caso por la concepción que se mantenga sobre la función que debe corresponder a los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario (34). Quienes aspiran a una dogmática comunitaria de los derechos fundamentales entienden que debe ser el mercado común quien imperativamente ha de sujetarse a las necesidades de una sociedad democrática (35). En cambio, quienes ven efectos perturbadores para la sistemática constitucional en una sustantivación de los derechos fundamentales comunitarios abogan, más modestamente, por una coordinación de las dogmáticas comunitaria de la integración e interna de los derechos fundamentales (36).

No obstante, la propia jurisprudencia comunitaria puede contribuir a mitigar e incluso a superar la contraposición antes referida. En los últimos tiempos, el Tribunal de Justicia parece estar abandonando su enfoque tradicional, centrado en la lógica comunitaria, de protección de los derechos fundamentales, para asumir la lógica propia de los derechos fundamentales. La apropiación plena e incondicionada del Derecho del Convenio puede haber facilitado o acelerado el cambio de enfoque. En efecto, el Tribunal de Justicia, no sólo se vale de los derechos humanos expresados en el Convenio, sino que se apropia también del ámbito de protección tal y como es interpretado en la jurisprudencia del TEDH, con inclusión plena del sistema de protección elaborado por dicho Tribunal (concepto de injerencia, doctrina sobre los límites legítimos y sobre los límites de los límites) (37). La jurisprudencia más reciente

(34) Para una discusión crítica véase F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 13-52 [publicado también en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, dir. Civitas, Madrid, 2002, págs. 113-150]; VON BOGDANDY: «The European Union as a Human Rights Organization?...», *cit.*, págs. 1307-1338 (versión alemana «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union», *Juristenzeitung*, 2001, págs. 157-171).

(35) En este sentido, R. ALONSO GARCÍA: «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pág. 39, nota 95.

(36) En este sentido F. RUBIO LLORENTE: «Una Carta de dudosa utilidad», en F. J. MATÍA PORTILLA (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 199: «tanto el TEJ [Tribunal de Justicia] como los Tribunales nacionales están obligados a actuar coordinadamente. Aquél no puede atender sólo al interés específico de asegurar la integración, ni éstos pueden prescindir de ese interés para definir la concepción nacional acerca del equilibrio entre los distintos Derechos. Para llevar a cabo esta tarea difícil, la relativa indefinición de los Derechos protegidos por la Unión no es un inconveniente, sino una ventaja».

(37) Véase, en particular, la Sentencia del TJCE, de 20 de mayo de 2003, as. ac. C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof*, pág. I-4989, apdo. 71 y sigs.; también la Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, *Schmidberger*, pág. I-5659, apdos. 79-80.

sigue plenamente los razonamientos habituales de la jurisprudencia del TEDH. En el asunto *Schmidberger*, el Tribunal de Justicia abordó el que parece ser el primer supuesto de invocación por un Estado miembro de la necesidad de proteger derechos fundamentales para justificar una restricción a una de las libertades fundamentales del Tratado (38). El Tribunal señaló que «la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías» (39).

C) Vinculación de los Estados miembros

La doctrina sobre la vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales comunitarios es más sencilla de formular que de aplicar. Los Estados miembros sólo están vinculados a los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario cuando su actuación o la situación desarrollada bajo su jurisdicción está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. A partir de ese momento, los Estados miembros están vinculados también a la interpretación de esos derechos que realiza el Tribunal de Justicia. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial referido a una situación nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha situación con los derechos fundamentales (40).

La vinculación de una situación nacional con los derechos fundamentales comunitarios requiere la existencia de un elemento de conexión con alguna de

(38) Así lo destacó, en sus conclusiones, el Abogado General Jacobs, pág. I-5684, punto 89.

(39) TJCE, Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, *Schmidberger*, pág. I-5659, apdo. 74. Pueden consultarse los siguientes comentarios a la sentencia: S. KADELBACH y N. PETERSEN: «Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2003, págs. 693-698; G. FACENNA: «Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge v Austria: Freedom of Expression and Assembly vs Free Movement of Goods», *European Human Rights Law Review*, 2004, págs. 73-80; N. STOFFEL VALLOTON: «Ecologistas, tránsito de mercancías y protección de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004, págs. 483-506.

(40) TJCE, Sentencia de 29 de mayo de 1997, C-299/95, *Kremzow*, pág. I-2629, apdo. 15; Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, *Schmidberger*, pág. I-5659, apdo. 75.

las situaciones contempladas por las disposiciones del Tratado, p. ej., el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales. Pero la determinación de lo que sea una situación comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario dista de ser sencilla (41). Los procesos penales, por ejemplo, no se sitúan de inmediato fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y, por tanto, no quedan automáticamente desvinculados de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. En un asunto relativo a un procedimiento penal interno contra un juez jubilado, el Tribunal de Justicia descartó la existencia de dicho elemento de conexión: «aunque toda privación de libertad puede obstaculizar el ejercicio del interesado de su derecho a la libre circulación, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce, no obstante, que la perspectiva puramente hipotética de tal ejercicio no constituye un vínculo suficiente con el Derecho comunitario como para justificar la aplicación de las disposiciones comunitarias» (42). El Tribunal señaló además que, «por otra parte, el Sr. Kremzow fue condenado por asesinato y tenencia ilícita de arma de fuego con arreglo a disposiciones de Derecho nacional que no estaban destinadas a garantizar el cumplimiento de normas de Derecho comunitario» (43). En efecto, en el asunto *Bickel* el Tribunal señaló que la legislación penal y las normas de procedimiento penal, que en principio son de la competencia de los Estados, pueden entrar dentro del campo de aplicación del Derecho comunitario si afectan al derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos comunitarios o restringen las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario (44).

Un ejemplo más sorprendente lo ofrece la Sentencia del TJCE, de 20 de mayo de 2003 (asunto *Rechnungshof*). La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 24 de octubre de 1995, señala que sus disposiciones no se aplicarán al tratamiento de datos personales «efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario» (art. 3.2). En principio, la disposición parece clara: su ámbito de aplicación no incluye cualquier tratamiento de

(41) Sobre este problema interpretativo véase R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, 648 y sigs.; ID.: «El triple marco de protección...», págs. 23 y sigs.; PI LLORENS: *Los derechos fundamentales...*, cit., págs. 112 y sigs.; RODRÍGUEZ: *Integración europea...*, cit., págs. 255 y sigs.; N. NAPOLETANO: «La nozione di “campo di applicazione del diritto comunitario” nell’ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali», *Il Diritto dell’Unione Europea*, núm. 4, 2004, págs. 679-721.

(42) TJCE, Sentencia de 29 de mayo de 1997, C-299/95, *Kremzow*, pág. I-2629, apdo. 16.

(43) TJCE, Sentencia de 29 de mayo de 1997, C-299/95, *Kremzow*, pág. I-2629, apdo. 17.

(44) TJCE, Sentencia de 24 de noviembre de 1998, as. C-274/96, *Bickel*, pág. I-7637, apdo. 17.

datos (45). Pues bien, a propósito de un supuesto que, *prima facie*, como sostendrán tanto el Abogado General como la Comisión, no tiene que ver con ninguna libertad fundamental comunitaria (un Tribunal de Cuentas nacional recababa de un amplio abanico de instituciones públicas, de acuerdo con la ley, los datos salariales de sus empleados, y los publicaba en informes, para supervisar así la eficiencia del gasto público), el Tribunal de Justicia señaló lo siguiente:

«... la aplicabilidad de la Directiva 95/46 no puede depender de la cuestión de si las situaciones concretas de que se trata en los asuntos principales tienen un vínculo suficiente con el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, en particular en los referidos asuntos, con la libre circulación de los trabajadores. En efecto, una interpretación contraria podría hacer que los límites del ámbito de aplicación de la referida Directiva se vuelvan particularmente inciertos y aleatorios, lo que sería contrario al objetivo esencial de ésta, que es la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con el fin de eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior derivados precisamente de las disparidades entre las legislaciones nacionales» (46).

La consecuencia de considerar que las disposiciones comunitarias (la Directiva 95/46) eran aplicables al tratamiento de los datos en cuestión fue que el Tribunal de Justicia resultaba competente para salvaguardar los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza bajo la forma de principios generales del Derecho: por tanto, el Tribunal analizó la conformidad de la actuación estatal prevista desde la perspectiva del art. 8 CEDH, ejerciendo además sobre esa actuación un control material plenamente asimilable al del TEDH (47). Paradójicamente, el Tribunal de Justicia interpreta de forma extensiva el campo de actuación del Derecho comunitario para deducir su competencia para examinar una actuación estatal a la luz del Convenio.

El asunto *Rechnungshof* muestra la *vis expansiva* del campo de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios. Varios factores alimentan esa *vis*

(45) Vid. en este sentido J. F. ETXEBERRÍA GURIDI: *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1998, págs. 52 y sigs.

(46) TJCE, Sentencia de 20 de mayo de 2003, as.ac. C.465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof*, pág. I-4989, apdo. 42. Vid. el comentario de M. RUFFERT: «Die künftige Rolle des EuGH im europäischen Grundrechtssystem», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2004, págs. 466-471.

(47) TJCE, Sentencia de 20 de mayo de 2003, as.ac. C.465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof*, pág. I-4989, apdos. 68-94.

expansiva. En primer lugar, la ampliación constante de las competencias comunitarias trae consigo una extensión del campo de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios. En este sentido, la creación de un «espacio de libertad, de seguridad y de justicia», que es el objetivo de la cooperación policial y judicial en materia penal, será un factor capital para la ampliación del campo de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios (48). En segundo lugar, la propia dinámica de los derechos humanos impide su acotación a un campo definido de actuación (49). El efecto emulación con respecto al TEDH puede tener un papel significativo a este respecto. Si el TEDH acepta controlar la conformidad con el Convenio de las medidas adoptadas por los Estados miembros para ejecutar o aplicar el Derecho comunitario (50), ello no puede sino estimular al Tribunal de Justicia para, a su vez, interpretar extensivamente el campo de aplicación del Derecho comunitario de los derechos fundamentales y, con ello, deducir su propia competencia para controlar la conformidad de las situaciones nacionales con el Convenio (51). En tercer lugar, en el Derecho primario hay disposiciones materialmente iusfundamentales, como la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, cuya virtualidad desborda los límites habituales del campo de aplicación del Derecho comunitario (52). Una discriminación por razón de la nacionalidad puede ser considerado suficiente elemento de conexión para la aplicación de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

2. *La postura del TC ante el Derecho de la Unión Europea y las objeciones de la doctrina mayoritaria*

La cuestión de la relevancia de los derechos fundamentales comunitarios a los efectos del art. 10.2 exige diferenciar el contexto material de la interpre-

(48) SUDRE: «Introduction», *cit.*, pág. 27.

