

El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea¹

I

A lo largo de 2007 están teniendo lugar a lo largo de toda Europa una serie de actos con que conmemorar los cincuenta años del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que había sido firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Se instituía entonces la CEE, la Comunidad Económica Europea, una de esas fórmulas tan hábilmente diseñadas con que superar enfrentamientos, desgarrones y traumas que habían dado lugar a la Segunda Guerra Mundial. Pensando razonablemente en adelantarse para erradicar cualquier tentación futura, se había iniciado el proceso de construcción europea², de una parte, y muy tempranamente, con la puesta en marcha del sistema de protección de derechos fundamentales que con tanto acierto impulsó el Consejo de Europa al elaborar en 1950 (Roma, 4 de noviembre) el Convenio para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (habitualmente denominado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el Convenio de Roma); pero, de otra parte, y en otros terrenos, y con organización del todo diversa, al iniciarse dicha construcción de manera sectorial y separadamente: el carbón y el acero, primero (Tratado CECA—Comunidad Europea del Carbón y del Acero—, de 1951); en 1957 se llevaría a cabo una enérgica ampliación, siempre en sectores especialmente sig-

★ Universidad Complutense de Madrid. Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo.

¹ Texto de la conferencia pronunciada en Bogotá, en la Universidad Externado de Colombia, el 27 de julio de 2007, en el seno del «VI Foro Iberoamericano de Derecho administrativo» y de las «VIII Jornadas de Derecho constitucional y administrativo».

² Para una síntesis del sistema comunitario, de su evolución, de sus instituciones y de sus reglas jurídicas, me remito al interesante libro del profesor Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2007, con muy cuidada bibliografía y selección jurisprudencial.

nificativos: la energía atómica y el sistema económico con el fin de lograr un mercado común³, muy presente siempre la intención de enervar tensiones entre los Estados y entre los ciudadanos, esas viejas querellas tan pasionales, que tantos desastres habían producido. A partir de allí, tras una larga y zigzagueante evolución, creciendo constantemente, se llegaría a la actual Unión Europea (UE): una organización de muy amplio calado y extensión —de los seis países originarios a los 27 Estados actuales, y no faltan los aspirantes a entrar, como Turquía o Croacia—, con un cualificado nivel de prosperidad económica, con destacada eficacia, con muy positivos efectos para los ciudadanos, y, sin perjuicio de la vitalidad de cada uno de los Estados, que siguen conservando atribuciones irrenunciables —por más que hayan hecho importantes cesiones en su soberanía, como es, por ejemplo, el caso de la moneda única, el euro, asumido por una cualificada mayoría, en proceso de ampliación (con la próxima incorporación de los dos pequeños Estados de Malta y Chipre)—, así mismo con un intenso sistema de integración jurídica. También en 2007, y bien recientemente, como un paso más de esa larga evolución, como culminación del semestre alemán, en el correspondiente Consejo Europeo, celebrado en Bruselas del 23 al 26 de junio de 2007, se ha alcanzado un importante principio de acuerdo, uno de cuyos contenidos incide directamente en lo concerniente a la codificación de los derechos fundamentales, último intento por el momento, que da la impresión ha de conseguir efectos positivos. Analicemos sumariamente la evolución que se ha producido entre uno y otro paso.

II

El arraigo de un sistema económico, sobre todo cuando se pretende que logre intensa y efectiva incidencia sobre una diversidad de Estados soberanos, necesita por fuerza el apoyo de una espesa y compleja estructura jurídica que lo sustente y fortalezca. Como juristas —y prescindiendo ahora de la importante vertiente económica— nos va a interesar así constatar la vitalidad y firmeza que ha logrado adquirir el Derecho comunitario europeo. Y dentro de su consistente papel, hay que resaltar por fuerza el protagonismo inicial del Derecho económico. Eran ante todo los aspectos del Derecho económico los que interesaban: reglas de la competencia, correcto funcionamiento del mercado, sistema de contratos, exclusión de subvenciones y tratos de favor, atención a los consumidores, más tarde, etc. Pero cuando se avanza en un intento tan ambicioso como ése, por fuerza va a tener que hacer su aparición otra problemática jurídica. Es así como el Derecho comunitario se va a caracterizar por una decidida vocación de ir penetrando en los más diversos ámbitos

³ Para la documentación, puede verse Eduardo García de Enterría, Antonio Tizzano y Ricardo Alonso García, *Código de la Unión Europea*, tercera edición, Civitas, 2007; Luis Martín Rebollo, *Código de la Unión Europea*, Aranzadi, 2002.

jurídicos: no se puede poner puertas al campo. Y así, desde esa tensión expansiva, el Comunitario irá penetrando en las más diversas parcelas jurídicas, del Civil y Mercantil, al Administrativo, Financiero y Tributario y Laboral, llegando incluso hasta el Derecho penal y, por supuesto, al Derecho constitucional. Se trata de un imparable proceso de profundización del sistema, con ritmos muy variados, tan pronto acelerones consistentes como reflexión y disminución de la velocidad, o vuelta a recuperar el ritmo.

