

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?*

Alejandro Saiz Arnaiz
Catedrático de Derecho Constitucional UPV-EHU
Profesor Ordinario en la Escuela Judicial

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—2. LA CARTA COMO *SOFT LAW*.—3. LA CARTA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—4. LA CARTA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Y EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA).

1. PLANTEAMIENTO

Una más entre las muchas cuestiones que suscita la proclamación en Niza, el día 7 de diciembre de 2000, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta) se refiere, como es de sobra conocido, a su naturaleza jurídica. Sin entrar ahora en los matices, que eso se hará a lo largo de las próximas páginas, puede, en una primera aproximación, descartarse la condición normativa de la Carta. Esta afirmación, más bien una obviedad, resulta de una serie de datos que ahora expongo sumariamente.

La Decisión adoptada en Colonia en junio de 1999, de la que en última *ratio* trae causa la elaboración de la Carta, remitía al Consejo Europeo a celebrar en diciembre de 2000 «la proclamación solemne» de aquélla, añadiendo acto seguido que «posteriormente habrá que estudiar si debe

* El presente trabajo forma parte de un Proyecto de Investigación (PI-1999-147) financiado por la Consejería de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco-Eusko Jaurlaritza.

incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse». La Convención puesta en marcha para la elaboración del proyecto de Carta optó por redactar el documento *como si* fuera a tener carácter vinculante, prescindiendo de su destino último; un destino, por cierto, que no estaba en las manos de este singular órgano salido del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) ¹.

Unos meses antes de la cumbre que ponía término a la presidencia francesa de la Unión, y en el marco del Consejo informal celebrado en Biarritz, los Jefes de Estado y de Gobierno despejaron las dudas que hasta ese momento podían haber existido sobre la (en su caso) naturaleza vinculante de la Carta, insistiendo en la proclamación, eso sí, en todo caso «solemne» del documento y remitiendo al futuro la definición de sus (eventuales) efectos jurídicos. De la actitud final del Consejo Europeo da una buena muestra el hecho de que su Presidente de turno, J. Chirac, no firmara la Carta en Niza en el momento de su proclamación, junto con los Presidentes del Parlamento, de la Comisión y del Consejo de Ministros, que actuaron en representación de sus respectivas instituciones y no del propio Consejo Europeo.

En fin, el Tratado de Niza incorporó un Anexo IV («Declaración sobre el futuro de la Unión que deberá constar en el Acta final de la Conferencia») en el que se hace constar que una de las cuestiones a «abordar» en el desarrollo futuro de la Unión Europea será, precisamente, «el estatuto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia» (apartado 5 del Anexo), remitiéndose así a la Conferencia Intergubernamental que se convoca para el año 2004 (apartado 7) la concreción de la posición jurídica de la Carta ².

Por si quedara alguna duda sobre el carácter no vinculante de la Carta, el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* publicó el texto, en fecha 18 de diciembre, en la serie C (Suplemento al Diario Oficial. Licitaciones y contratos públicos) y no en la L (Legislación).

Asumido queda, y sin margen de error, que no nos encontramos ante un Tratado ni tampoco ante ninguna otra fuente del Derecho de producción comunitaria o de la Unión. Puede, eso sí, predicarse de la Carta la condición de declaración política, interinstitucional, de la que algún otro ejemplo ya existe también en el terreno de los derechos fundamentales ³. Ello no obstante, no pueden ocultarse las numerosas singularidades que la Carta presenta respecto de cualquier precedente comunitario (y de la

¹ Sobre el proceso de elaboración de la Carta, y el muy singular método de la Convención, véase, por todos, A. RODRÍGUEZ BEREIJO, «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, n. 192, 2001, en concreto, pp. 10-13.

² En el Tratado de Niza publicado en el *BOE* de 7 de noviembre de 2001 figuran una serie de Declaraciones anejas al Acta final. La número 23 («Declaración relativa al futuro de la Unión») incorpora el contenido que se reproduce en el texto.

³ Así, por ejemplo, la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977.

Unión, si en este ámbito existieran los precedentes) en la materia y que tendrían que ver no sólo con su transcendencia en clave política y simbólica en la perspectiva de la que se viene denominando como «constitucionalización» de la Unión Europea ⁴, sino además con el hecho de que se trata del primer texto articulado (una verdadera lista de derechos) que encierra una auténtica y completa Declaración salida del acuerdo entre las más representativas instituciones políticas de la Unión actuando con el *consentimiento* (dejémoslo ahí) del Consejo Europeo ⁵. Añádase a cuanto acaba de recordarse el novedoso y, por qué no decirlo, muy participativo sistema empleado (la ya citada Convención) para la elaboración del proyecto.

Así las cosas, el estudio de la eficacia interna de la Carta o, por emplear un término menos comprometido, pero con seguridad más adecuado a la realidad que se estudia, de su *proyección* en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión, puede hacerse en una doble clave temporal, a saber: la Carta *hoy*, como un documento puramente político —ya se ha dicho— que evidencia un acuerdo interinstitucional, o la Carta *mañana*, es decir, a resultas del estatuto que para la misma salga de la Conferencia Intergubernamental de 2004.

En este último caso puede imaginarse que si finalmente se opta, como parecería normal (y hasta obligado), por convertirla en norma jurídica, la Carta habrá de situarse en el vértice del ordenamiento de la Unión, en el nivel del Derecho originario con los efectos que semejante posición provoca no sólo en aquel ordenamiento sino también en el nacional ⁶.