(49) SUDRE: «Introduction», *cit.*, pág. 25.

(50) Sobre esta problemática vid. W. PEUKERT: «The importance of the European Convention on Human Rights for the European Union», en P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD y L. WILDHABER (eds.): *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Carl Heymanns, 2000, págs. 1107-1122 ; J. RIDEAU: «Los derechos fundamentales y los derechos humanos», en F. J. MATIA PORTILLA (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 61-86 ; D. MARINAS SUÁREZ: «“Senator Lines” contra los quince Estados miembros de la Unión Europea», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004, págs. 475-498.

(51) SUDRE: «Introduction», *cit.*, pág. 25.

(52) A diferencia del art. 12 TCE, que se señala vagamente como límite de aplicación de la prohibición por razón de la nacionalidad «el ámbito de aplicación del presente Tratado», la nueva



tación. La labor interpretativa puede referirse a una actuación estatal (normativa o administrativa) realizada en materias contempladas por el Derecho comunitario, o a una actuación estatal sin relación con el Derecho comunitario. En el primer supuesto el TC considera que al Derecho comunitario le corresponde la misma relevancia a los efectos del art. 10.2 CE que al resto de los tratados internacionales allí aludidos (53):

«la vinculación al Derecho comunitario —instrumentado, con fundamento en el art. 93 de la Constitución, en el Tratado de Adhesión— y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias, no pueden relativizar o alterar las previsiones de los arts. 53.2 y 161.1.b) de la Constitución»;

[las normas comunitarias] «únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales les asigna el art. 10.2 de la Constitución» (54).

Además, parecía sugerirse que éste sería el único supuesto en que, según la jurisprudencia del TC, debería interpretarse el Título I a la luz de los derechos fundamentales de procedencia comunitaria (55):

«Consecuentemente, el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, *lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad*» (56).

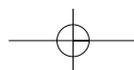
cláusula antidiscriminatoria prevista en el art. 13 TCE tiene un alcance más restringido. Se circunscribe al «dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad» por el Tratado. Puede servir de fundamento jurídico para una regulación antidiscriminatoria, pero esa normativa sólo podría combatir discriminaciones en aquellas materias en las que la Comunidad tiene competencias normativas.

(53) SSTC 28/1991 y 64/1991; vid. sobre ambas sentencias el comentario de J. R. FERNÁNDEZ TORRES: «El control del Derecho interno que infrinja el Derecho comunitario europeo y el alcance del art. 10.2 en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 72, 1991, págs. 573-589.

(54) STC 64/1991, FJ. 4.

(55) Así interpreta SÁIZ ARNÁIZ (*La apertura...*, cit., pág. 193) la doctrina del TC. Para otros autores, en cambio, el recurso al art. 10.2 CE en lugar del art. 93 CE tendría la ventaja de extender la obligación de interpretación conforme de los derechos fundamentales a materias no cubiertas por el Derecho comunitario: vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA: «Spanish Report», en J. SCHWARZE (ed.): *The Birth of a European Constitutional Order*, Nomos, Baden-Baden, 2001, pág. 329.

(56) STC 64/1991, FJ. 4, énfasis añadido.



Esa postura del Tribunal Constitucional ha sido objeto de críticas. La doctrina ha criticado que el TC considere el art. 10.2 CE como fundamento de la eficacia interna de los derechos fundamentales de procedencia comunitaria (57). A este respecto se ha defendido que «si en materia de derechos fundamentales actúan los principios generales de articulación entre ordenamiento estatal y comunitario, el fundamento de la aplicabilidad de éste último, en el ámbito de los derechos fundamentales, será también el art. 93 de la C.E., y, en consecuencia, debería imponerse de manera prevalente» (58). Esto implicaría que «la integración supranacional a la que se refiere el art. 93 CE supone una vinculación más fuerte para los derechos fundamentales que la resultante de la interpretación conforme a los tratados internacionales impuesta por el art. 10.2 CE» (59).

Lo que la doctrina, en realidad, critica es que el Tribunal Constitucional limite la relevancia constitucional del Derecho comunitario al art. 10.2 CE (60). Desde esa concreta perspectiva, la jurisprudencia constitucional de

(57) P. PÉREZ TREMPES: *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 165; R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario. Sistema...*, cit., págs. 642 y sig.; A. LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996, págs. 495 y sigs.; SÁIZ ARNÁIZ: *La apertura...*, cit., págs. 196 y sigs. Para GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA: «Spanish Report», cit., pág. 329, esta utilización del art. 10.2 CE podía parecer sorprendente, en cuanto que el Tribunal Constitucional incorpora entre sus parámetros interpretativos un sistema de protección de derechos que carece precisamente del apoyo directo de un tratado internacional sobre derechos humanos.

(58) PÉREZ TREMPES: *Constitución Española y...*, cit., pág. 165.

(59) SÁIZ ARNÁIZ: *La apertura...*, cit., pág. 201 (énfasis en el original). Este autor sintetiza así su posición en un trabajo posterior: «en mi opinión, no resulta ser el art. 10.2 CE la vía constitucionalmente adecuada para la exégesis de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho comunitario; antes bien, habría de acudir por el Tribunal al artículo 93 CE, que consentiría lecturas de aquellos derechos a la luz del principio de primacía con unos efectos sobre su contenido que superarían a los que pueden resultar del ya mencionado artículo 10.2 CE» («La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, 2001, pág. 163, nota 33). En un tono apodíctico A. RODRÍGUEZ («Juez español, derecho europeo...», cit., pág. 106) afirma que «el derecho comunitario no se toma como criterio de interpretación de las normas internas, sino que se aplica directamente en nuestro ordenamiento con arreglo a los principios de primacía y efecto directo».

(60) LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e...*, cit., págs. 494-495 se pronuncia en estos términos: «pretender reducir los vastos efectos del derecho derivado a una simple expectativa de interpretación conforme y sólo si, y en la medida que, viniesen a resultar concernidos los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos», «Ni sus efectos serían bastantes a los efectivamente irradiados por el derecho comunitario, ni su ámbito de aplicación agotaría los contenidos sobre los que este ordenamiento extiende su considerable actividad».

separación estricta entre control de constitucionalidad y control de conformidad comunitaria, resulta insatisfactoria (61). Existe, pues, fundamento para criticar el enfoque global restrictivo de aproximación del TC a la relevancia constitucional del Derecho comunitario, pero ello no debe significar descartar la virtualidad de los derechos fundamentales comunitarios a los efectos del art. 10.2. De la misma forma que el art. 10.2 puede y debe entenderse con independencia de la posición de los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema de fuentes (62), la relevancia de los derechos fundamentales comunitarios a los efectos del art. 10.2 también debe ser independiente de la posición del Derecho comunitario en el sistema de fuentes. No existe impedimento alguno para incluir en el «bloque de interpretación conforme» también el Derecho comunitario, originario o derivado, siempre que se entienda que el fundamento de la aplicabilidad, en el ordenamiento interno, del Derecho comunitario no es el art. 10.2.

En contra de la afirmación anterior no creo que se pueda aducir seriamente la falta de identidad entre, por un lado, los tratados y las disposiciones comunitarias y, por otro, los tratados y acuerdos internacionales a los que alude el art. 10.2 (63). En cuanto al Derecho comunitario primario, éste cumple plenamente las condiciones formales previstas en el art. 10.2 (carácter jurídico-internacional, ratificación por España). En cuanto al Derecho derivado y al Derecho no escrito desarrollado por el Tribunal de Justicia, si la jurisprudencia constitucional no duda en acudir a textos y resoluciones de la más diversa naturaleza y procedencia, ¿cómo negarles esa misma eficacia a los reglamentos y directivas comunitarias o a las sentencias del TJCE y del TPI? (64). Sin duda, el art. 93 otorga al Derecho comunitario un plus respec-

(61) Resumidamente: para el Tribunal Constitucional, los actos de los poderes públicos españoles se sujetan a la Constitución; por lo tanto, él puede revisar en amparo la conformidad con los derechos fundamentales de los actos de los poderes públicos, aunque se hayan dictado en ejecución del Derecho comunitario. Que el acto sea regular o no desde la perspectiva del Derecho comunitario resulta irrelevante. Desde esta óptica de estricta separación, la única posibilidad de tener en cuenta el Derecho comunitario en el marco del control de constitucionalidad es el art. 10.2 CE. Véase STC 64/1991, FJ. 4a. Sin duda, lo que la doctrina mayoritaria traída a colación combate es la estricta separación, el autismo del TC con respecto a la realidad del Derecho comunitario.

(62) En este sentido SÁIZ ARNÁIZ: *La apertura...*, cit., pág. 55.

(63) LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e...*, cit., pág. 494 aduce este argumento formalista, aunque su línea de argumentación persigue, a mi juicio, alejar el derecho comunitario del ámbito de influencia del art. 10.2 (compárese, en este sentido, la nota 58).

(64) Véase, p. ej., la STC 229/1992, FJ. 3: el TC utiliza una Directiva (la 76/207) y la jurisprudencia del TJCE (cita tres concretas sentencias). Sobre la práctica de utilización del *soft law* comunitario vid. las referencias y consideraciones recogidas en SÁIZ ARNÁIZ: «La Carta...», cit., págs. 161-166.

to a lo que se deduce, en relación con los tratados internacionales, del art. 10.2 (y aún del art. 96), pero afirmar la validez del principio de primacía del Derecho comunitario en su conjunto no es incompatible con la obligación de interpretación de conformidad con los derechos fundamentales comunitarios, en tanto que derechos humanos con correspondencia en el listado de los derechos fundamentales constitucionales. La Constitución no sólo declara prevalentes los derechos fundamentales comunitarios en virtud del art. 93 CE, sino que además los hace suyos en virtud del art. 10.2, es decir, los constitucionaliza, siquiera indirectamente, en conexión con las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Por otra parte, si se considera la primacía como fundamento exclusivo o preferente de la eficacia interna de los derechos fundamentales de procedencia comunitaria, entonces significa abandonar el ámbito estricto de la interpretación de las normas constitucionales —y con ello el art. 10.2— para trasladarse al ámbito de las relaciones entre ordenamientos —y con ello al ámbito regido por el art. 93 CE—. Aunque la nota de primacía suele atribuirse globalmente a la posición del Derecho comunitario en el seno del ordenamiento de los Estados miembros y, en este sentido, es indudablemente aplicable también a las normas comunitarias que reconocen explícita o implícitamente derechos fundamentales, lo cierto es que la primacía constituye una norma de conflicto, y sólo existirá conflicto cuando la norma interna resulte incompatible con la norma comunitaria (65). En cambio, la lógica del art. 10.2 no es la del conflicto, sino la de la actualización y coordinación en el nivel de protección de los derechos fundamentales. Por tanto, conviene examinar cuándo la norma comunitaria se valdrá de la mencionada característica para desplazar efectivamente a la norma constitucional interna.