III

Conforme se aglutine el sistema, hará su aparición una solución contundente, reflejo de las opciones que se han asumido: si los Estados ingresan en las Comunidades, si asumen sus reglas de juego, va a derivar, casi como secuela natural, el principio de tanto significado —rejón incuestionable en la soberanía que había venido rigiendo la vida de los Estados— de que el Derecho comunitario habrá de imponerse al Derecho de cada Estado, desplazándolo en caso de contradicción. Regla de enormes efectos, hoy, en general, y a salvo de pequeños roces, asumida con entera normalidad. Y hay que decir que, como tantas construcciones del Derecho comunitario, es un descubrimiento afianzado paso a paso por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Para lo cual ha resultado de enorme utilidad la introducción en el sistema judicial de la llamada «cuestión», consagrada por el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE): muy eficaz, en efecto, esa invitación a los jueces nacionales, de cualquier orden que fueran, y ocupen el lugar que ocupen en la escala jurisdiccional, para dirigirse directamente en consulta al TJCE cuando tuvieran duda acerca de si a la hora de resolver algún conflicto debería prevalecer la solución ofrecida por el Derecho nacional o la resultante del Derecho comunitario. Con lo cual, a su vez, se producía el efecto sobresaliente de que el juez nacional, cualquier juez —o tribunal— nacional, se convertía en juez del Derecho comunitario. Dentro de una muy amplia serie de decisiones, se puede recordar el alcance de la sentencia «Simmenthal», de 9 de marzo de 1978, en la que el TJCE, ante la consulta que le había formulado un pretor italiano, le requiere a éste a que él mismo aplique el Derecho comunitario, «dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél»⁴. Hoy es, por consiguiente, planteamiento asumido con todas sus consecuencias —sin que hayan faltado roces y dificultades—, y al que se han ido habituando los órganos jurisdiccionales de los Estados. Incluso, el Proyecto de Constitución Europea, de que luego se hablará, lo codificaba de forma expresa en su artículo 6, en estos términos: «La Constitución y el Derecho adoptado por las institucio-

⁴ Puede verse recogida en Ricardo Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Civitas, 2007.

nes de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el Derecho de los Estados miembros».

IV

Pero el proceso de incorporación del principio, tan trascendental y de tantas consecuencias, no ha dejado de ofrecer resistencias. Aludiré sumariamente —es ya agua pasada— a la reacción, tanto de la Corte Constitucional Federal Alemana como de la Corte Constitucional Italiana. Por ejemplo, aquélla, en la jurisprudencia «Solange»⁵, ponía reparos al criterio de primacía del Derecho comunitario si éste pudiera afectar a la protección de los derechos fundamentales, tal y como están configurados en la Constitución Alemana (la «Grundgesetz» o Ley Fundamental de Bonn)⁶. Es decir, entraba de lleno la preocupación, sin duda lógica, por la garantía de los derechos fundamentales, con reticencias desde el derecho interno, a la vista de la escasa atención que les dedicaba el Derecho comunitario. Ésta es una de las causas, entre otras muchas, que avivarían el interés por los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea. Quede ahí esa nota. Es curioso que tras la larga evolución que se ha producido, y a la que voy a referirme seguidamente, pueda terminar resultando que el Derecho comunitario resulte mejor garante de los derechos fundamentales que el Derecho constitucional interno. Hay un caso paradigmático, concerniente precisamente a Alemania, el asunto Kreil, de 10 de enero de 2000. La señora Kreil se encuentra con que, en su redacción originaria, el artículo 12,a.(4), *in fine*, de la Constitución alemana, no permitía a las mujeres formar parte de la oficialidad en las Fuerzas Armadas. Y ella a lo que aspira es a llegar a ser oficial del Ejército. Podían, sí, acceder a la escala sanitaria, a las bandas de música, etc., pero no a la oficialidad. Se va a estimar, en cambio, que tal regla resulta contraria a la regulación comunitaria, muy cuidadosa en el intento de evitar discriminaciones que pudieran estar basadas en el sexo, a la hora de acceder a los puestos de trabajo, incluso en las Fuerzas Armadas. Planteada la correspondiente «cuestión», así lo estimó el TJCE, dando de lleno la razón a Kreil. Será obligado destacar que muy diligentemente Alemania modificó en breve su Constitución para erradicar esa cláusula discriminatoria⁷.

⁵ Me remito a lo que he señalado en mi libro *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, 2004, 103.

⁶ En lo que concierne a España, es interesante notar que en la reforma constitucional que planteaba el actual Gobierno Zapatero, uno de los puntos que aparecía era el de si sería preciso modificar la Constitución Española de 1978 para incorporar a la misma el principio de primacía del Derecho comunitario. Dicha reforma no ha seguido adelante. Desde mi punto de vista personal, esta modificación no era necesaria: el Constituyente de 1978 era bien consciente de a qué se comprometía, cuando apostaba decididamente, si bien de forma velada, por el ingreso en las instituciones europeas. De hecho, la sentencia «Simmenthal», que acabo de citar, era anterior a la Constitución de 1978. Destaco el especial interés del *Informe* que elaboró el Consejo de Estado sobre dicho proyecto de reforma constitucional, que lleva fecha de 16 de febrero de 2006.

⁷ Véase, sobre esta problemática, Lorenzo Martín-Retortillo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, 101 ss.