Las alternativas a esta hipótesis son, en mi opinión, básicamente tres, aunque en el momento presente todas ellas resultan, a lo que parece, menos atendibles que la que se acaba de plantear: a) el mantenimiento del *statu quo* (insostenible políticamente a medio plazo, aunque se trata de una opción no descartable); b) la adhesión comunitaria —que no de la Unión— al Convenio Europeo de Derechos Humanos (inadmisible para no pocos Estados miembros), que conviviría con una Carta de incierta condición jurídica planteando no pocos quebraderos de cabeza ⁷;

⁴ Al respecto, R. ALONSO GARCÍA, «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 209, 2000, en particular, pp. 10-11.

⁵ La Comisión se refirió en su momento a la última versión de la Carta aprobada por la Convención predicando de la misma «un auténtico valor añadido. Al reunir en un mismo texto derechos hasta la fecha dispersos en diversos instrumentos internacionales y nacionales, el proyecto de Carta constituye la esencia misma del acervo europeo común en materia de derechos fundamentales»; Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (COM(2000) 644 final).

⁶ En ese momento se multiplicarán los problemas por cuanto semejante ubicación suscitará no pocas cuestiones a la luz de la interpretación de las denominadas disposiciones horizontales de la Carta (arts. 51-54).

⁷ Tanto si la Carta es dotada de fuerza vinculante como si mantiene su condición actual. Debe recordarse en este momento que la «aparición» de la Carta no ha supuesto, ni mucho menos, un cierre del debate en sede comunitaria (no meramente académica) sobre la incorporación al Convenio de Roma de 1950. Así, por ejemplo, la Comisión hizo notar que la «existencia de la Carta no mermará el interés de la adhesión, que originaría el establecimiento de una tutela externa de los derechos fundamentales al nivel de la Unión; del mismo modo, la adhesión al Convenio en modo alguno privaría de interés a la elaboración de una Carta de la Unión Europea»; en el documento ya citado [COM(2000) 644 final].

y c) la elaboración de un Constitución europea a la que se incorporaría la Carta a modo de Declaración de derechos (impracticable, con seguridad, por los numerosos rechazos que, más en ambientes políticos que académicos, provoca hoy la idea constitucional para la Europa unida).

Pero en estas páginas no pretendo referirme a lo que pueda ocurrir con la Carta dentro de tres o más años, un espacio de tiempo en el que, en estos agitados inicios de siglo, y en un proceso como el de integración europea, cualquier análisis prospectivo deviene casi naturalmente alquimia jurídica. Mi pretensión es mucho más modesta. Me limitaré, en efecto, al estudio de la proyección que la Carta, en su condición actual, *puede*⁸ tener (y, en algún caso, tiene ya) en el seno de los ordenamientos nacionales, en particular del español. El fundamento de dicha proyección se encuentra en el artículo 51.1 de la Carta cuando establece que sus disposiciones están dirigidas, además de a las instituciones y órganos de la Unión, «a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

Es sabido que el Tribunal de Justicia se ha negado competencia para fiscalizar, en su compatibilidad con los derechos fundamentales, las actuaciones estatales ajenas ordenamiento comunitario. Sin embargo, esta declaración de principio ha de completarse con la jurisprudencia luxemburguesa, a la luz de la cual parece evidente una progresiva extensión de su actividad tuitiva de los derechos fundamentales siempre que exista una «conexión (o vínculo) suficiente»⁹ entre el Derecho comunitario (y, más en general, de la Unión, cuando este último sea controlable judicialmente) y la acción estatal. Pues bien, siempre a la luz del referido criterio jurisprudencial, puede establecerse el siguiente listado de actuaciones nacionales fiscalizables por el Tribunal de Luxemburgo en su respeto a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario¹⁰:

- a) las intervenciones en ejecución de las normas comunitarias;
- b) la normativa de transposición de directivas;
- c) las derogaciones o excepciones al ordenamiento comunitario por él permitidas;
- d) las normas internas que interfieran con algunos principios generales del Derecho comunitario.

Se aprecia, así, que la *posible incidencia teórica de la Carta sobre la actividad de los poderes públicos nacionales*, y por lo tanto sobre los ordenamien-

⁸ Escribo *puede* por cuanto los menos de once meses transcurridos desde la proclamación de la Carta (estas páginas se redactan en los primeros días de noviembre de 2001) no consienten una verificación de las propuestas que aquí se formulan a la luz del comportamiento de los órganos judiciales en su caso llamados a interpretar y aplicar dicho documento.

⁹ STJCE en el caso *Kremzow*, 29 de mayo de 1997, C-299/95.