En materia de derechos fundamentales se producirá *prima facie* un conflicto cuando la norma comunitaria niegue o excluya una posibilidad jurídica de actuación perteneciente al ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, o imponga un comportamiento incompatible con dicha protección. Cuando la norma constitucional interna resulte efectivamente incompatible con el derecho fundamental comunitario, no existirá ya una obligación de interpretación supranacionalmente conforme —p. ej., una obligación de interpretación conforme más cualificada que la recogida en el art. 10.2 CE en virtud de una vinculación más intensa al ordenamiento supranacional—, sino un problema de aplicación o conflicto entre normas pertenecientes a orde-

(65) Vid. la advertencia de M. AZPITARTE SÁNCHEZ: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 217 contra la unidimensionalidad del concepto de primacía.

namientos jurídicos distintos, y la primacía sería precisamente la norma de conflicto prevista para su resolución (66). Norma de conflicto, dicho sea de paso, que no ha sido pacíficamente aceptada por la totalidad de la doctrina (67) y por las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros en relación con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (68).

(66) Sáiz Arnáiz parece entender que, de la consideración de una eficacia *ex art.* 93 frente a la resultante del art. 10.2, se desprenden consecuencias para la interpretación de la norma constitucional interna, es decir, para el contenido de los derechos fundamentales. La diferencia estribaría en que, mientras por la vía del art. 10.2 CE no resulta posible el establecimiento de límites al contenido de los derechos, en cambio, de la cláusula de integración supranacional pueden derivarse límites al contenido constitucionalmente protegido aunque respetando, siempre, su contenido esencial. Vid. SÁIZ ARNÁIZ: *La apertura...*, *cit.*, pág. 201. También R. ALONSO GARCÍA (*Derecho constitucional. Sistema...*, *cit.*, pág. 282) atribuye al art. 93, en relación con el derecho comunitario en su conjunto y la Constitución, un efecto próximo al del art. 10.2 CE.

(67) En la doctrina española, véase las referencias de FERNÁNDEZ TORRES: «El control del Derecho interno...», *cit.*, pág. 586. Para F. BALAGUER CALLEJÓN, se trata de «una posible contradicción que resulta hoy por hoy insoluble con los mecanismos que hasta ahora se han establecido para la articulación entre ordenamientos comunitario y estatal. (...) Será perfectamente soluble, sin embargo, en el momento mismo en que exista una Constitución europea, a la cual tengan que someterse necesariamente los preceptos constitucionales de los Estados miembros de la Comunidad» («La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Serv. Editorial UPV/EHU, 1997, pág. 602). Un interesante ensayo doctrinal sobre la armonización teórica y procesal de las eventuales contradicciones fruto de la doble competencia en materia de derechos fundamentales (la del TJCE sobre los comunitarios y la del TC sobre los constitucionales) en AZPITARTE SÁNCHEZ: *El Tribunal Constitucional ante...*, *cit.*, págs. 111 y sigs., 218 y sigs.

(68) Ningún Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía incondicionada del Derecho comunitario sobre las normas constitucionales de derechos fundamentales; véanse las referencias en PI LLORENS: *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, págs. 29-44. Recientemente, en la Decisión 2004-96, de 10 de junio de 2004, el Consejo constitucional francés ha reconocido la competencia exclusiva del juez comunitario para controlar la validez de una directiva, en particular respecto a los derechos fundamentales garantizados por el art. 6 TUE. Aunque ha sido saludada como «un progreso en la plena aceptación generalizada y sin reservas» del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno (G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «El Consejo constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004, pág. 396), el alcance de la Decisión merece un juicio más matizado para O. TAMBOU: «El Consejo constitucional francés y la relación del derecho comunitario con la Constitución francesa», *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 12, 2004, págs. 609-628. Más recientemente, la Decisión 2004-505 del Consejo constitucional francés, de 19 de noviembre de 2004, aborda la conformidad del Tratado Constitucional con la Constitución francesa y se pronuncia especialmente sobre la compatibilidad del principio de primacía del Derecho de la Unión y de la Carta de Derechos. En opinión de algunos autores, el Consejo descarta las objeciones más importantes al respecto gracias a un «esfuerzo manifiesto de banalización del Tratado» (MAUGÜÉ). Vid. el texto de la Decisión y varios estudios críticos en el núm. de enero-febrero 2005 de la *Revue française*

Sin embargo, si la norma comunitaria reconoce una posibilidad jurídica de actuación que no es incompatible con el régimen constitucional de los derechos fundamentales, no hay necesidad de acudir en todo caso al principio de primacía. La norma comunitaria no necesita desplazar a la norma interna, ya que ambas pueden ser igualmente aplicables; y, sin duda, la norma comunitaria forma parte del ordenamiento interno, como ocurre con los tratados internacionales ratificados.

Lo que, en el caso del Derecho comunitario, añade el art. 10.2 CE al art. 93 CE es la obligación de interpretar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de conformidad con los derechos fundamentales de procedencia comunitaria: del art. 10.2 se desprende el vertido automático, en el contenido del derecho fundamental, del nivel de protección eventualmente superior alcanzado en el ámbito comunitario. Asimismo, la obligación de interpretación conforme del art. 10.2 CE también añade algo al principio comunitario de interpretación del Derecho interno de conformidad con las directivas (69). Por un lado, ese principio sólo se aplica al Derecho interno de transposición de las directivas, y no a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (cuya interpretación repercute a su vez sobre el conjunto del ordenamiento). Por otro, el principio comunitario es una técnica interpretativa en sentido estricto: la obligación de la interpretación conforme se formula en la medida de lo posible, porque no puede superar el obstáculo de un tenor literal (en la norma interna) incompatible con la directiva. En cambio, el requisito para la aplicación efectiva de la interpretación conforme del art. 10.2 es que el estándar internacional (p. ej., comunitario) sea más elevado que el constitucional.

De todas formas, no sorprende que la doctrina se haya volcado en una articulación en clave de primacía de la relación entre derechos fundamentales

de droit administratif: H. LABAYLE y J. L. SAURON, «La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe», págs. 1-29; C. MAUGÉ: «Présentation générale», págs. 30-33, y F. SUDRE: «Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux". Réflexions critiques», págs. 34-39.

(69) La bibliografía sobre la eficacia directa de las directivas comunitarias es desbordante. A continuación se indican, sin ánimo de exhaustividad, algunos trabajos sobre el principio de interpretación conforme: E. KLEIN: «Objektive Wirkungen von Richtlinien», *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. I, Baden-Baden, 1995, págs. 641-650; W. WEISS: «Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1998, págs. 568-575; G. RESS: «Die richtlinienkonforme "Interpretation" innerstaatlichen Rechts», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1994, págs. 489-496; U. DI FABIO: «Die Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, págs. 947-954; F. M. DI MAJO: «Efficacia diretta delle direttive inattuata: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello stato per la mancata attuazione delle direttive», *Rivista di diritto europeo*, 1994, págs. 501-519.

comunitarios y constitucionales. Existiendo el temor de que un menor nivel de protección acreditado puntualmente por el Derecho comunitario causara en algún momento una colisión con el nivel de protección garantizado por la Constitución (70), el principio de primacía (el art. 93 CE) proporcionaba un fundamento más seguro que el art. 10.2 CE para abordar el problema de la *eficacia* de los derechos fundamentales comunitarios en el ámbito interno. Es posible que, con un catálogo de derechos fundamentales de la amplitud del contenido en la Carta de los Derechos Fundamentales, la perspectiva constitucional interna bascule en el otro sentido.

Cuando la actuación estatal se desarrolla fuera de las materias concernidas por el Derecho comunitario, evidentemente no se puede acudir a la primacía de aquél para fundamentar la eficacia de los derechos fundamentales de procedencia comunitaria (71). Pero no habría obstáculo para aceptar que el ordenamiento comunitario (esto es, los derechos fundamentales de procedencia comunitaria) forme parte del «bloque de interpretación conforme» a tenor del art. 10.2 CE (72). La aplicabilidad del art. 10.2 no está supeditado a la aplicación del art. 93 CE. La inexistencia de competencias comunitarias o de puntos de conexión comunitaria en la materia de que se trate no obsta a la virtualidad del art. 10.2 CE (que en cualquier caso no contiene requisito alguno de este tipo), ya que la finalidad de este precepto es precisamente la actualización permanente del contenido de los derechos fundamentales por la vía interpretativa, y esa actualización de contenidos bien puede venir de la mano del Derecho comunitario.

3. *La eficacia de los derechos fundamentales comunitarios en la actualización de los derechos fundamentales constitucionales*

El análisis de la eficacia de los derechos fundamentales comunitarios en la

(70) El prejuicio más o menos extendido ha jugado contra el nivel de protección comunitario. Como botón de muestra de ese estado de opinión, la afirmación de LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e...*, cit., pág. 477: «un mero quebranto o desviación ocasional incluso del propio contenido esencial de los DD.FF. [derechos fundamentales constitucionales], algo cuasi consustancial a la especificidad del proceso de integración» (énfasis añadido).

(71) Vid. especialmente las Sentencias del TJCE de 11 de julio de 1985, as. ac. 60 y 61/84, *Cinéthèque*, pág. 2605, apdo. 26; de 30 de septiembre de 1987, as. 12/86, *Demirel*, pág. 3719, apdo. 28 y de 13 de julio de 1989, as. 5/88, *Wachauf*, pág. 2609, apdo. 19.

(72) Posibilidad admitida por diversos autores: R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 281; ID.: *Derecho comunitario. Sistema...*, cit., págs. 643, 663 (con ejemplos de la jurisprudencia constitucional) y por LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e...*, cit., pág. 497.

actualización de los derechos fundamentales constitucionales requiere diferenciar distintas posibilidades de relación entre unos y otros derechos. En el estadio actual, abstracción hecha de la Carta, el Derecho comunitario puede suponer, en relación con el nivel de protección interno, una prolongación, una elevación en sentido estricto o un complemento del nivel de protección. Con esta triple clasificación se pretende categorizar los tipos ideales, con objeto de poner de relieve la eficacia de los derechos fundamentales comunitarios a los efectos del art. 10.2. En la práctica, no obstante, pueden darse casos cuya asignación a uno u otro tipo ideal sea problemática.