V

Por tanto, obvias carencias iniciales en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero la regulación jurídica de un sistema económico, a poco que se vaya integrando, por muy centrado que se halle en los problemas de la economía, tiene que asumir, sin falta, la presencia de algunos derechos fundamentales, cuya presencia se requerirá puntualmente para ir abordando los problemas concretos que van apareciendo. Piénsese, por ejemplo, en la no discriminación, entre varones y mujeres, o entre nacionales y extranjeros, en relación con las opciones laborales, o con la retribución; en el derecho de propiedad y, en general en la garantía y respeto de los bienes y titularidades (por ejemplo, en relación con la expropiación forzosa o, incluso, frente a posibles nacionalizaciones); en la posible responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias por los daños causados; en el derecho a la libre circulación de personas, mercancías y servicios; en la protección del domicilio de las empresas; etc. Por muy apegado que esté un sistema a la economía —y sabido es cómo la Unión Europea iría agrandando progresivamente sus empeños, sus competencias y funciones—, la seguridad jurídica va a reclamar la solidez que representan reglas jurídicas como las referentes a los derechos fundamentales que se han mencionado. Y es que en el rico universo de los derechos fundamentales hay algunos de ellos especialmente próximos al campo de lo económico. El caso es que se iniciaría un largo y duradero proceso de formalización de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea⁸. De nuevo hay que atribuirle el mérito inicial al Tribunal de Justicia, que comenzaría «inventando» los derechos fundamentales en el sistema comunitario, como «principios generales» extraídos de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. No será preciso recordar ahora —lo ha destacado unánimemente la doctrina—, el peso que en la jurisprudencia del Tribunal adquieren las decisiones «principalistas». Significado así de los principios generales en el sistema de fuentes del Derecho comunitario, modalidad de la mayor utilidad en un ordenamiento jurídico tan asistemático, tan abundante en lagunas y disfuncionalidades. Lo que nos recuerda la larga evolución del Derecho administrativo francés y el señero papel desempeñado por el Consejo de Estado, poniendo orden en la caótica legislación, y recurriendo con frecuencia a los principios generales del derecho, y, prácticamente, inventando el moderno Derecho administrativo. Algo similar en el Derecho comunitario: al margen de que jueguen su papel, y reflejen los equilibrios de poder, no son pocas las críticas a la escasa calidad de tantas normas comunitarias. Es uno de los argumentos recurrentes de la doctrina, y empeño, el de

⁸ En relación con esta evolución, véase, por todos, Juan Antonio Carrillo Salcedo, «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», capítulo XVIII del volumen colectivo *Tratado de Derecho comunitario europeo*, II, Civitas, Madrid, 1986; Ricardo Alonso García, «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, Madrid, 1991, 799 ss.; Lorenzo Martín-Retortillo, «Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, 57 (2000), 31 ss.

la mejora, periódicamente anunciado, si bien de muy difícil realización. De ahí la utilidad de la metodología «principal» que ha colaborado a resolver tantos problemas. Pero lo que me interesaba destacar en este punto es el proceso de progresiva aparición de derechos fundamentales.

VI

Aludiré a otra característica que se superpone, en parte derivada de algo que ya se ha dicho. Era necesario y elemental, por supuesto, algo querido y asumido, y sin duda, de efectos muy positivos, pero a los juristas se nos ha complicado sobremanera nuestro oficio. Aunque por ello, el reto de los estudiosos consista en hacer patentes los problemas y tratar de buscarles solución. Me gusta recalcar, en efecto, que vivimos tiempos de «interconexión de ordenamientos jurídicos»⁹. Y resulta así inevitable el contraste con la «placidez» tradicional, el «bucólico» panorama de antaño. Por más que siempre hayan surgido problemas en el momento de la aplicación del derecho, la unidad de origen de las normas, el saber que uno tenía que centrarse, en principio, en aquello que había aparecido en la Gaceta, o el Boletín Oficial del Estado, como se designa ahora al diario oficial español, era antes un elemento de tranquilidad y de certeza. Hoy, en cambio, vivimos en el sobresalto de constatar que acaso se van a imponer normas o, incluso, soluciones jurisprudenciales, que vienen de lejos, vienen de fuera, y de las que hemos perdido el control, por más que participemos de alguna manera en su elaboración. El Derecho comunitario en concreto, como se dijo, desplaza al derecho de los Estados, o, dígame lo mismo de la normativa de la Organización Internacional del Comercio, aspecto que no analizaré ahora. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desempeña un gran papel a la hora de modular cómo sea en efecto ese Derecho que se va a imponer. Pero aparte del que llamamos Derecho comunitario (el propio de la Unión Europea, heredera de las anteriores «Comunidades»), como algo bien diferenciado, y recalcando la necesidad de no confundir organizaciones y fórmulas, existe el Consejo de Europa, en cuyo seno ocupa un lugar destacado y muy activo el sistema de derechos fundamentales propiciado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y con el que nuestros Estados se han comprometido también. A similitud de vuestro Pacto de San José, el que llamamos sistema de Estrasburgo, complementa la fuerza del contenido sustantivo del Convenio —instrumento internacional que los Estados han asumido voluntariamente, y con el que se han comprometido, por ende— con la eficacia y activismo del Tribunal garante del mismo, el Europeo de Derechos Humanos, llamado habitualmente Tribunal de Estrasburgo, por ser esa ciudad francesa la sede del mismo. Es autor de una abundante y rica jurisprudencia —en constante evolución, ade-

⁹ Me remito a mi citado libro *La interconexión de los ordenamientos jurídicos*, escrito para la grata ocasión de mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

más— que no sólo se impone a los Estados, sino que ofrece también la virtualidad de desplazar al derecho interno que esté en contradicción con la misma.

Lo que fuerza a estar muy atentos a toda esa legislación, pero también a la ingente jurisprudencia aplicativa, no siempre disponible con facilidad y cuyo manejo a veces resulta complicado: he destacado así en otros lugares cómo las sentencias del Tribunal de Estrasburgo se publican oficialmente sólo en francés o en inglés, sin que falten ocasiones en que no sea fácil disponer de versión en español.