¹⁰ Sigo en este punto el muy completo trabajo de J.I. UGARTEMENDÍA, *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, Oñati, 2001, pp. 62-63, con abundante cita de pronunciamientos del Tribunal de Justicia que avalan el catálogo propuesto.

tos internos, es notable. Por decirlo en los términos de Besselink, «sólo las medidas que no implementan Derecho comunitario o que no lo tocan (*touch*) de cualquier otro modo quedan fuera del radio de acción del estándar de derechos fundamentales de la UE»¹¹. Si ésta es la orientación jurisprudencial, vinculada al ya citado canon de la conexión o vínculo suficiente, no puede dejarse de apuntar que la misma resulta bastante más amplia que el parámetro deducible del artículo 51.1 de la Carta («cuando apliquen»), de ahí que no hayan faltado lecturas de dicha disposición en clave de mensaje que se lanza al Tribunal de Justicia para que, cuando menos, atempere su *case-law* en la materia. Esta opinión resulta avalada en buena medida por el Texto de las explicaciones a la Carta elaborado por el Presidium de la Convención, que, en el ámbito del artículo 51, después de una remisión al caso *Wachauf* («la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros *cuando actúan en el marco del Derecho comunitario*»), cita el más estricto criterio resultante de una reciente decisión del Tribunal («las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros *cuando aplican la normativa comunitaria*»)¹²

2. LA CARTA COMO *SOFT LAW*

Ya ha quedado dicho más arriba que en su estado actual la Carta no pasa de ser una declaración interinstitucional desposeída de toda fuerza vinculante. Así lo quiso el Consejo Europeo reflejando el criterio de una buena parte de los Estados miembros. En consecuencia, no parece haber ninguna dificultad para considerar a la Carta como una más de las numerosas expresiones de *soft law*, una realidad bien conocida por los estudiosos del Derecho internacional. En descripción de TAMMES, semejante término alude a «un fenómeno que presenta las características del "Derecho" en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quien [*sic*] el *soft law* se dirige», si bien produce la sensación de que «algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana»¹³.

En el orden jurídico comunitario los instrumentos de *soft law* resultan de las previsiones del propio Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), en concreto de su artículo 249, que afirma que las recomendacio-

¹¹ L.F.M. BESSELINK, «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1, 2001, p. 79.

¹² STJCE de 13 de abril de 2000, C-292/97 (los subrayados están añadidos). El texto de las explicaciones se encuentra en CHARTE 4487/00 CONVENT 50 (11 de octubre de 2000).

¹³ «Soft Law», en *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, La Haya, 1983, p. 187, citado en R. ALONSO GARCÍA, «El *soft law* comunitario», *RAP*, n. 154, 2001, p. 64.

nes y los dictámenes «no serán vinculantes». Es claro, sin embargo, tal y como apunta ALONSO GARCÍA, que «la ausencia de efectos vinculantes no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos»¹⁴. Así se ha reconocido por el Tribunal de Justicia, para el que las recomendaciones no pueden considerarse «como carentes en absoluto de efectos jurídicos»¹⁵. Lo mismo puede decirse de otras expresiones de *soft law ad intra*, que articulan mecanismos de cooperación interinstitucional y para las que, siempre de acuerdo con el Tribunal de Justicia, no puede excluirse de plano la eventual producción de efectos incluso vinculantes, estando siempre a los términos del acuerdo y al criterio de las instituciones que lo protagonizan¹⁶.

Pues bien, esta consideración de *soft law*, por supuesto *ad extra* (art. 51.1), parece ajustarse a la realidad actual de la Carta que, en este sentido, no representaría ninguna novedad en el Derecho comunitario (... y menos aún en el de la Unión)¹⁷. Afirmar su relevancia política y sostener que no posee fuerza vinculante no puede querer significar, de acuerdo con cuanto se viene diciendo, que dicho documento no sea susceptible de generar ciertos efectos jurídicos. Antes al contrario, y en estos términos la coincidencia de los distintos autores es total, tales efectos son perfectamente imaginables, en particular, a la luz de la utilización que el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia puedan hacer de la Carta como un elemento más con el que operar en el discurso motivador de sus resoluciones¹⁸. No faltan,

¹⁴ R. ALONSO GARCÍA, «El *soft...*», cit., p. 64. Este autor hace notar que, además de los instrumentos de intervención a los que se refiere el art. 249 TCE, existen otros «destinados *esencialmente* a presidir *ad intra* el funcionamiento del aparato institucional comunitario y a sentar, en su caso, reglas de juego interinstitucionales», lo que le permite diferenciar entre el *soft law ad intra*, en el que resulta fundamental conocer la voluntad de sus autores sobre la intención de vincularse (declaraciones, acuerdos, *modus vivendi*, códigos de conducta, etc.), y el *soft law ad extra* (recomendaciones y dictámenes, pero también comunicaciones de la Comisión), *ibidem*, pp. 66 ss.

¹⁵ STJCE en el caso *Grimaldi*, de 13 de diciembre de 1989, C-322/88.

¹⁶ R. ALONSO GARCÍA, «El *soft...*», cit., p. 70. La Declaración común del Parlamento, el Consejo y la Comisión, de 5 de abril de 1977, sobre los derechos fundamentales, formaría parte, según este autor, con opinión fácilmente compartible, del citado *soft law ad intra*.

¹⁷ La Carta como *soft law ad extra* cumpliría las cuatro funciones que ALONSO GARCÍA («El *soft...*», cit., pp. 74 ss.) predica del mismo: es avance de un (deseable, en el futuro) *hard law*; es una alternativa al mismo (la única imaginable en el momento presente); es también un complemento del *hard law* (escaso, pero existente en el estado actual del Derecho comunitario y, más en general, de la Unión), y, creo que como función más relevante, es (o, mejor, puede ser) parámetro de interpretación del *hard law*.