Son *supuestos de prolongación* aquellos en los que no cabe hablar de una elevación en sentido estricto del nivel de protección que disfrutaban los ciudadanos en el régimen constitucional de derechos. Históricamente el Derecho comunitario no pretendía proporcionar garantías adicionales o mejorar la posición jurídica de los ciudadanos comunitarios *vis-à-vis* sus respectivas autoridades estatales: sus disposiciones se dirigían primordialmente a superar las fronteras entre los Estados miembros, a eliminar la diferenciación por razón de nacionalidad en las relaciones económicas internacionales y, en suma, a establecer la dimensión comunitaria de la libertad económica (73). Determinadas garantías comunitarias se corresponden con derechos constitucionales cuya tutela se proclama ahora frente a *las actuaciones de las instituciones comunitarias* como nuevos titulares de poder público (tutela judicial [art. 220 TCE], derecho a la protección de datos [art. 286 TCE], etc.). En ciertos casos, se produce una expansión territorial del ámbito de ejercicio o de protección del derecho fundamental que se disfruta en el régimen constitucional. Así, la libertad de residencia y circulación de que disfrutaban los ciudadanos españoles en el territorio de su Estado (art. 19 CE) se prolonga en virtud del Derecho comunitario en una libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión Europea (art. 18 TCE). Cabe hablar de «prolongación» en la medida en que el punto de conexión de la libertad comunitaria es, según los casos, la posesión de la nacionalidad o la residencia en uno de los Estados miembros.

Igualmente, gracias a la legislación comunitaria, los datos personales de un ciudadano quedan protegidos no sólo en el ámbito de la jurisdicción donde reside y aquellos se obtienen, sino también en el conjunto de la Unión Europea (74). El contenido del derecho es el mismo, se expande su ámbito territo-

(73) IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., pág. 728.

(74) Así, las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE tienen la finalidad inmediata de armonizar las legislaciones estatales de protección de datos para evitar que éstas impidan la transmisión de datos de un Estado miembro a otro (es decir, como elemento necesario del mercado común), pero, sin duda, constituyen un desarrollo del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

rial de ejercicio o de protección. En el caso de los datos personales, puede considerarse que por efecto de la expansión territorial la protección del derecho queda de alguna forma reforzada, pero ello no equivale a una elevación en sentido estricto del nivel de protección en el ámbito interno (sin perjuicio de que la legislación comunitaria pueda también contribuir al mismo tiempo a elevar el nivel de protección). En estos supuestos no puede descartarse alguna relevancia puntual a la interpretación conforme, en la línea de avalar o confirmar conclusiones extraídas del marco estrictamente constitucional con criterios o puntos de vista provenientes del Derecho comunitario.

En segundo lugar, se encuentran los *supuestos de elevación* del nivel de protección en sentido estricto, que se producirá cuando se reconozcan nuevas posibilidades de actuación o nuevas formas de garantía que no están previstas o que no se deducen de la norma constitucional con los criterios ordinarios de interpretación. Una posible elevación puede apreciarse en relación con el derecho a no sufrir discriminación, en particular por razón de sexo (art. 14 CE) (75). El mayor grado de elaboración jurídica de ese derecho en el ordenamiento comunitario, tanto desde el punto de vista legislativo como judicial, decantará una interpretación más protectora del contenido del derecho fundamental. La reciente incorporación al Derecho primario de una competencia para adoptar acciones para combatir también otras modalidades de discriminación, entre otras por razón de discapacidad o de la orientación sexual (art. 13 TCE), deberá asimismo ser tenida en cuenta a la hora de determinar el ámbito de protección del art. 14 CE (76).

En ocasiones, el Derecho comunitario (como también, en general, el Derecho internacional) puede servir de referente para determinar la existencia de una injerencia en el ámbito de protección del derecho fundamental. Así, en la Sentencia 229/1992, el TC utiliza el Derecho comunitario (en concreto, una Resolución del Consejo y una Recomendación de la Comisión) para concretar la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, consistente en el acoso sexual en el ámbito laboral. En el caso concreto, la orientación a la definición comunitaria decantará una noción constitucional de acoso sexual, despro-

(75) En este sentido RODRÍGUEZ («Juez español...», *cit.*, pág. 108), con los ejemplos que se recogen en el texto.

(76) Competencia ejercida por la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 7 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico. Para R. ALONSO GARCÍA («El triple marco...», pág. 32, nota 70), el principio de no discriminación recogido en el art. 13 TCE no sería aplicable directamente en ausencia de concreción normativa por el legislador comunitario (p. ej., en relación con la discapacidad o con la orientación sexual). Sin embargo, no cabe descartar una lectura del art. 13 TCE de conformidad con el art. 21.1 de la Carta (aún sin eficacia vinculante).

visto del supuesto requisito esencial pretendido por el tribunal de instancia de existencia de una «negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada». Por tanto, el Derecho comunitario también puede contribuir a elevar el nivel de protección del derecho en cuestión, actuando no directamente sobre el contenido del derecho (incluyendo nuevas posibilidades jurídicas de actuación) sino sobre la definición de la injerencia típica en el ámbito de protección.

En último lugar, estarían los *supuestos de complementación*, es decir, las nuevas posibilidades jurídicas de actuación o de protección otorgadas por el Derecho comunitario que, con independencia de su naturaleza iusfundamental, no se pueden vincular a los efectos del art. 10.2 CE con el contenido de ningún derecho fundamental reconocido en la Constitución. La interpretación conforme del art. 10.2 CE no puede recabar el auxilio interpretativo de unos derechos que no se corresponden con el catálogo constitucional de derechos fundamentales. Por ejemplo, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales del Estado miembro de residencia de los ciudadanos comunitarios [art. 19 TCE] no parece conectarse con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos del art. 23 CE; tampoco tiene correspondencia el derecho a la protección diplomática en un tercer Estado del art. 20 TCE. En el discurso comunitario sobre la ciudadanía de la Unión se subraya precisamente que los elementos integrantes de dicha ciudadanía constituyen «complemento» de la ciudadanía poseída por los ciudadanos europeos en alguno de los Estados miembros: «La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional» (art. 17.1 TCE) (77).

III. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL ART. 10.2 CE

En este apartado se aborda la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea exclusivamente desde la perspectiva de su posible relevancia a los efectos del art. 10.2 CE, esto es, para la sistemática constitucional de la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

(77) El Tratado Constitucional modifica la redacción pero no altera la idea de «ciudadanía complementaria»: la ciudadanía de la Unión «se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla» (art. I-10.1). En este mismo sentido el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004 sobre la conformidad del Tratado Constitucional destaca que la ciudadanía de la Unión «se añade a la ciudadanía nacional *sin sustituirla ni interferirla* en la formulación actual de la Constitución Española, por lo que no parece que plantee problemas el acoplamiento de dichas previsiones con el ordenamiento nacional» (énfasis añadido).



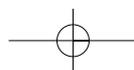
Desde la citada perspectiva tres son los elementos que cabe considerar: primero, el hecho importante de la incorporación de una lista de derechos fundamentales; segundo, la forma de incorporación de la Carta (art. II-111); y, tercero, el alcance e interpretación de los derechos (art. II-112).

1. *Un listado de derechos...*

La principal novedad derivada de la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales es, obviamente, la existencia, por primera vez, de un catálogo expreso de derechos fundamentales específicamente comunitario. A la luz únicamente de este dato se puede concluir que la Carta contribuirá a simplificar el contexto jurídico-dogmático en que se movía con anterioridad la aplicación del art. 10.2 CE en relación con el Derecho de la Unión Europea. Una de las funciones, si no la principal, que perseguían precisamente los impulsores de la Carta es dar visibilidad a los derechos fundamentales en la Unión Europea; en otras palabras, facilitar la labor de identificación de los derechos fundamentales comunitarios y de determinación de su alcance. Esa mayor visibilidad repercutirá positivamente en la virtualidad de los derechos fundamentales comunitarios para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales. El intérprete de los derechos fundamentales constitucionales podrá proceder con la Carta y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia emanada al respecto, con un grado de seguridad similar con el que opera respecto al Convenio Europeo y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La influencia sustantiva sobre la sistemática constitucional discurrirá presumiblemente sobre las bases ya mencionadas: la Carta conducirá a procesos de prolongación, de elevación y de complementación de los derechos fundamentales constitucionales en términos similares a los que se han expuesto anteriormente (78). Así, un ejemplo de prolongación sería el reconocimiento por la Carta de la libertad de asociación «en todos los niveles» (art. II-72), incluyendo implícitamente la posibilidad de crear asociaciones a escala de la Unión Europea: ello constituye una extensión territorial del ámbito de protección y ejercicio de una libertad que el ordenamiento constitucional sólo garantiza dentro de los límites territoriales de su jurisdicción. Un ejemplo de elevación del ámbito de protección podría ser el reconocimiento a todo menor del

(78) Los ejemplos antes mencionados valen igualmente para la Carta de Derechos Fundamentales, en cuanto que ésta incorpora derechos ya reconocidos con anterioridad, como, p. ej., los relativos a la ciudadanía europea.



«derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre» (art. II-84.3), porque, aunque protege a los menores y les reconoce el derecho a la vida familiar, el ordenamiento constitucional no confiere expresamente esa concreta facultad prevista en la Carta. Por último, el derecho de toda persona «a acceder a un servicio gratuito de colocación» (art. II-89) o el derecho a una buena administración (art. II-101) representarían supuestos de complementación, en la medida en que no sea posible conectarlos con el ámbito de protección de alguno de los derechos fundamentales constitucionales.

Conviene aludir a dos aspectos que podrían modular las conclusiones generales anteriores sobre la relevancia de la Carta a los efectos del art. 10.2 CE. En primer lugar, el relativo a la eficacia jurídica de la Carta. Mientras no se complete el proceso de ratificación del Tratado Constitucional (79), la Carta tiene únicamente un valor político con respecto a los Estados miembros. Ahora bien, el que la Carta adquiera o no carácter jurídico vinculante no resta relevancia a la Carta a los efectos del art. 10.2 CE. En efecto, aunque el proceso de ratificación del Tratado Constitucional no culminara con éxito, el texto de la Carta, documento proclamado solemnemente por las instituciones comunitarias, no dejará de actuar como instrumento de identificación de los derechos fundamentales comunitarios dimanantes del Convenio Europeo y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

El segundo aspecto se refiere a la diferenciación entre derechos y libertades, por una parte, y principios, por otra, que ha quedado definitivamente consagrada en el texto de la Carta (80). Se trata de una distinción con consecuencias jurídicas equivalentes a la que establece el art. 53.3 CE entre derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social (81). Hasta la fecha, la jurisprudencia constitucional sobre el art. 10.2 CE no ha operado con semejantes diferenciaciones en el seno del «bloque de interpretación conforme», esto es, cuando ha abordado la relevancia interpretativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos y otros instrumentos internacionales para la «interpretación conforme» de los derechos fundamentales constitucionales. Recomendaciones y otros documentos no vinculantes de organizaciones internacionales han sido igualmente tomados en

(79) En corrección de pruebas, hay que constatar que los referéndum francés y holandés han herido de muerte al Tratado Constitucional. A corto y, quizás, medio plazo, la eficacia jurídica de la Carta compartirá el destino incierto del Tratado Constitucional.