VII

En este sentido, situándonos en la perspectiva que hoy día podemos contemplar, teniendo muy presente esa realidad de la interconexión de ordenamientos jurídicos, tan viva, y tan contundente, la observación de nuestros sistemas jurídicos, me lleva a una nueva constatación, en la que vengo insistiendo recientemente¹⁰, que va a permitir hablar de una «triple vía» para la defensa de los derechos fundamentales. Tres fórmulas, muy próximas en su alcance, contenido y funcionalidad —cincelada cada una de ellas teniendo muy presentes a las otras y siempre con recíprocas influencias—, pero que formalmente son diferentes, ofrecen peculiaridades propias y, en ocasiones, van a suscitar problemas de roces y tensiones.

a) A considerar, en primer lugar, la vía de las constituciones: hay que tener en cuenta, ante todo, que los Estados, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial —ejemplos, así, del Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, de la Constitución Italiana de 1947, luego de la «Grundgesetz» Alemana, etc.—, aun contando con notables precedentes, se han preocupado por llevar al texto de sus Constituciones un significativo paquete de disposiciones referentes a los derechos fundamentales y sus fórmulas de garantía, en un proceso ininterrumpido —pienso en el dato algo posterior de las Constituciones de Portugal, de España o de Colombia— y por el momento, imparable —a recordar así las recientes Constituciones, tan numerosas, de los Estados del Este de Europa—. Destacaré, por ejemplo, que, en el caso de España, el Tribunal Constitucional tiene que dedicar gran parte de su tiempo a resolver los «recursos de amparo», pieza señera en el ámbito interno para la garantía de los derechos fundamentales, en un proceso desbordante, que una reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, intenta racionalizar, evitando recursos intrascendentes o duplicaciones innecesarias.

b) Desde otra perspectiva, está el otro sistema ya referido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el activo protagonismo del Tribunal

¹⁰ Me remito a mi libro *Vías concurrentes para protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Cuadernos Civitas, 2006.

Europeo de Derechos Humanos, o Tribunal de Estrasburgo, sistema que ha sido aceptado por todos los Estados que integran la Unión Europea. En este nivel, hay que constatar la desbordante tarea que viene realizando el Tribunal de Estrasburgo, prueba de la confianza que suscita. Les diré que en general, y salvo excepciones, los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados están muy pendientes de las líneas que marca la jurisprudencia de Estrasburgo. Por centrarme de nuevo en el caso de España, es fácil constatar lo atento que está el Tribunal Constitucional a las directrices que introduce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su cotidiana labor de resolver los casos. Pero no sólo España. Es igualmente ejemplar, por dar otra muestra, la respuesta del Reino Unido que con su Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act, de 1998) ha transpuesto al sistema británico los contenidos centrales del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Admira el grado de respeto de las instituciones británicas para con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, el cuidado contraste que lleva a cabo el Parlamento a la hora de elaborar cada nueva ley, como destacaba recientemente Omar Bouazza Ariño desde las páginas de la Revista de Administración Pública ¹¹.

c) Vías a las que hay que sumar el camino propio de la Unión Europea. Aludía antes al proceso de penetración de la sensibilidad por los derechos fundamentales a través de una larga evolución, algunos de cuyos pasos más destacados describiré enseguida.

Es así como nos vamos a encontrar con esta triple vía para la protección de los derechos fundamentales. Refuerzo consistente para su defensa, aunque, en ocasiones, esta abundancia origine roces y conflictos, que han de reclamar por fuerza la atención de los especialistas.

IX

Largo proceso, en efecto, de formalización en la Unión Europea de compromisos referentes a los derechos fundamentales. No es fácil avanzar, dado el creciente número de socios, muy presente también que cada reconocimiento marca una serie de exigencias y obligaciones para cada uno de los Estados. Pero el avance ha sido constante e imparable, incesante ¹². Un testimonio preclaro es el que se consigue cuando en 1992 se hace en Maastricht (Holanda) el Tratado de la Unión Europea ¹³. Se va a incluir así en el primer escalón jurídico un precepto, el artículo 6 en la numeración actualizada, que se inicia con las siguientes afirmaciones:

¹¹ Omar Bouazza Ariño, «El impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de planificación y domicilio en el Derecho inglés», *Revista de Administración Pública*, 164 (2004), 407-434.

¹² Me remito para más detalles a Lorenzo Martín-Retortillo, «Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, 57 (2000), 31 ss.

¹³ Véase, por todos, Eduardo García de Enterría, *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*, Universidad de Bolonia, SPISA, Bologna, 1992.

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio 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».

La simple lectura del texto impresiona ya por lo que representa, con afirmaciones que, por una serie de razones, han ido ganando consistencia al ir siendo reforzadas posteriormente. Nótese la especial referencia a la técnica de los principios generales del derecho, que implica una destacada codificación de la forma de proceder del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El «basarse en», y el «respetar», es ya un cierto grado de compromiso, con el conjunto tan amplio de valores que se enumera. Aquí hay que insertar una doble reflexión. El grado de compromiso, de una parte, puede ser mucho más intenso. Pero, de otra, una cosa es remitirse a instrumentos, por así decir ajenos, y otra bien distinta elaborar instrumentos propios, incorporados de lleno al sistema jurídico comunitario. En esta doble dirección se ha pretendido avanzar, y, de hecho, se ha avanzado un gran trecho.