¹⁸ De entre las abundantes opiniones doctrinales que han sostenido los apuntados efectos interpretativos me remito ahora a R. ALONSO GARCÍA, «La carta de los derechos...», cit., pp. 10-11 («la ausencia de fuerza jurídica vinculante no implica ausencia de efectos jurídicos, como claramente demuestra el papel que ha venido desempeñando en el marco del ordenamiento jurídico comunitario el propio CEDH, el cual, aun no vinculando jurídicamente a la Comunidad, ha funcionado como esencial fuente inspiradora en la configuración de los derechos fundamentales vía pretoriana por el TJCE»); B. de WITTE, «The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1, 2001, p. 84 («Sería equivocado pensar que una Carta jurídicamente no vinculante carecerá *ipso facto* de todo impacto en la evolución del Derecho de la Unión Europea». Hay numerosos ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recuerda este autor, en los que se ha reconocido a instrumentos de Derecho comunitario no vinculantes alguna autoridad interpretativa); J.A. CARRILLO SALCEDO, «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión

como se sabe, ejemplos en los que el pretor luxemburgués ha hecho uso de textos jurídicamente no vinculantes en el orden comunitario a los que ha reconocido algún valor interpretativo. Baste con recordar ahora, por todos ellos, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Este posible empleo de la Carta resultaría avalado por la Comisión de las Comunidades Europeas que, si bien partidaria «por razones de visibilidad y seguridad jurídica» de su incorporación a los Tratados, estimó que «parece lógico» que «el Tribunal de Justicia se inspire en la Carta, como ya lo hiciera con otros textos sobre derechos fundamentales. *Se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho comunitario*»¹⁹.

Si las cosas suceden tal y como se acaba de exponer, en el criterio coincidente de la Comisión²⁰ y de no pocos expertos, la Carta devendría un tercer instrumento hermenéutico, acompañando a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, como una nueva «fuente de inspiración» en la protección de tales derechos como principios generales del Derecho comunitario. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia seguiría comportándose desvinculado de todo parámetro heterónomo a su propio criterio jurisprudencial, asumido el carácter formalmente no vinculante de aquellas «fuentes de inspiración».

Europea», *RDCE*, n. 9, 2001, p. 19 («por su contenido, su rigurosa formulación jurídica y su valor simbólico, la Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho comunitario»); D. CURTIN, «The EU Human Rights Charter and the Union Legal Order: The 'Banns' before the Marriage», en AA.VV., *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley. Judicial Review in European Union Law*, La Haya, vol. I, p. 314 (para quien el valor añadido que pueda tener la Carta «dependerá de su interpretación y aplicación por el Tribunal de Justicia»); L.M. DíEZ-PICAZO, «Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Tribunales de Justicia*, n. 5, 2001, p. 22 (que considera que la Carta no sea hoy por hoy obligatoria «no significa que quepa atribuirle una naturaleza puramente "programática"») y p. 28 (donde sostiene que «podría ser utilizada por el Tribunal de Justicia a la hora de reconocer y delimitar derechos. Es cierto que, a este propósito, la Carta tendría un valor puramente declarativo, no constitutivo; pero no es menos claro que, precisamente por ello, el Tribunal de Justicia gozará de un margen de discrecionalidad mayor en materia de derechos fundamentales que si hubiera de ceñirse a interpretar y aplicar la Carta en cuanto tal»); «Editorial Comments», *Common Market Law Review*, n.º 38, 2001, p. 6 («es muy probable que la Carta (...) inspirará a los jueces en su interpretación de los derechos fundamentales, incluso aunque sólo sea "soft law"»). No hay ninguna razón por la que los jueces europeos no deberían usarla como fuente de inspiración, del mismo modo en que han usado el CEDH»; A. PECHEUL, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *RFDA*, n. 3, 2001, p. 698 (que predice para la Carta un «valor indicativo, un valor de referencia en tanto que "grille de lecture" para las instituciones comunitarias y para las jurisdicciones comunitarias»), y L. BETTEN, «The EU Charter on Fundamental Rights: a Trojan Horse or a Mouse?», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 2, 2001, p. 163 (que reconoce la condición de «fuente de inspiración» de la Carta para el Tribunal de Justicia).

¹⁹ Comunicación «Sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (COM(2000) 644 final), de fecha 18 de octubre de 2000.

²⁰ Nótese que la Comisión (al igual que J.A. CARRILLO SALCEDO) va más lejos que la mayoría de los autores, ya que a su juicio la Carta no sólo habría de ser una herramienta interpretativa más en manos del Tribunal de Justicia, sino que mediante su utilización por éste habría de convertirse en «vinculante».

A estos efectos pueden imaginarse tres posibles escenarios sobre el modo en que la Carta incidirá en el *case-law* luxemburgués: «congelación», «expansión», o «inhibición»²¹. La primera hipótesis supondría que el Tribunal se abstendría de reconocer nuevos derechos o facultades incorporadas a los derechos presentes en la Carta si los mismos no resultaran (claramente, se entiende) de su literalidad. En la segunda, la Carta ayudaría al Tribunal de Justicia a descubrir, a identificar a partir de su texto, principios generales hasta hoy inexistentes. En la tercera, y en particular a tenor de una posible lectura del artículo 51.1 de la Carta, el Tribunal de Luxemburgo se vería empujado a restringir (hasta el momento) natural *vis* expansiva de su jurisprudencia²².