(80) Vid. Preámbulo y los arts. I-9.1, II-111.1 y II-112.5; vid. también las explicaciones al «art. 52» de la Carta (art. II-112 del Tratado).

(81) Vid. art. II-112.5.

consideración por la jurisprudencia internacional. En principio, las disposiciones que reconocen principios tendrán por su propia naturaleza una eficacia interpretativa más limitada a los efectos del art. 10.2 CE, pero no cabe excluirla (arts. II-25, II-26, II-37, II-38, etc.). Distinto es el caso de las, relativamente numerosas, disposiciones de la Carta que no reconocen facultades jurídicas de forma inmediata en el plano del Derecho de la Unión, sino que se limitan a garantizar que la Unión no interferirá con derechos o posibilidades de actuación conferidas por «las legislaciones y prácticas nacionales»: la eficacia interpretativa que desplegarán a los efectos del art. 10.2 CE es nula, porque se trata de un reenvío a lo que establezcan las respectivas normas jurídicas internas.

2. ... que no altera el estatus tradicional de los derechos fundamentales comunitarios

Sin embargo, no debe concluirse que la Carta de Derechos Fundamentales arrumba el estatus tradicional de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea. El art. I-9 del Tratado Constitucional regula el modelo de incorporación de la Carta al *acquis communautaire* en materia de derechos fundamentales. La estructura del nuevo art. I-9 es esclarecedora (82). El Tratado constitucional mantiene íntegramente la disposición, incorporada por primera vez al Derecho primario con el Tratado de Maastricht, que consagra el valor de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El texto del actual art. 6.2 TUE se mantiene como apartado 3.º del nuevo art. I-9, el cual incorpora ahora dos nuevos apartados para, respectivamente, introducir o presentar

(82) Vid. Lord GOLDSMITH: «The Charter of Rights – A Brake Not an Accelerator», *European Human Rights Law Review*, 2004, págs. 473-478, aquí 475. Lord Goldsmith, miembro de la Convención que elaboró la Carta designado por el Gobierno británico y conspicuo partidario de limitar el impacto jurídico y político de la Carta, sostiene que el art. I-9 del Tratado Constitucional (art. I-7 en el proyecto de Tratado) ha sido cuidadosamente redactado. Subraya dos aspectos concretos. Por un lado, el término «reconocer» usado en el apartado 1.º habría sido preferido al de «respetar» por su mayor neutralidad. Por otro, la Carta incorporada como Parte II al Tratado Constitucional debe ser considerada como un todo, teniendo en cuenta tanto el Preámbulo como las reglas de aplicación e interpretación establecidas. Hay que reconocer que las tesis de Lord Goldsmith parecen haber inspirado en buena medida las modificaciones introducidas en la Carta con posterioridad a su aprobación por la primera Convención; compárese en este sentido, además del trabajo citado, Lord GOLDSMITH: «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, 2001, págs. 1201-1216.

la Carta incorporada como Parte II de la Constitución y proclamar la competencia y la voluntad de adhesión al Convenio Europeo, asumiendo definitivamente y de forma cumulativa las dos estrategias largo tiempo ponderadas para resolver el problema de la ausencia en el Derecho primario de un catálogo de derechos. El apartado primero se refiere a la Carta en los siguientes términos: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II de la Constitución».

Dos aspectos merecen ser destacados con respecto al modelo de incorporación de la Carta establecido por el art. I-9. En primer lugar, la lista de derechos que constituye la Carta sólo persigue conferir visibilidad a unos derechos fundamentales que formaban parte ya, en acto o en potencia, del Derecho de la Unión. Los derechos fundamentales siguen teniendo en el ordenamiento comunitario el estatus de principios generales, y siguen consistiendo en los derechos garantizados por el Convenio Europeo así como en los derechos que son «fruto de las tradiciones constitucionales comunes». La primera conclusión es, por tanto, que la Carta no desplaza el estatus tradicional de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión (83). Se trata de una situación que, sin duda, causa perplejidad: el fruto de una obra normativa, como son los derechos incluidos en un catálogo aprobado formalmente por quienes ostentan el poder legislativo (proclamación conjunta por el Parlamento, el Consejo y la Comisión) y el poder constituyente de la Unión (ratificación por los Estados miembros), recibe formalmente el estatus aparentemente modesto de los principios generales del Derecho, que suele estar confinado a los hallazgos jurídicos procedentes de la jurisprudencia (84). El grado de detalle y sofisticación de los enunciados de la Carta (por no hablar de las explicaciones al articulado) no tiene nada que ver con la morfología de los principios generales; serán en todo caso principios generales incorporados al Derecho primario. La causa de la atribución formal de tal singular estatus estriba probablemente en el deseo de innovar lo mínimo y conservar lo máximo posible del acervo comunitario, con objeto de impedir que la Carta pudiera desplegar una eficacia legitimadora de políticas o legislaciones comunitarias en materia de derechos fundamentales.

(83) Lord GOLDSMITH: «The Charter...», *cit.*, pág. 475: «the Charter has not displaced the basic law on fundamental human rights, as currently set out in Art.6(2) TEU».

(84) Por tanto, a la luz del art. I-9 del Tratado Constitucional parece discutible la conclusión de Borowsky de que la Carta sustituye a los derechos fundamentales desarrollados por la jurisprudencia del TJCE y que sólo subsistirían como principios generales los derechos no incorporados a la Carta. Vid. M. BOROWSKY: «Artikel 53», en J. MEYER (ed.): *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pág. 598.

Por otra parte, en teoría, si nos atenemos al apartado 3.º del art. I-9, a pesar de la ratificación del Tratado Constitucional y de que la Carta adquiriera eficacia vinculante, el Tribunal de Justicia podría seguir extrayendo nuevos derechos o nuevos elementos iusfundamentales del sistema del Convenio Europeo (ya sea de la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo o de los Protocolos al Convenio que se vayan elaborando y ratificando) o de las tradiciones constitucionales comunes (85). Esa eventual profundización en el nivel de protección dispensado por el Derecho de la Unión se fundamentaría directamente en el apartado 3.º del art. I-9 del Tratado Constitucional, y deberá distinguirse de la labor —similar en cuanto al método, pero de alcance jurídico diferente— de interpretación del sentido y alcance de los derechos fundamentales de la Carta, que se basará en los criterios interpretativos establecidos en el art. II-112 (donde expresamente se dispone que tales derechos se interpretarán de conformidad con el Convenio Europeo y la jurisprudencia dimanante del Tribunal Europeo o en armonía con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros) y en las explicaciones al articulado de la Carta anexas al Tratado Constitucional. La segunda conclusión es, por tanto, que la Carta no agota necesariamente la lista de los derechos fundamentales que forman parte del Derecho de la Unión.

3. Alcance e interpretación de los derechos de la Carta

El art. II-112.1 establece una cláusula general para las limitaciones de los derechos y libertades reconocidos en la Carta (86). Dicha cláusula incorpora los cuatro elementos dominantes en el Derecho constitucional comparado

(85) De acuerdo con LENAERTS y DE SMIJTER («A Bill of rights...», *cit.*, pág. 288), «the Charter contains *ratione materiae* more fundamental rights than the Court of Justice has so far effectively guaranteed, but less than the Court could guarantee on the basis of Article 6(2) *juncto* Article 46(d) EU». Para un análisis crítico de la posibilidad, reconocida al TJCE por el Tratado Constitucional, de seguir extrayendo derechos fundamentales, vid. C. GRABENWARTER: «Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2004, págs. 568-569.

(86) «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. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Sobre esta disposición puede verse S. PEERS: «Taking Rights Away? Limitations and Derogations», en S. PEERS y A. WARD (eds.): *The EU Charter of Fundamental Rights – Politics, Law and Policy*, Hart, Oxford-Portland, 2004, págs. 141-179; R. ALONSO GARCÍA: «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 158-171.

(finalidad legítima, reserva de ley, proporcionalidad y contenido esencial) (87), y es plenamente asimilable al modelo, perfilado por la jurisprudencia constitucional, que rige en nuestro ordenamiento las limitaciones de derechos fundamentales (88). La aparente amplitud de los objetivos de interés público que, con arreglo al art. II-112.1, pueden legitimar una limitación de derechos podría causar, quizá, cierto recelo (89). Un acotamiento mayor habría sido, ciertamente, deseable (cuando menos, a semejanza de incisos similares en otras disposiciones de la Carta, sólo objetivos de interés público reconocidos en el Tratado Constitucional), pero, en todo caso, ese recelo debería abordarse desde la perspectiva de la compatibilidad con la Constitución de la primacía del Tratado Constitucional (90), pero como tal no es susceptible de fundamentar una contradicción con el art. 10.2 CE. La eventualidad de que tratados internacionales prevean limitaciones de derechos más extensas que las previstas en el régimen constitucional (p. ej., la moral) no ha impedido su ratificación. La cuestión que se suscita después, una vez ratificados dichos tratados, de si cabe importar vía art. 10.2 CE límites no previstos en la Constitución ha ocupado a la doctrina española: ciertamente, la doctrina mayoritaria entiende que los tratados internacionales no son fuente legítima para la identificación de nuevos límites de los derechos fundamentales distintos de los reconocidos en la Constitución (91), pero la propia circunstancia de la discu-

(87) Vid. B. PIEROTH y B. SCHLINK: *Grundrechte – Staatsrecht II*, 19.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2003, págs. 60-72. Es sumamente revelador de la convergencia jurídico-constitucional alcanzada en este punto el hecho de que la nueva Constitución suiza de 1999, aprobada poco tiempo antes que la Convención iniciara sus trabajos, incorpore también, tal como ha notado A. LÓPEZ CASTILLO («Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», *Revista de Estudios Políticos*, 2001, pág. 36), los cuatro elementos claramente diferenciados (en el art. 36).

(88) Vid., por ejemplo, la STC 292/2000, FJ. 11; en la doctrina véase I. VILLAVARDE MENÉNDEZ: «Los límites a los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 120-150; L. M. DíEZ-PICAZO: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 102-114.

(89) Compárese a este respecto A. WEBER: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 91-92; M. POIARES MADURO: «The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», en T. HARVEY y J. KENNER (eds.): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart, Oxford-Portland, 2003, pág. 297.

(90) En la medida en que las normas comunitarias que establezcan eventualmente una limitación de derechos no prevista en la Constitución primarán, en virtud del art. I-6 del Tratado Constitucional, sobre el régimen constitucional de los derechos fundamentales.