X

Así las cosas, tras los sucesivos pasos de maduración y preparación, después de muchos esfuerzos, fracasos e insistencias¹⁴, la Unión Europea elaborará un texto propio, aspirando alcanzar una moderna *declaración de derechos*, y es así como se da el avance decisivo de llegar a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se presentó al Consejo Europeo de Biarritz los días 13 y 14 de octubre de 2000, hecha en Niza en el Consejo Europeo de 7 de diciembre de 2000, donde sería solemnemente proclamada —y des-

¹⁴ Me remito de nuevo a lo estudiado en mi citado trabajo, «Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea».

En 1994 se ponía en marcha así un proyecto de Constitución Europea, que albergaba una amplia lista de derechos fundamentales.

Especial peso y significado logró en tan intenso proceso el llamado «Informe Pintasilgo», «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales», de 1996, elaborado por el «comité de sabios», presidido para la que fuera Jefe del Gobierno de Portugal, María Lourdes Pintasilgo, que dio así su nombre al documento —comité del que formó parte uno de sus más brillantes expositores luego, el profesor García de Enterría—, poniendo el acento en la necesidad de incorporar los derechos fundamentales al acervo comunitario, y de dar cabida, sin excusa, a los llamados derechos sociales.

Tuve el honor de participar en el «Informe Simitis», de 1998, que insistiría en la conveniencia de codificar y hacer ostensibles los derechos fundamentales, con lo que se iba preparando el terreno para llegar a la Carta, de que se va a hablar a continuación.

Pero, insisto, fueron numerosos los pasos que propugnaban una profundización del alcance de los derechos fundamentales en lo que ahora llamamos la Unión Europea, con postura muy activa de los estudiosos y, en ocasiones, del Parlamento o de la propia Comisión.

taco lo de «proclamada»— por los tres órganos de gobierno de la UE, el Parlamento Europeo, presidido a la sazón por la señora Weil, el Consejo, encabezado por el Presidente de la República Francesa, Mr. Chirac, y la Comisión, dirigida entonces por el señor Romano Prodi, actual Jefe del Gobierno de Italia ¹⁵.

No hay nada nuevo bajo la tierra: debo destacar así que se trata de un texto de síntesis, que se nutre del consistente caudal existente en materia de derechos fundamentales, si bien va a innovar y a añadir relevantes aportaciones con que situarse a la altura de nuestros tiempos. Ese afán de utilizar lo ya existente ha quedado reflejado con toda claridad en el párrafo quinto del Preámbulo, que se expresa en estos términos:

«La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Tributo justo a un muy rico material, que forzoso resultaba aprovechar: en definitiva, es el resultado de ingentes esfuerzos. Es así como hallarían cabida los derechos y libertades que podemos denominar tradicionales, desde, entre otros, el derecho a la vida, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión, o la superación de discriminaciones entre varones y mujeres. Pero, como digo, el respeto a la tradición no es obstáculo para incorporar igualmente un buen número de reglas jurídicas que las exigencias de nuestro tiempo reclaman, como la protección de datos personales (art. 8), el derecho a disfrutar de la propiedad «de los bienes adquiridos legalmente» (art. 17), la no discriminación por razón de la «orientación sexual» (art. 21.1) —intento de resolver fenómeno tan emocional, tratado históricamente de manera tan injusta y que hoy se conviene en Europa que debe ser normalizado con entera naturalidad—, o, por ejemplo, en el ámbito de la medicina y la biología: el apartado segundo del artículo 3 (Derecho a la integridad de la persona), queda así redactado:

¹⁵ Véase, tempranamente, la lección inaugural del curso académico en la Universidad Autónoma de Madrid, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2000, a cargo del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo, que fue uno de los redactores de la misma, nombrado a propuesta del Presidente del Gobierno de España; recientemente, con muy amplia documentación, Ricardo Alonso García y Daniel Sarmiento, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*, Civitas, 2006.

«En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley;
- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular de las que tienen por finalidad la selección de las personas;
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

En lo que concierne a los derechos sociales, encontramos una muy amplia y destacada presencia, sobre todo en el capítulo IV, dedicado a «Solidaridad», aunque ciertamente se suelen plantear enmarcados en «lo que disponga la Ley» —es decir, que el juez no pueda inventar o añadir por sí mismo, desde una cierta prevención al «activismo judicial»—: seguridad social y ayuda social (art. 34), derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28), derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), protección en caso de despido injustificado (art. 30), etc.

XI

La Carta se apoya en significativos elementos simbólicos, lo cual parece connatural a cualquier declaración de derechos, y fue objeto de una elaboración ejemplar en lo concerniente a la participación, acudiéndose así a la fórmula de que fuera redactada por una «Convención», lo cual forma parte ya de ese reforzamiento de lo simbólico.

Quería hacerse un gran documento de la Unión Europea aprovechando el significado que se le dio a ese momento del principio y final del siglo y del milenio, y se pensó además que así se conmemoraban los cincuenta años de la promulgación en Roma, el 4 de noviembre de 1950, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que papel tan trascendental había representado y sigue desempeñando.

En esta línea se optó por que en lugar de un documento preparado por funcionarios, como suele ser habitual, actuara una amplia asamblea, a la que expresamente se denominó Convención —con todas las implicaciones que evoca el término—, integrada por 15 representantes de los Presidentes de Gobierno de los países de la Unión, muy cuidadosamente seleccionados —uno por cada Estado, que entonces eran 15—, 30 de los Parlamentos de cada Estado, 16 del Parlamento Europeo, y uno de la Comisión Europea, contando con cualificados observadores, entre otros, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Consejo de Europa o del Defensor del Pueblo europeo.