Al papel que la Carta viene jugando desde su publicación en las Sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, así como en las Conclusiones de los Abogados Generales, dedicaremos un próximo epígrafe, aunque ya puede avanzarse que la muy tímida expansión que parecen sugerir estos últimos deviene congelación, por silencio, en las decisiones judiciales.

Pero si de lo que se trata en estas páginas es de conocer lo que la Carta puede suponer en los ordenamientos de los Estados miembros, analizar su uso desde la sola perspectiva luxemburguesa sería ofrecer una visión necesaria pero, a la vez, parcial de sus posibles efectos. Necesaria porque como se sabe, y a resultas principalmente del artículo 10 TCE, el *case-law* del Tribunal de Justicia posee una indudable proyección interna que se concreta en la vinculación de todo intérprete y aplicador del Derecho comunitario, y del Derecho nacional que «toque» los ámbitos de competencia comunitaria, a los contenidos de la jurisprudencia emanada de aquel Tribunal²³. Así son las cosas, sin entrar ahora en polémicas que nos llevarían demasiado lejos y en nada enriquecerían lo que quiere decirse, en el terreno de los derechos fundamentales. En otros términos: para la evaluación del impacto nacional de la Carta es necesario conocer el criterio del Tribunal de Justicia por cuanto éste acabará por condicionar obligadamente el entendimiento de *lo* comunitario (en el más amplio sentido del término) en los Estados miembros.

²¹ En los términos empleados por B. de WITTE, *op. cit.*, pp. 85-87.

²² Recuértese cuanto en su momento se dijo, al final del primer epígrafe de este trabajo, a la altura de la nota 12.

²³ Sobre el art. 10 TCE (anterior art. 5 TCEE), y las obligaciones que del mismo resultan para los Estados, véase J.T. LANG, «Community Constitutional Law: Article 5 ECC Treaty», *CMLR*, n. 4, 1990, pp. 645 ss. Entre tales obligaciones se cuentan, por ejemplo, la de adoptar todas las medidas necesarias, de carácter administrativo, legislativo y judicial, para dar pleno efecto al Derecho comunitario; no adoptar medidas que entren en conflicto con o dificulten su aplicación; no obstaculizar la actuación de una institución comunitaria; clarificar la posición del Derecho nacional en su relación con el comunitario, etc. Sobre el valor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia véase, F. GHERA, «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia», *GC*, n. 2, 2000, pp. 1203 ss.

Pero a la vez parcial, se escribía más arriba. Y es que, en efecto, en su condición de *soft law* con indudables efectos *ad extra*, nada impide que la Carta pueda ser directamente utilizada, sin la intermediación del Tribunal de Justicia, por las diferentes instancias judiciales nacionales cuando conozcan de casos en los que se encuentren implicadas normas comunitarias o de la Unión, o normas nacionales que «entren en contacto» con éstas. En el próximo apartado, y para el concreto supuesto español, se intentará demostrar que dicho empleo es posible (ya se verá con qué limitados efectos) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que algún ejemplo existe ya de referencia a la Carta.

3. LA CARTA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En su ya dilatada actividad como supremo intérprete de la Constitución, nuestro Tribunal Constitucional ha hecho uso de distintos tipos de actos (resoluciones, dictámenes, recomendaciones, entre otros) emanados de diversos organismos internacionales, que le han servido para *reforzar*, y en (muchas menos) ocasiones para *construir*, su discurso argumentativo. El apoyo último de esta utilización se encuentra en un entendimiento abierto, no formal si se prefiere, de la cláusula interpretativo-integrativa contenida en el artículo 10.2 CE.

Esta disposición alude, como parámetro hermenéutico de los derechos presentes en la Constitución, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. El entendimiento no formal al que me refería ha consentido la utilización con efectos interpretativos de tratados no directamente preordenados a la regulación de derechos, entre otros los propios tratados comunitarios, y, al mismo tiempo, de resoluciones producidas por los órganos de garantía en su caso previstos en los acuerdos y, también, de otros textos o documentos elaborados en el seno de organizaciones internacionales en las que España se encuentra integrada y carentes algunos ellos de toda fuerza vinculante. En este último supuesto, que es el que ahora nos interesa, el Tribunal Constitucional se ha encargado en ocasiones (no siempre) de recordar el valor «orientativo» o «aclaratorio» que tales textos poseen en el ámbito de la respectiva organización, insistiendo en su empleo puramente a tales efectos²⁴.

Así, se han citado *Recomendaciones de la OIT*, que se aprueban por la Conferencia General de este organismo y que sugieren la adopción a los Estados miembros de determinadas medidas en el marco de los fines propios de la Organización. Sirven, en definitiva, para aclarar las disposiciones de los Convenios OIT (éstos sí, una vez ratificados auténticos tratados interna-

²⁴ *In extenso*, sobre el particular, A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999, pp. 91 ss.

cionales) que, a su vez, se emplean para interpretar (e integrar) preceptos constitucionales como, en numerosas ocasiones, el artículo 28 CE; por consiguiente, los efectos de aquellas Recomendaciones sobre la interpretación constitucional pueden ser evidentes a pesar de no encajar en el tipo «tratado» al que alude el segundo párrafo del artículo 10 CE²⁵. También salidas de la OIT, y con una proyección muy próxima a la que se acaba de recordar, pueden citarse, por el uso que de las mismas ha hecho el alto Tribunal, las *Resoluciones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*, órgano de garantía de la libertad sindical no abierto a demandas individuales²⁶; igualmente se ha empleado un *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT*²⁷.