(91) Según una línea doctrinal, los límites no podrían ser deducidos de los tratados internacionales *en ningún caso*: vid. I. DE OTTO: «La regulación del ejercicio de los derechos y liber-

sión evidencia que es, *per se*, una cuestión de interpretación de la norma constitucional, no de contradicción con ella.

Otro elemento importante a considerar del art. II-112 es la previsión de una tríada de reglas interpretativas (92) y la sanción definitiva, por el apartado 7 de ese mismo artículo, de una extensa serie de explicaciones interpretativas al articulado, que se elaboraron inicialmente con un valor más limitado. En principio, esos criterios y el contenido de esas explicaciones no afectan a la dinámica propia del art. 10.2 CE, aunque, naturalmente, tienen que ser respetados por cualquier intérprete que quiera establecer el alcance de los derechos reconocidos en la Carta, incluido el intérprete del art. 10.2 CE que busque allí elementos para la interpretación conforme de los derechos fundamentales constitucionales. Los criterios interpretativos atienden a la respectiva fuente de inspiración o de reconocimiento del concreto derecho fundamental a interpretar: el Derecho primario de la Unión Europea, el Convenio Europeo o las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. El criterio que plantea menos problemas se refiere a que los derechos reconocidos por la Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución «se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas» (apartado 2.º).

El segundo criterio se refiere a los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros reconocidos en la Carta: estos derechos «se interpretarán en armonía con las citadas

tades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 115; L. AGUIAR DE LUQUE: «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pág. 29; M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 88; J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 56; RODRÍGUEZ: *Integración europea...*, *cit.*, pág. 348. Según otra línea doctrinal, no podrían deducirse límites *distintos* de los previstos en la Constitución, es decir, los límites previstos en los tratados internacionales sí podrían ser utilizados para interpretar los límites presentes en la Constitución: vid. S. MUÑOZ MACHADO: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 152; ID.: Prólogo a *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, de C. Fernández de Casadevante, Ed. Tecnos, 1988, pág. 14 (donde señala que la interpretación conforme con las normas internacionales no puede ser *in peius*); SÁIZ ARNÁIZ: *La apertura...*, *cit.*, pág. 240; GONZÁLEZ CAMPOS: «Las normas internacionales...», *cit.*, pág. 46; R. NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEPC, Madrid, 2000, pág. 400.

(92) Hemos excluido como criterio interpretativo *stricto sensu* la distinción entre principios y derechos que, aunque también aparece ubicada en el art. II-112, se refiere más bien a la naturaleza jurídica de las disposiciones de la Carta.

tradiciones» (apartado 4.º). No parece que esta cláusula obligue efectivamente a una investigación detallada de las tradiciones constitucionales comunes como paso previo a la determinación del contenido y alcance de determinadas disposiciones de la Carta. La cláusula tiene una finalidad más política que jurídica: envía un mensaje al intérprete supremo del Derecho de la Unión para que no pierda de vista ese fondo común y no proceda por su cuenta a una interpretación demasiado creativa del alcance de los derechos reconocidos en la Carta. Por un lado, la invocación de las tradiciones constitucionales comunes cumple en el contexto de la Carta, como venía ocurriendo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una función primordialmente retórica: de hecho las extensas explicaciones al articulado, puntillosas en ocasiones, se refieren en muy pocos casos a las tradiciones constitucionales comunes como fundamento de concretos derechos, y sólo en un supuesto la referencia no se ve acompañada de una mención adicional a otra fuente de reconocimiento, como, por ejemplo, el Convenio (93). Ello no quiere decir que no pueda documentarse la relación de la mayoría de los derechos y libertades con las tradiciones constitucionales comunes, sino que, a los efectos de fundamentar y explicar el alcance de esos derechos, es más sencillo y preferible en términos de seguridad jurídica, argumentar con el instrumento del Convenio. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia sigue siendo el intérprete supremo de la Carta. La explicación relativa al apartado 4 del art. II-112 señala, en este mismo sentido, que dicha cláusula se basa en el art. 6.2 del actual Tratado, recordando con ello el estatus tradicional de los derechos fundamentales comunitarios.

Por último, el tercer criterio se refiere a los derechos que se correspondan con derechos garantizados por el Convenio Europeo: «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», aunque ello no impedirá que «el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

Los tres apartados expuestos han atraído la atención de la doctrina. Cier-

(93) Se trata de las explicaciones al art. II-70.2, precepto que reconoce el derecho a la objeción de conciencia «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». En este caso, la interpretación restrictiva dada a la libertad de conciencia por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha podido influir en la exclusión de la mención del art. 9 CEDH y en la referencia directa a «las leyes nacionales». Vid. al respecto A. GARCÍA URETA: «Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», en I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 349-350. Pero ese reenvío a «las leyes nacionales» evidencia justamente que no existe una «tradición constitucional común» a la que el TJCE pueda acudir sin más. E. RELAÑO PASTOR («La libertad religiosa y de conciencia en la Unión Europea: la Carta de los Derechos Fundamentales y la futura Constitución Europea», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004, pág. 579) califica la omisión de «significativa y sorprendente».

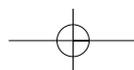


tamente, en la inclusión de los citados criterios interpretativos subyace una voluntad clara de remarcar los límites del margen de interpretación con respecto a los derechos fundamentales de la Unión: en tal sentido traslucirían una intencionalidad política. Pero no aportan un contenido jurídico novedoso. El primer criterio (apartado 2.º) no constituye más que un recordatorio del principio de unidad de la Constitución como principio básico de la interpretación constitucional o, si se opta por una perspectiva menos constitucional, una reafirmación del criterio sistemático de interpretación. Y los otros dos criterios (apartados 2.º y 3.º) no hacen más que reafirmar la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia sobre el estatus de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, estatus que, como ya se dijo, es mantenido en el Tratado Constitucional a pesar de la existencia de una Carta de derechos; se limitan a enfatizar que el intérprete deberá atender debidamente a la fuente de reconocimiento de dichos derechos fundamentales, ya sea el Convenio o las tradiciones constitucionales comunes.

IV. LA DECLARACIÓN 1/2004, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ART. 10.2 CE

A instancia del Gobierno, el Tribunal Constitucional pronunció el 13 de diciembre de 2004 una Declaración sobre la compatibilidad del Tratado Constitucional con la Constitución española. Se trata del segundo ejemplo, en la historia de la jurisdicción constitucional, de utilización del procedimiento de control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 95.2 CE y art. 78 LOTC) (94). En el marco de dicho examen de compatibilidad el Tribunal Constitucional realizó algunos pronunciamientos en torno al art. 10.2 CE y a la relevancia de la Carta para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales. Las dudas sustantivas de constitucionalidad planteadas por el Gobierno ante el Tribunal se referían al art. I-6 del Tratado Constitucional que consagra el principio de primacía del Derecho de la Unión y a los arts. II-111 y II-112 del mismo Tratado que establecen los criterios aplicativos e interpretativos de la Carta de Derechos Fundamentales; adicionalmente se suscitó la cuestión sobre el procedimiento constitucionalmente adecuado para ratificar el Tratado Constitucional a la vista de lo que se

(94) El primer procedimiento versó sobre la compatibilidad del derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales de los nacionales de otros Estados miembros, previsto en el Tratado de Maastricht, con la Constitución española y dio lugar a la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992.



concluyera respecto a las dudas sustantivas. Dichas dudas se inspiran, básicamente, en las objeciones suscitadas por el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004 (95), solicitado previamente por el Gobierno. De acuerdo con el objeto limitado de este artículo, se analizarán a continuación únicamente los pronunciamientos relativos a la existencia o no de contradicción entre la Constitución española, a la vista de lo establecido en el art. 10.2 CE, y los arts. II-111 y II-112 del Tratado Constitucional, que pertenecen a la Carta de Derechos. Por tanto, quedará fuera de nuestro análisis la otra duda de constitucionalidad, más controvertida (96), relativa a la compatibilidad del principio de primacía, previsto en el art. I-6 del Tratado Constitucional, con la Constitución española.

En el origen de la duda de constitucionalidad planteada por el Gobierno parece encontrarse una consideración teórica a propósito de la Carta proveniente del Dictamen del Consejo de Estado. Conviene detenerse a contrastar el sentido de dicho Dictamen con el posterior requerimiento del Gobierno. El Consejo de Estado había declarado que «salvedad hecha de las dificultades que la práctica evidencie, todo ello parece garantizar suficientemente que las disposiciones de la Carta no van a producir colisiones o discordancias con la configuración que la Constitución hace de esos derechos y libertades, máxime teniendo en cuenta su artículo 10.2... Esa común invocación del Convenio Europeo por la Carta (que, como se ha dicho, prevé la adhesión de la Unión) y por la Constitución constituye un reflejo de la conformidad sustancial de la Parte II del Tratado con el orden de valores, derechos y libertades que la Constitución proclama, ampara y garantiza». No obstante, con carácter más bien de *obiter dictum* en el razonamiento general, el Consejo de Estado había realizado al mismo tiempo una consideración teórica y general sobre las previsibles dificultades que, en la práctica, originaría la coexistencia de tres regímenes o parámetros en la tutela de los derechos fundamentales, acompañándola de una apelación también genérica a la futura tarea del Tribunal Constitucional al respecto: «La existencia de tres regímenes o parámetros en la tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio Europeo y Carta), pese a la

(95) Expte. 2544/2004.

(96) El Dictamen del Consejo de Estado parecía compartir esa duda de constitucionalidad, porque llegaba a sugerir una «posible fórmula para salvar en este caso y *pro futuro* eventuales problemas de compatibilidad entre la Constitución y el Derecho comunitario» y porque, a fin de cuentas, recomendaba al Gobierno que hiciera uso de la facultad prevista en el art. 95.3 CE. La solución de esa duda de constitucionalidad dividió al Pleno del Tribunal Constitucional. Los tres Votos Particulares emitidos a la Declaración discrepan exclusivamente a este respecto de la declaración de ausencia de contradicción emitida.

garantía del nivel de protección otorgado por las Constituciones nacionales (en su respectivo ámbito de aplicación), determinará eventualmente un proceso de influencias mutuas no exento de problemas. Al Tribunal Constitucional corresponderá aclarar el sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan». Parece que el Consejo de Estado estaba pensando en la aparición «eventual» de problemas con un origen triple (no limitado, por tanto, a las relaciones entre la Carta y la Constitución), cuya resolución correspondería, a medida que aparecieran, al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en el requerimiento posterior del Gobierno al Tribunal Constitucional la mencionada consideración teórica y general sobre las dificultades de coexistencia del régimen de la Carta y el régimen constitucional adquiere un perfil más incisivo, transformándose en una duda específica de constitucionalidad. De alguna forma, interpretando esa consideración teórica, el Gobierno se habría visto impulsado a localizar a efectos dialécticos una fuente concreta de contradicción, y la opción por la que se inclina es el art. 10.2 CE *vis-à-vis* los arts. II-111 y II-112 del Tratado Constitucional. En realidad, de las consideraciones específicamente dedicadas a dichos artículos en el Dictamen del Consejo de Estado no se deducía una posible incompatibilidad; y, precisamente, precedían a la conclusión, antes recogida, sobre la suficiente garantía de la inexistencia de discordancias con la configuración constitucional de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional parece darse cuenta de que el Gobierno ha hecho una lectura forzada o apresurada del referido fragmento del Dictamen (97), pero, sea como sea, lo relevante es que en el requerimiento se ha formulado una concreta duda de constitucionalidad, a la que debe darse respuesta. En cualquier caso, el Tribunal deja claro que «los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto... su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal» (98).