Celebró su sesión constitutiva el 17 de diciembre de 1999 y eligió Presidente al conocido jurista Roman Herzog, que había sido Presidente de la República Federal de Alemania (y, antes, de su Tribunal Constitucional Federal), actuando como Vicepresidente jurista de tanta calidad como Guy Brai-

bant, tan vinculado al Consejo de Estado Francés. La Convención, tras arduas discusiones y debates, que pudieron seguirse por Internet, que sirvió también como cauce para enviar sugerencias, con lo que quedó asegurada ampliamente la participación, adoptaría el texto, el 2 de octubre de 2000.

XII

Quiero resaltar, que entre las novedades que se incorporan a la Carta, en una vertiente menor, si se quiere, y junto a aspectos de gran trascendencia, hay algo que a mí como administrativista me interesa especialmente, y es que se dedica señalada atención a la Administración Pública. Y no sólo de forma indirecta o refleja —a consecuencia de las cargas y limitaciones que derivan habitualmente de los derechos y libertades garantizados—, sino de manera directa, apuntando, entre otras cosas, a su forma de ser y proceder. En varios preceptos se aborda la manera de actuar de la Administración, pero merece especial interés el artículo 41, en el que se consagra el «Derecho a una buena administración»¹⁶, en una línea que tuvo una formulación pionera en la Constitución Italiana de 1947, con su referencia al «buon andamento dell'amministrazione», que luego se ha expandido con generosidad, y que podemos encontrar así, entre otros, en el Derecho colombiano. Está redactado así:

«1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
- la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

Adviértase que a estas reglas se las engloba ahora dentro de un derecho fundamental —recuérdese el vivo debate acerca de qué puedan considerarse

¹⁶ Aspecto que he abordado en mi trabajo, *Dos notas sobre la Carta*, en el seminario dirigido por Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, 183 ss.

derechos fundamentales—, con la secuela, obvia, de que haya de disponerse de un «recurso judicial efectivo» a la hora de defenderse frente a posibles violaciones.

Destacaré en qué gran medida la redacción que se ha dado al precepto implica un traslado al orden del procedimiento administrativo de lo que eran peculiaridades que habían ido arraigando en el sistema procesal, en relación con las actuaciones ante los tribunales de justicia.

XIII

Mi opinión es decididamente positiva respecto a la elaboración de la Carta y a su contenido. Fue una operación compleja, que ofreció muchas dificultades, para cuya consecución hubo que pactar y negociar, de ahí que junto a preceptos taxativos y lineales, de inequívoca virtualidad —en general los derechos y libertades más arraigados, como el derecho a la vida, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, etc.—, en otros casos los artículos ofrecen salvedades y distingos, no siendo rara la reserva a lo que dispongan las leyes nacionales —metodología que se observa en algunos de los derechos sociales de más moderna implantación—. Fruto de estas diferencias es el resultado final en cuanto a la virtualidad de la Carta. Destacaba antes que había sido «proclamada». En efecto, y lo fue solemnemente. Pero nunca fue promulgada como una norma jurídica, nunca se le dotó del marchamo jurídico que la hiciera inequívocamente vinculante. La firma solemne por la Presidenta del Parlamento, y por los Presidentes del Consejo y de la Comisión, implica que estos tres órganos se consideran vinculados por la Carta. Más aún, la Comisión ha recalcado de manera especial que cualquier norma que provenga de ella ha de ser contrastada expresamente con el contenido de la Carta, para asegurar su correcta adecuación. De recordar así la «Comunicación de la Comisión», de 27 de abril de 2005, sobre el «Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión. Metodología para un control sistemático y riguroso». Pero la realidad es que no ha sido formalmente declarada como norma. ¿Quiere esto decir que no surte efectos jurídicos? Se ha entablado, en efecto, un vivo debate acerca de la eficacia de la Carta¹⁷. Es curioso, porque cualificados Tribunales la mencionan especialmente a la hora de fundamentar sus argumentaciones, desde el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o el Tribunal de Primera Instancia, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, u otros, como, y muy tempranamente, el Tribunal Constitucional Español. Lo que, por otro lado, me recuerda el proceso de propagación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de los revolucionarios franceses, de 1789: el significado así de la temprana traducción de Nariño, aquí en Bogotá (de la que tan duras secuelas se le seguirían); o la de Picornell en

¹⁷ Me remito así a mi trabajo «La eficacia de la Carta», *Azpilueta*, 17 (2001), 19 ss.

Caracas; Declaración que, por cierto, hoy forma parte del «bloque de la constitucionalidad» en Francia, y a mí me gusta recalcar que ha penetrado de lleno en el Derecho comunitario, a través de la referencia que se hace a las «tradiciones constitucionales de los Estados miembros»¹⁸.

XIV

El panorama cambió radicalmente cuando a partir de 2004 apareció el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, o simplemente denominado, Constitución Europea, que ha representado una amplísima movilización de la opinión pública así como de la atención de los estudiosos. La introducción con toda intención del nombre de Constitución era ya un paso destacable. El texto innovaba sobre todo en los mecanismos de toma de decisión —el peliagudo tema del quórum en una organización, ahora con 27 socios—, en la idea de superar el carácter itinerante, el famoso relevo cada semestre —albergando el Estado correspondiente la celebración de los consejos especialmente relevantes—, lo que nos recordaba un poco el ejemplo de las Cortes itinerantes en la Edad Media europea, así como el fortalecimiento de un responsable de la política exterior. Pero, al margen de unos cuantos problemas vitales, la propuesta consistía sobre todo en una codificación de lo ya existente, tratando de racionalizar un tanto el complejísimo entramado normativo de la Unión Europea. De modo, que no eran demasiadas las novedades. Donde sí se producía un salto cualitativo era en relación con la Carta: se transcribía íntegramente —Preámbulo incluido—, con muy ligeros ajustes y alguna cláusula de salvedad¹⁹, pasando a formar la Parte Segunda del texto de la Constitución. Lo que significa que adquiriría relevancia de norma constitucional, cobrando así pleno valor normativo. De manera que, tal y como estaba redactado el Proyecto, se solventaba de forma expresa el problema de su eficacia.