En el mismo sentido, se ha referido el Tribunal Constitucional a *Resoluciones emanadas de la Asamblea General de Naciones Unidas*, desprovistas de fuerza jurídica vinculante. Así, la *Declaración Universal de los derechos del niño* (de 20 de noviembre de 1959)²⁸; la *Declaración de los derechos generales y específicos de los retrasados mentales*, y la *Declaración sobre la igualdad de oportunidades y trato para las trabajadoras*, reflejadas estas últimas en sendas decisiones del Tribunal en ambos casos sin una particular relevancia hermenéutica²⁹. Un mayor peso decisorio en la argumentación se otorgó a las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores*, de 29 de noviembre de 1985, también llamadas Reglas de Beijing, cuando tras reconocer que «no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley», se utilizaron «a mayor abundamiento» para, mediante un fallo interpretativo, salvar la constitucionalidad de la disposición enjuiciada³⁰. Resulta así, en la práctica, que la argumentación del Constitucional descansa en este caso en buena medida sobre un texto internacional al que se acaba de negar por el propio intérprete toda fuerza vinculante, de ahí que el introito «a mayor abundamiento» resulte casi obligado antes de analizar el contenido de

²⁵ Véanse, por ejemplo, las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; 184/1990, de 15 de noviembre, y 191/1998, de 29 de septiembre FJ 5 (en este último se insiste en la «falta de valor normativo» de una Recomendación al tiempo que se reconoce su «proyección interpretativa y aclaratoria» de un Convenio OIT).

²⁶ Así, SSTC 37/1983, de 11 de mayo, FJ 2; 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo FJ 3; 53/1982, de 22 de julio, FJ 3, y 65/1982, de 10 de noviembre, FJ 3. En las tres últimas se presta una especial atención a la «doctrina» (*sic*) del Comité para la definición del concepto de «organizaciones sindicales más representativas».

²⁷ Para la interpretación del Convenio OIT 141, relativo a las organizaciones de trabajadores rurales (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 2).

²⁸ STC 71/1990, FJ 7, que se limita a citar la referida Declaración.

²⁹ La primera, en la STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 2; la segunda, en la STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 5.

³⁰ STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 (art. 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores). En la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ, el Tribunal se refirió a otras *Reglas Mínimas*, ahora de *Tratamiento de Reclusos*, aunque con escasa transcendencia motivadora.

unas Reglas de cuya importancia al interpretar el artículo 25.1 CE no puede dudarse en esta ocasión³¹.

También ha empleado el Tribunal Constitucional documentos nacidos en el Consejo de Europa carentes de la condición de tratados o acuerdos internacionales, a diferencia de las numerosas Convenciones elaboradas en el seno de esta organización, de la que el Convenio de Roma de 1950 resulta ser el más conocido. Se trata de *Resoluciones de la Asamblea Consultiva* y de *Recomendaciones del Comité de Ministros*. Unas y otras carecen de naturaleza jurídica vinculante y tienen normalmente como destinatarios a los Gobiernos de los Estados miembros, a los que sugieren la adopción de determinadas medidas para el logro de las finalidades perseguidas por el Consejo de Europa; en todo caso, y con algún matiz, ha de reconocerse que su relevancia en la motivación ha sido más bien limitada³².

Queda ya finalmente la referencia al uso que el Tribunal Constitucional ha hecho del Derecho comunitario *soft* a los efectos que resultan del artículo 10.2 CE³³. En esta materia resulta particularmente emblemática la STC 224/1999, de 13 de diciembre³⁴, en la que una *Resolución del Consejo*

³¹ En palabras de C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, se atribuye de esta manera «a todas luces» a las reglas 6.1 y 7.1, que son las empleadas por el Tribunal en su motivación, «un valor interpretativo y definidor del contenido de las garantías procesales constitucionalmente reconocidas y de las que el art. 16 (véase la nota anterior) no sería sino una manifestación», en «Jurisprudencia española de Derecho Internacional público. Sentencia 36/1991, de 14 de febrero de 1991 (Pleno)», *REDI*, n. 2, 1991, p. 465.

³² La excepción vendría representada por las remisiones contenidas en tres pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución en las que textos producidos en el Consejo de Europa *contribuyeron a la configuración del derecho a la objeción de conciencia*, ausente, como se sabe, de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (...aunque no del art. 10.2 de la Carta). Me refiero a las SSTC 15/1982, de 23 de abril, FFJJ 6 y 7 (Resolución de la Asamblea Consultiva que vincula la objeción de conciencia a la libertad ideológica y religiosa); 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5 (Recomendación del Comité de Ministros, anterior en poco más de seis meses a la Sentencia, sobre los «límites razonables» de la duración del servicio social sustitutorio), y 161/1987, de 27 de octubre, FJ 5 (en la que se mencionan la Resolución y la Recomendación recién citadas para justificar que la garantía de la objeción de conciencia sobrevenida no es integrante necesario del derecho fundamental a la objeción de conciencia).

Otras decisiones del Tribunal Constitucional (sin ánimo de exhaustividad) en las que aparecen mencionados actos de estos órganos del Consejo de Europa: 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 41/1982, de 2 de julio, FJ 3; 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 9; 5/1998, de 12 de enero; 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; 137/1990, de 19 de julio, FJ 7, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4.