Antes de proceder a responderla, el Tribunal interpreta el sentido y alcance de la cuestión planteada por el Gobierno: esta consistiría en «la eventual

(97) «En el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se ha dispuesto plantear el presente requerimiento parece interpretarse la anterior consideración del Consejo de Estado en el sentido de que es precisamente en el marco de este procedimiento del art. 95.2 CE donde procedería una respuesta de este Tribunal a los problemas que resultarían de la coexistencia de tres regímenes de garantía de los derechos y libertades fundamentales» (FJ. 5).

(98) FJ. 6.

contradicción con la Constitución de una Carta de derechos que, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, debería erigirse, tras su integración en el Ordenamiento español, en *pauta de la interpretación* de ‘las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce’; ello, claro es, *sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión*, integrado en el nuestro *ex art. 93 CE*» (99). El primer aspecto importante de la sentencia viene a consistir en la nítida distinción, expresada por el TC en dicho fragmento, entre dos niveles de eficacia del Derecho de la Unión en el ordenamiento interno que no se excluyen mutuamente: por un lado, el nivel de la aplicación *del Derecho de la Unión* del que la Carta formará parte cuando entre en vigor el Tratado Constitucional (cuya regla básica es la primacía *ex art. 93 CE*, en conexión, cuando entre en vigor, con el art. I-6 del Tratado Constitucional); por otro, el nivel de la interpretación *de los derechos fundamentales de la Constitución* (cuya regla básica es la interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos *ex art. 10.2 CE*) (100).

El segundo aspecto importante de la sentencia es el reconocimiento expreso de que la Carta —y el argumento ha de valer para el conjunto del Derecho de la Unión— puede tener valor interpretativo a los efectos del art. 10.2 CE fuera de su ámbito de aplicación, esto es, cuando las autoridades estatales no actúan en cumplimiento del Derecho de la Unión. Como advierte el Tribunal, «esa reducción del ámbito de aplicabilidad de la Carta —y, con ella, de los criterios de interpretación mencionados en el artículos II-112— no podría impedir, de prestar el consentimiento en obligarse por el Tratado, que, en tanto que convenio sobre derechos ratificado por España, a través del procedimiento previsto en el art. 93 CE, su eficacia interpretativa respecto de los derechos y libertades proclamados por la Constitución tuviera el alcance general previsto en el art. 10.2 CE». Es más, parece que la perspectiva a la que atiende el examen de compatibilidad de la Carta con el art. 10.2 CE es precisamente la del ámbito estatal de actuación no ligado a la ejecución del Derecho de la Unión, porque el TC formula la duda que ha de resolver en estos concretos términos: «si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento».

(99) FJ. 6, énfasis añadido.

(100) Desafortunadamente, en momentos posteriores de la sentencia parece difuminarse la distinción.

No obstante, el planteamiento se vuelve menos nítido a renglón seguido. El TC añade que también cuando «el juez nacional, como juez europeo» aplica los derechos de la Carta «tiene sentido plantearse si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la Carta (art. 10.2 CE) es a su vez conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia». El planteamiento queda algo confuso porque el art. 10.2 CE no aborda el problema de dos interpretaciones divergentes («no conciliables»), entre la Carta y la Constitución, sobre el alcance de un derecho fundamental determinado (101). La cuestión debe resolverse con arreglo al art. I-6 del Tratado Constitucional en conexión con el art. 93 CE: la interpretación derivada de la Carta ha de primar sobre la otra. Y si la interpretación excesivamente divergente afectara a los «límites materiales» que «implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto [art. 93 CE]» y que, entre otros aspectos, incluyen los derechos fundamentales, nos colocaríamos sin duda en un escenario distinto que tampoco tiene que ver con el art. 10.2 CE (102).

Habiendo aclarado el sentido de la duda, no sorprende la respuesta del Tribunal Constitucional. Después de recordar en apenas cuatro líneas la doctrina reiterada sobre el significado del art. 10.2 CE, señala lo siguiente: «El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las «explicaciones» que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan como un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de

(101) Es posible que, con esa referencia, el TC pretendiera evitar que le reiteraran el reproche, dirigido anteriormente a su jurisprudencia, de limitar la relevancia de los derechos fundamentales comunitarios a los efectos interpretativos previstos en el art. 10.2 CE.

(102) Al respecto del escenario mencionado en el texto, el Tribunal señala en la sentencia lo siguiente: «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes» (FJ. 4).

interpretación compartidos en su contenido mínimo». Y a continuación abunda en la conclusión recalcando dos aspectos, la ausencia de novedad en el fenómeno de la concurrencia de criterios para la interpretación de los derechos fundamentales y la circunstancia de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya está integrada vía art. 10.2 CE en el ordenamiento español (103).

Hasta aquí la respuesta dada por el Tribunal Constitucional puede considerarse, en su brevedad, suficientemente fundamentada. No obstante, el razonamiento jurídico incorpora a continuación un argumento adicional, extraído del art. II-113 del Tratado Constitucional (104), cuya formulación por el Tribunal resulta problemática. El Tribunal deduce lo siguiente del art. II-113: «claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno». Esa aseveración del Tribunal Constitucional, en el contexto de la invocación del art. II-113, resulta enigmática. Cabe atribuirle dos posibles sentidos. En primer lugar, podría querer decir que el art. II-113 establece un límite para la interpretación conforme prevista en el art. 10.2 CE en las materias no ligadas al Derecho de la Unión, esto es, para la virtualidad de la interpretación expansiva de los derechos de la Carta. En efecto, el art. II-113 establece que no será posible derivar de la Carta consecuencias negativas (limitativas o lesivas de derechos) hacia el ámbito de aplicación de las Constituciones nacionales (o hacia el ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales). Obviamente, una disposición con ese contenido no es necesaria en términos jurídicos (sin perjuicio de que puede tener y tiene, como señalaremos más abajo, una intencionalidad política): el Derecho de la Unión no tiene por

(103) La Carta no supone «nada nuevo a propósito del valor que para la definición de cada derecho haya de tener la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea. No supone, en otras palabras, un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional. Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten, según se ha dicho, sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer» (FJ. 6).

(104) «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 o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

qué decir, en materias que no están bajo su influencia sino bajo la soberanía «originaria» de los Estados miembros, cómo las Constituciones nacionales (o los instrumentos internacionales) deben disponer que se interpreten sus reglas, ni el Tribunal de Justicia podría remediar una eventual aplicación *in peius* de la Carta fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (105).

Desde la perspectiva concreta del ordenamiento español esa cautela es, además, jurídicamente redundante. Que, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (art. II-111), la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales de conformidad con la Carta (o con los derechos fundamentales comunitarios) no puede arrojar una interpretación limitativa o lesiva de aquellos es algo que se desprende de la función constitucional del art. 10.2 CE. En efecto, el art. 10.2 CE no autoriza a proceder a una interpretación reductora del alcance y sentido de los derechos fundamentales que se deduce de la Constitución porque hayan sido ratificados tratados que contengan, en una materia dada o en un punto concreto, unos estándares de protección inferiores. La imposibilidad de verter al régimen constitucional de los derechos fundamentales una interpretación lesiva extraída de los tratados internacionales sobre derechos humanos constituye, por tanto, un límite implícito en el art. 10.2 CE.

La segunda opción interpretativa es, no obstante, más preocupante. La enigmática afirmación parece sugerir que el Tribunal interpreta el art. II-113 en un sentido coincidente al del art. 53 CEDH; esta opción interpretativa parece venir avalada no sólo por las aparentes similitudes del art. II-113 con dicha disposición (106), sino, principalmente, porque las palabras utilizadas por el

(105) En este mismo sentido, RUBIO LORENTE: «Mostrar los derechos...», *cit.*, pág. 43, considera que el inciso «en su respectivo ámbito de aplicación» es desorientador porque el Tribunal de Justicia no tiene competencia alguna respecto a los actos estatales realizados al margen totalmente del Derecho de la Unión.

(106) Hay que subrayar que diversos autores han tomado el art. II-113 (art. 53 de la Carta) por su valor literal y le han atribuido un significado similar al del art. 53 del Convenio. Donde divergen es en la *valoración* de la inclusión de una disposición semejante. Entre quienes celebrarían su introducción, vid. R. ALONSO GARCÍA: «Las cláusulas horizontales...», *cit.*, págs. 171, 180; en términos idénticos, ID.: «El triple marco...», *cit.*, pág. 43; LENAERTS y DE SMIJTER: «A Bill of rights...», *cit.*, pág. 294; F. J. MATIA PORTILLA (dir.): «La eficacia de la Carta de Niza», en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 158; R. ARNOLD: «Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales», en *La protección...*, *cit.*, pág. 57. En cambio, otros autores, aun interpretando que el art. 53 de la Carta estaría modelado sobre el art. 53 CEDH, han criticado o han mostrado su preocupación por su introducción en el Derecho de la Unión: vid. especialmente RUBIO LORENTE («Una Carta de dudosa utilidad», en *La protección...*, *cit.*, págs. 194-195, y «Mostrar los derechos...», *cit.*, págs. 43-44; también M. SEIDEL: «Pro futuro: Kraft Gemeins-

Tribunal para referirse al art. II-113 se ajustan a la perfección al significado del art. 53 CEDH (107). Como se apreciará, de esa interpretación derivaría la importante consecuencia de que la primacía del Derecho de la Unión no se extendería a la Carta, porque esta cedería el paso al mayor contenido de cada derecho acreditado en el plano internacional o en el Derecho constitucional de los Estados miembros. Ante esa preocupante interpretación es preciso dejar constancia de que existe ya un sólido cuerpo doctrinal que la contradice (108). En la expresión gráfica pero sintética de algunos autores, el art. II-113 sería un «borrón de tinta» (109) o un «enunciado jurídicamente vacío» (110): no diría lo que, a primera vista, parece decir.