La Constitución suscitó esperanzas e ilusiones, muy presente, como digo, en el debate jurídico de los últimos meses —se le han dedicado abundantísimas páginas, congresos, seminarios, conferencias, etc.— y fueron muchos los que la acogieron con alborozo. Varios países, como España, la aprobaron por referéndum de la Nación, mientras otros lo hicieron por simple refrendo del Parlamento. También suscitó rechazos, por ejemplo en los llamados «euroescépticos», los partidarios de no aumentar los poderes de la organización europea. En esta tesitura, el globo se deshinchó, creo que de manera coyuntural y excepcional, a consecuencia del referéndum francés, que resultó fallido. En mi opinión, influyó decididamente el acre debate en el seno del Partido Socialista francés, que había sido siempre decidido partidario del sistema europeo, que había apoyado con fuerza desde el comienzo. Influyó también

¹⁸ Me remito a mi citado trabajo *Dos notas sobre la Carta*, 186 ss.

¹⁹ Sobre los matices y salvedades introducidos, véase Lorenzo Martín-Retortillo, *Vías concurrentes para la defensa de los derechos humanos*, cit., 120 ss.

el debate sobre la «Directiva de Servicios», desde el temor de que pudiera afectar a derechos laborales consolidados (luego, la Directiva se ha aprobado, sin que se confirmaran tales temores). El no francés influyó sin duda en el referéndum holandés, y el resultado fue también negativo en esta segunda ocasión. El Reino Unido, desde sus conocidas reticencias, había quedado a la espera, pero, a la vista de los dos fracasos reseñados, quedó demorada la decisión británica.

XV

Se ha vivido así un período de incertidumbre, un auténtico *impasse*, barajándose todo tipo de hipótesis, desde la de esperar y repetir el referéndum en dichos países, confiando en una situación más propicia, hasta la de acortar de forma radical el proyecto. Unos y otros estadistas se han mostrado muy activos en la búsqueda de fórmulas que permitieran la superación del problema. Muy laboriosa así la Canciller de Alemania, la señora Ángela Merkel, decidida a hallar una solución a lo largo del «semestre alemán» —el primero de 2007—, en que ella presidía el Consejo. Y, en efecto, en el último Consejo del semestre, celebrado en Bruselas desde el pasado 23 de junio, tras laboriosas y arduas negociaciones, se alcanzó el acuerdo, como suele ser habitual en la historia de la evolución de la organización europea. Por de pronto, se desecha el nombre de Constitución, también con todo lo que tiene de simbólico, y se opta por introducir las novedades modificando el Tratado de la Unión Europea, con lo que se desarmen algunas de las reacciones²⁰. Fueron muy vivas las discusiones acerca de los criterios referentes a la toma de decisiones y acuerdos, superándose la dura postura de Polonia, con un alargamiento del plazo para la entrada en vigor de tales disposiciones. Desaparecen algunas de las novedades que introducía la Constitución, señaladamente en materia de símbolos. Va a producirse una intensa refundición de los Tratados hoy vigentes, desde esa idea recurrente de simplificar el panorama normativo y hacer-

²⁰ El proceso de codificación seguirá así su curso con las peculiaridades que se vienen indicando. Cada nueva etapa resulta trabajosa. Pero se afianza como incuestionable el propósito de la Unión Europea de seguir avanzando por la senda de los derechos fundamentales. Un excelente ejemplo lo constituye el dato de que se acaba de acordar la creación de una «Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», a través del Reglamento número 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, que apareció en el «Diario Oficial de la Unión Europea», el 22 de febrero de este mismo año de 2007. El Preámbulo pone énfasis en el compromiso de la Unión Europea —y, por tanto, de toda su organización, así como de todos los que tengan que aplicar el Derecho comunitario (es decir, los Estados)— con los derechos fundamentales. No falta ciertamente la referencia a la Carta. La creación de la «Agencia» apunta directamente al reforzamiento de la garantía y efectividad de los derechos fundamentales, para lo que se prevén variadas modalidades de actuación: supervisar puntualmente el grado de respeto por las diversas organizaciones de la UE y por los diversos Estados y denunciar los incumplimientos; preparar datos y estudios; elaborar conclusiones y dictámenes; fomentar el diálogo con la sociedad civil y sensibilizar a la opinión pública; elaborar propuestas, etc.