³³ En general, sobre el Derecho comunitario en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, véase A. SÁIZ ARNAIZ, *op. cit.*, pp. 185 ss. Me limitaré ahora a recordar que, 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.

³⁴ Con anterioridad el Tribunal Constitucional STC 330/1994, de 15 de diciembre, FJ 2, había mencionado al menos en una ocasión *soft law* comunitario. En concreto, al resolver un recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalitat de Cataluña contra algunas disposiciones de la Ley de Mediación en Seguros Privados. Se hizo notar allí que no resultaba «ocioso traer a colación, a los estrictos efectos argumentativos —pues es sabido que el Derecho comunitario no se integra entre las normas que configuran la medida del control interno de constitucionalidad (SSTC 252/1988, 236/1991, y 145/1994)—, que la Recomendación de la Comisión de 18 de diciembre de 1991 sobre los mediadores de Seguros (92/48/CEE), y aunque no tenga carácter vinculante, reconoce expresamente que la actividad de mediación en seguros (...). Los efectos de esta cita de la Recomendación no son, en ningún caso, equiparables a los

relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, de 29 de mayo de 1990, y una Recomendación de la Comisión, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, de 27 de noviembre de 1991 (y el Código de Conducta que la acompañaba), resultaron claves en la argumentación del Tribunal, y ello aunque no resulta de los Antecedentes que fueran alegadas por ninguna de las partes, ni utilizadas por los dos órganos judiciales que con carácter previo al amparo habían intervenido en el orden jurisdiccional social. En efecto, éste construyó el concepto de acoso sexual ambiental (una suerte de manifestación difusa del más concreto acoso sexual en el trabajo) a partir del precitado *soft law*³⁵, conectándolo con el derecho a la intimidad personal del trabajador para otorgar el amparo demandado³⁶.

Quedaría hasta aquí acreditado que el Tribunal Constitucional no se ha planteado hasta el momento mayores problemas al hacer uso en su discurso argumentativo de *soft law* o, más en general, de textos de producción internacional (o supranacional) no vinculantes jurídicamente. Queda también puesto en evidencia cómo el referido uso ha tenido un peso o intensidad bien distinto, aunque algunos ejemplos hay de que, en ocasiones, la motivación ha estado directamente condicionada por el contenido de aquellos textos o documentos. Dicho esto, ha de reconocerse inmediatamente que del repaso efectuado resulta con claridad que siempre que se ha acudido a Reglas, Recomendaciones o Resoluciones éstas podían comportarse como verdaderas herramientas de auxilio (... y no sólo) al intérprete por cuanto su tenor lo consentía. En otras palabras: estos documentos no se formulan de manera lapidaria, sintética, abierta, singularmente abstracta, como suelen serlo las disposiciones que reconocen derechos. Y no se enuncian en estos términos porque precisamente su finalidad (al menos una de sus finalidades) es la de ayudar al intérprete y aplicador (en primer lugar, aunque no solamente, la autoridad normativa) que se enfrenta a aquellas disposiciones presentes en los tratados o acuerdos internacionales en cuya estructura institucional se alojan los órganos de los que emanan tales Resoluciones, Recomendaciones, etc.

Pues bien, si cuanto acaba de decirse es, como creo, cierto, habrá de concluirse que de poco servirá al Tribunal Constitucional el eventual uso de la Carta en la interpretación de las disposiciones *iusfundamentales* presentes en nuestro texto básico de 1978. Y ello porque también la Carta, que no se olvide llega casi veintidós años después de la Constitución y después, también, de abundante jurisprudencia constitucional, está redactada en unos términos, en la mayoría de las ocasiones, muy próximos a los que cualquier

que resultan del tratamiento del *soft law* comunitario en la STC que se acaba de citar en el texto. Los ámbitos de uso son también en ambos casos muy diferentes: en 1994 para decidir una disputa competencial; en 1999 para fijar la vulneración de un derecho fundamental.

³⁵ Véanse los FFJJ 3 y 4.

³⁶ Un comentario a esta STC 224/1999, de 13 de diciembre, en R. ALONSO GARCÍA, «El *soft law*...», cit., en concreto, pp. 89 ss., en las que insiste en lo decisivo de la Resolución, la Recomendación y el Código de Conducta empleados en la fundamentación del Tribunal.

constituyente emplea al formular los derechos fundamentales. Una aproximación inicial a los cincuenta artículos de la Carta en los que se declaran los derechos lleva a concluir que poco o nada nuevo se encuentra en la misma que no resulte ya de la lectura que el Tribunal Constitucional ha hecho de nuestro Título I CE³⁷. La situación sería muy distinta si la Carta fuera jurídicamente vinculante, correspondiendo en tal caso al Tribunal de Justicia, con los efectos propios de su jurisprudencia, decir la última palabra sobre el significado de sus enunciados normativos. Presumir que si así fuera su comportamiento se aproximaría decididamente al de un Tribunal Constitucional, rellenando, concretizando, o integrando aquellos enunciados, es casi obligado. En tal hipótesis, y dentro de los límites de las disposiciones horizontales de la Carta (arts. 51-54), la utilidad de la jurisprudencia luxemburguesa para el intérprete nacional de los derechos fundamentales estaría fuera de toda duda, al menos para quien esto escribe. Pero ésta, ya ha quedado dicho, dista de ser la situación actual.