Tres son los argumentos que se han esgrimido para negar que el art. II-113 suponga una ruptura parcial del principio de primacía del Derecho de la Unión. En primer lugar, el proceso de elaboración de la Carta y en especial la discusión relativa al art. II-113 (art. 53 de la Carta) en la Convención no justifican tan fundamental ruptura con un principio básico, con una «exigencia existencial», del Derecho de la Unión como la denomina el propio Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004. Todo lo contrario, el proceso de elaboración revela una intención distinta: se trata de mitigar la preocupación de que la Carta podría desplegar una influencia perniciosa, por reductora o armonizadora, en los estándares constitucionales de protección más elevados existentes en algunos Estados miembros (111). No es una cláusula que incor-

chaftsrechts Vorrang des höheren einzelstaatlichen Grundrechtsschutzes?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, pág. 97. También LÓPEZ CASTILLO («Algunas consideraciones sumarias...», *cit.*, pág. 68) advertía del riesgo de conflicto interordinamental con base en el art. 53 de la Carta.

(107) Las palabras exactas utilizadas por el TC al invocar el art. II-113 del Tratado Constitucional evocan en efecto la función del art. 53 CEDH en el marco del Convenio: a juicio del TC, del art. II-113 se deduciría que «la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno». Esa definición se corresponde perfectamente con el art. 53 CEDH, pero no con el art. II-113 del Tratado, como se argumenta en el texto.

(108) Además de las referencias contenidas en las notas anteriores y siguientes, vid. P. CAROZZA: «The Member States», en S. PEERS y A. WARD (eds.): *The EU Charter...*, *cit.*, pág. 46; M. POIARES MADURO: «The Double Constitutional Life of the Charter...», *cit.*, pág. 297; la réplica al análisis, ya citado, de M. SEIDEL por U. EVERLING: «Durch die Grundrechtecharta zurück zu Solange I?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, pág. 225; y GRABENWARTER: «Auf dem Weg...», pág. 567.

(109) J. B. LISSBERG, citado más abajo.

(110) RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos...», *cit.*, pág. 44.

(111) Vid. el exhaustivo y rotundo estudio de J. B. LISSBERG: «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a

pore el contenido mínimo resultante de los diversos instrumentos mencionados. No establece una vinculación automática del alcance de los derechos de la Carta al nivel de protección más elevado consagrado por las Constituciones de los Estados miembros u otros instrumentos (112).

En segundo lugar, las palabras iniciales «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta» y, sobre todo, la inserción durante la elaboración del inciso «en su respectivo ámbito de aplicación» son cruciales para determinar el significado de la disposición. La inclusión de ese inciso, resultado de intensas consultas entre el servicio jurídico de la Comisión y la Secretaría de la Convención (el servicio jurídico del Consejo), responde al objetivo de excluir cualquier duda sobre la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho constitucional de los Estados miembros (113). Cada uno de los ordenamientos o grupos normativos mencionados en el art. II-113 (el Derecho de la Unión, el Derecho internacional, los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio; y el Derecho constitucional de los Estados miembros) tiene evidentemente su ámbito de aplicación, al cual hay que atender para captar el significado del precepto. El ámbito de aplicación de la Carta está, sin género de dudas, establecido en el art. II-111. En ese ámbito la Carta, como parte integrante del Tratado Constitucional, gozará de la primacía que el art. I-6 atribuye expresamente al conjunto del Derecho de la Unión. El art. II-113 tiene un valor declaratorio: enfatizar que la Carta no reemplaza a las Constituciones nacionales y que no debe afectar al alcance de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito interno, que deberán aplicarse e interpretarse en las áreas de actividad estatal no relacionadas con el Derecho de la Unión, al menos, con la misma extensión que tienen ahora. Por tanto, reconoce y salvaguarda el pluralismo en la protec-

fountain of law or just an inkblot?», Harvard Jean Monnet Working Paper 04/01 (accesible en internet); una versión abreviada se publicó con el mismo título en *Common Market Law Review*, 2001, págs. 1171 y sigs.

(112) M. CARTABIA: «Articolo 53», en R. BIFULCO, M. CARTABIA y A. CELOTTO (dirs.): *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bolonia, 2001, pág. 363; BOROWSKY: «Artikel 53», *cit.*, pág. 596.

(113) BOROWSKY: «Artikel 53», *cit.*, pág. 595; J.-P. JACQUE (Director del servicio jurídico del Consejo y, como tal, implicado muy directamente en la elaboración de las cláusulas horizontales), intervención en las jornadas de estudios en Estrasburgo (2000) sobre «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne» dirigidas por F. Benoit-Rohmer y recogidas íntegramente en *Revue universelle des droits de l'homme*, 2000, págs. 1-68, aquí 49; el punto 9 de la Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2000 sobre la naturaleza jurídica de la Carta, COM(2000) 644 final, donde expresamente se declara que la relación entre el Derecho primario de la Unión, que incluirá la Carta si es incorporada a los Tratados, y el Derecho nacional permanecerá intacta.

ción de los derechos fundamentales en Europa, al dejar subsistir diversas formas de protección y diversos estándares de tutela, en los ámbitos respectivos de competencia de cada *Bill of Rights* (114).

En tercer lugar, conviene reparar en las consecuencias jurídicas concretas de la segunda opción interpretativa, más allá de la mencionada consecuencia teórica de la ruptura del principio de primacía. Si el art. II-113 incorporase realmente el nivel de protección reconocido por las Constituciones nacionales (115), ello equivaldría, en la práctica, a la incorporación del estándar más elevado en cada caso: sólo así podría respetar el nivel de protección dispensado por todas y cada una de ellas. En esas condiciones el intérprete supremo de la Carta no podría construir una doctrina coherente en materia de derechos fundamentales si a cada paso estuviera obligado a acudir, como mínimo, al estándar más elevado en cada caso: «Como el nivel de protección de un derecho, se lo entienda como se lo entienda, incide inevitablemente en el de los restantes y sólo a partir de una concepción de conjunto se puede mantener el equilibrio, se llega así a una situación absurda, en la que se hace imposible que el TEJ [Tribunal de Justicia] mantenga una doctrina coherente de los derechos que ha de asegurar» (116). Además, como es obvio, el Derecho de la Unión no puede impedir a los Estados que mejoren en el futuro el nivel de protección que dispensan constitucionalmente a los ciudadanos bajo su jurisdicción (vía reforma constitucional o vía jurisprudencia). Pues bien, eventuales elevaciones del nivel de protección en la Constitución de algún Estado miembro por encima del nivel de los demás Estados miembros acarrearían no sólo una extensión del nivel de protección en el seno del Derecho de la Unión, sino también, de acuerdo con el art. II-111, una extensión del nivel de protección al que vendrían sujetos los demás Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por otra parte, una vez ratificado el Tratado Constitucional, la Carta se convertirá en parámetro de validez de las normas del Derecho derivado de la Unión. En consecuencia, el grado de protección que cada Estado miembro dispensa a los distintos derechos —o, lo que es lo mismo, el nivel más intenso de protección en cada caso— se convertiría en el «canon de constitucionalidad» que debería aplicar el Tribunal de Justicia (117). Las normas

(114) CARTABIA: «Artículo 53», *cit.*, pág. 362, donde subraya especialmente la diferente forma de operar entre el art. 53 CEDH y el art. II-113 a pesar de presentar un parecido tenor literal.

(115) Nótese que el art. II-113 no utiliza en ningún momento el término «incorporar» u otro término equivalente, ni la expresión «se interpretarán de conformidad con».

(116) RUBIO LLORENTE: «Una Carta de dudosa utilidad», *cit.*, pág. 195.

(117) RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos...», *cit.*, pág. 48.

comunitarias podrían ser válidas o dejar de serlo al albur del nivel de protección resultante en un determinado Estado miembro.

La inclusión de una posibilidad como la descrita es, cabe concluir, «absurda y contradictoria en una Carta de Derechos que forma parte del derecho interno de una Comunidad política determinada» (118). El principio de protección mínima, mejorable por las partes, obedece a la lógica específica de un sistema *internacional* de protección de derechos humanos, no a la de un sistema de integración *supranacional* como la Unión Europea (119), cuyo rasgo característico es precisamente, como se ha señalado, que «es el elemento uniforme el que se impone sobre las partes ya que, de otra forma, la imposición de las partes sobre el todo supondría el fracaso del propio proceso de integración» (120). Ello no significa que estemos abocados irremisiblemente a un conflicto (cuando menos, no más que antes) ni desconocer que el intérprete supremo de la Carta tiene una función importante y delicada que desarrollar para prevenir en origen una colisión con un estándar nacional, función que le ha sido recordada precisamente en los apartados 3.º y 4.º del art. II-112.

De las consideraciones anteriores se desprende que tampoco puede verse en el art. II-113 una consagración general de la llamada «técnica de la remisión a los Derechos nacionales», utilizado originalmente en el asunto *Hoechst* (121). Únicamente en los casos en los que el «elemento uniforme» o *ius commune* no existe o no ha sido elaborado todavía (122) —en el caso

(118) RUBIO LLORENTE: «Una Carta de dudosa utilidad», *cit.*, pág. 194. Considera al art. II-113 como un «precepto desconcertante». En el mismo sentido EVERLING (*cit.*, pág. 225) señalaba, también antes de la «segunda» Convención, que el precepto requería una clarificación.

(119) RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos...», *cit.*, págs. 43-44.

(120) P. PÉREZ TREMPES: «La Constitución española antes y después de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pág. 267.

(121) Este punto de vista ha sido sostenido por R. ALONSO GARCÍA: *El juez español y el Derecho Comunitario*, CGPJ, Madrid, 2003, págs. 125-126, y «El triple marco de protección...», *cit.*, págs. 42-43.

(122) El Tribunal de Justicia entendió en el asunto *Hoechst*, no sin controversia, que no existía un *ius commune* europeo en cuanto a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Si se evidencia que sí existe ese *ius commune*, lo que el Tribunal tiene que hacer es aplicarlo directamente y no remitirse a los Derechos nacionales, con independencia de que en algún Estado miembro exista un estándar de protección más elevado. De hecho, que en ese concreto aspecto sí existe (o existía) un *ius commune* europeo, con arreglo al Convenio, ha sido puesto de relieve expresamente por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid. al respecto A. LÓPEZ BASAGUREN: «La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)», *Revista española de Derecho europeo*, núm. 5, 2003, págs. 183-120.



concreto de la Carta, para aquellos derechos fundamentales respecto a los cuales la propia Carta remite expresamente a las «leyes nacionales» o a «las legislaciones y prácticas nacionales»— serán los *iure propria* de las «partes» los determinantes en cuanto al contenido y alcance de la protección que haya de dispensarse en el ámbito del Derecho de la Unión.