Es decir, que no basta con codificar normas: se da un paso más y se aspira a consolidar un organismo independiente desde el cual irradiar mensajes positivos, pero también vigilar y sopesar, desde la pretensión de alcanzar resultados efectivos.

lo más inteligible y funcional. Y he dejado para el final, para ir concluyendo ya, lo referente a la Carta de Derechos Fundamentales, objeto también de la atención de los negociadores. La respuesta ha resultado claramente positiva en este punto, no obstante algunas serias reticencias. Se ha convenido en que había que dar carácter vinculante a la Carta, proclamando de manera expresa su vigencia y carácter obligatorio. En este sentido, se ha acordado promulgarla expresamente y afirmar su operatividad jurídica. Se trata, por consiguiente, del gran paso que no logró darse cuando se elaboró en el 2000. Se desbloquea así el problema, con carácter general. Eso sí, como resulta frecuente en la evolución del sistema comunitario, habrá algún párrafo específico para satisfacer las exigencias, por ejemplo del Reino Unido, estableciendo algunas matizaciones. Del resto, normal operatividad y eficacia de la Carta. Precisamente, cuando yo salía de Europa, comenzaba sus sesiones en Bruselas la Conferencia Intergubernamental (CIG) encargada de dar cuerpo y de redactar los acuerdos tomados en el Consejo Europeo. La Conferencia Intergubernamental se ha reunido, en efecto, los días 23 y 24 de julio de 2007 y, actuando con toda diligencia, ha dado a conocer ya el texto —que yo he podido consultar en Internet— de lo que se va a reformar en el Tratado de la Unión Europea, así como otros instrumentos. Entre ellos, las «Declaraciones», la undécima de las cuales contempla que la Carta será solemnemente proclamada por el Parlamento Europeo, por el Consejo y por la Comisión²¹. Se está pendiente, por tanto, de que se lleven a cabo los pasos que acaban de ser acordados. Desde el punto de vista del contenido de esta ponencia, el colofón consiste en que se refuerza la idea de codificar los derechos fundamentales, dando vida plena a este instrumento de la Unión, para la Unión²².

²¹ Otro problema pendiente en la Unión Europea es el de las relaciones del Derecho comunitario con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el gran texto del Consejo de Europa. Para superar pasadas dificultades —así, el informe negativo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de marzo de 1996—, se había convenido en que el proyecto de Constitución, que acaba de decaer, contemplara de forma expresa la adhesión de la Unión Europea al Convenio. Por su parte, el Consejo de Europa —auténtico *dominus* del Convenio—, había contemplado de manera formal tal posibilidad, al incluir una cláusula *ad hoc* en el Protocolo Adicional número 14 al Convenio. Con lo cual, un Convenio pensado inicialmente para vincular a los Estados se abría también ahora a esta peculiar organización internacional que es la Unión Europea. Pues bien, la Primera de las declaraciones que la Conferencia Intergubernamental ha aprobado el 23 de julio de 2007 retoma dicha opción, si bien precisando que la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos habrá de hacerse con las modalidades que permitan conservar las especialidades del orden jurídico de la Unión. Debo añadir por mi cuenta que ahí late sin duda, entre otros problemas, el de la relación entre los dos Tribunales Europeos, el de Luxemburgo y el de Estrasburgo, o, dicho en otras palabras, el de la Unión Europea, integrado sólo por jueces de los países de la Unión Europea, y el del Consejo de Europa, del que forman parte también jueces que no pertenecen a Estados de la Unión Europea.

²² Por cierto, que ha causado sorpresa que las noticias que informan de la puesta en funcionamiento de la Comisión Intergubernamental y del inicio de sus trabajos anuncian también que Polonia, sorpresivamente, habría cambiado de opinión con posterioridad al Consejo, y no estaría dispuesta ahora a comprometerse con la Carta. Sería un nuevo testimonio del proceso que antes refería de lo complicado que resulta tomar acuerdos en un club con tantos socios, y más cuando puedan derivar compromisos vinculantes, en esa sucesiva acumulación de avances, de acelerones, también de frenazos, y de los esfuerzos para lograr el desbloqueo. A estas alturas, no puedo conocer en absoluto cuál vaya a ser el alcance efectivo de estas reticencias, aparte de que mis informaciones son, por el momento, muy limitadas. Pero creo puede partirse de la seguridad de que eventuales incidentes como éste no van a impe-

Debo decir que el interés de autores y estudiosos por la Carta y su problemática continúa en alza²³, muy abiertos los ojos a ver cómo se conjugan los problemas que suscita esa triple vía para la defensa de los derechos fundamentales, a que antes me refería, y a cómo hayan de resolverse²⁴.

dir la puesta en marcha de la efectividad de la Carta, acaso den lugar a alguna reserva o a la formalización de alguna excepción.

²³ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2005-08538, sobre «El reto de los derechos fundamentales en el seno de una sociedad pluralista», del que yo mismo soy director.

²⁴ Cierro la redacción de este trabajo en *Redes* (La Coruña), el 3 de agosto de 2007, si bien, al corregir pruebas, puedo puntualizar que los pasos previstos se han ido cumpliendo, habiéndose producido la decisiva aprobación del instrumento llamado a ocupar el espacio que antes se atribuía a la Constitución Europea. En efecto, el 6 de diciembre de 2007 se logró el nuevo tratado de Lisboa, que ya ha comenzado a ser ratificado y, de hecho, ya han sido varios los Estados que han dado los pasos necesarios según su propio ordenamiento consuetudinario. Según la nueva solución, se apuesta decididamente por considerar vinculante y dar plenitud de efectos jurídicos a la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien con ciertas especialidades en relación con el Reino Unido y Polonia. Por su parte, se ha mantenido igualmente el criterio del anterior proyecto, de que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Fundamentales. En definitiva, la apasionante aventura de la codificación de los Derechos Fundamentales, con la pretensión de hacerlos efectivos, sigue su curso, por más que se sea consciente de que es un empeño que tiene paciencia, habilidad y tesón, y saber tomarse el tiempo necesario.