Aunque aún es pronto para apreciar el uso que pueda hacerse por el Tribunal Constitucional español de la Carta, siempre en su estado actual y a la luz de las escasas posibilidades que parece ofrecer su texto, ha de dejarse constancia de que ya en una ocasión, antes incluso de su solemne proclamación en Niza, el contenido de la Carta fue aludido en una decisión de aquél. Me refiero a la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que se resolvía el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal³⁸. Allí, tras concretar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, el Tribunal estimó que sus «conclusiones (...) se corroboran, atendiendo al mandato del artículo 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental», para apoyar acto seguido esta afirmación en una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, y terminar reconociendo que «otro tanto ocurre en el ámbito comunitario», con cita de la Directiva 95/46 y de «la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo artículo 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto»³⁹. Se comprobará cómo el Tribunal combina indiscriminadamente *hard law* (la Directiva y el Convenio del Consejo de Europa) y *soft law* (la Resolución

³⁷ Aunque, como recuerda L.F.M. BESSELINK, esta afirmación no pueda hacerse para todos los Estados. Véase *op. cit.*, pp. 70-72, en las que se ponen de relieve algunos problemas de compatibilidad entre ciertas Constituciones nacionales (que en ningún caso parecen afectar a España) y algunos contenidos de la Carta.

³⁸ Véase el FJ 8.

³⁹ El artículo 8 de la Carta es un perfecto ejemplo de cómo nada significa dicho texto si éste se compara con el estándar español en la materia.

ONU y la Carta), prescindiendo, ha de intuirse que conscientemente, de su muy diversa fuerza vinculante.

En cualquier caso puede apreciarse que se trata de una referencia (a la Carta y al resto de textos de producción internacional) que nada nuevo o distinto aporta a los efectos de la identificación del contenido constitucionalmente declarado del derecho objeto de enjuiciamiento: las conclusiones previamente obtenidas, insiste el Tribunal, «se corroboran» por los documentos que se citan. Un derecho, por otra parte, que ya tiempo atrás, en concreto en 1993, el propio alto Tribunal había aclarado en su definición constitucional sirviéndose del referente internacional en la materia⁴⁰. En casos como el de la STC 292/2000, puede afirmarse que los textos internacionales, y por lo tanto también la Carta, se comportan como ejemplo, es decir, contribuyen «a la justificación de una decisión ya adoptada» reforzando el discurso argumentativo del Tribunal Constitucional, «pero la solución que éste da al caso sería exactamente la misma» en su ausencia. Muy distinta es la situación cuando la fuente (*lato sensu*) internacional se comporta como modelo o «*funda* la decisión, es decir, cuando deviene instrumento principal —si no único— del razonamiento del intérprete, que no habría de llegar necesariamente a la misma solución prescindiendo de ella»⁴¹. Creo haber dejado ya claro que difícilmente la Carta podrá utilizarse como modelo, y ello con independencia de su naturaleza vinculante o no.

Quede pues constancia de esta precoz referencia a la Carta, a la que se alude sin especificar su condición jurídicamente «descafeinada», más aún cuando en el momento en que se hace uso de ella aún no había sido proclamada. En una Sentencia anterior, aunque de la misma fecha, STC 290/2000, los dos Magistrados firmantes del voto particular concurrente aludieron también al artículo 8 de la Carta, siempre con idéntica falta de relevancia, ahora para apoyar su discrepancia parcial con la mayoría del Tribunal⁴².

Estamos ya en condiciones, llegados a este punto, de responder, siquiera parcialmente, a la pregunta con la que se abría este trabajo: ¿qué hay de nuevo? Y la respuesta parece evidente: nada relevante.

⁴⁰ En la STC 254/1993, de 20 de julio. Véase A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit, pp. 249 ss.

⁴¹ Sobre los textos internacionales como ejemplo y como modelo, véase A. SAIZ ARNAIZ, *ibidem*, pp. 241 ss.

⁴² Me refiero al voto particular de Jiménez de Parga, al que se adhiere Mendizábal Allende, y en el que la alusión a la Carta («muy significativo al respecto es que en la recentísima Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se haya incluido como una de las primeras libertades (art. 8) la resultante de la protección de datos de carácter personal»), viene acompañada de otros referentes internacionales, de la cita de las Constituciones portuguesa, argentina, italiana, alemana y estadounidense, y de una sentencia del Tribunal Supremo de este último país. Se resolvían en esta ocasión distintos recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Quede una vez más acreditado el hecho de que la Carta no había sido aún promulgada ni, por supuesto, publicada en el *DOCE*, por lo que más que de recentísima habría de calificarse como de aún *non nata*.

4. LA CARTA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Y EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA)

Toca ahora estudiar, tal y como se proponía anteriormente, el empleo que de la Carta viene haciéndose por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en éste su (casi) primer año de existencia. A tales efectos se tendrán en cuenta no sólo las sentencias dictadas por ambos órganos judiciales sino también las opiniones de los Abogados Generales, que, como se sabe, orientadas formalmente al caso concreto pueden servir también (y de hecho han servido) a modo de indicadores de la tendencia futura del Tribunal de Justicia⁴³. Se analizarán un total de cuatro sentencias (una de ellas del Tribunal de Primera Instancia) y ocho conclusiones de Abogados Generales⁴⁴.

⁴³ En este sentido se expresa, por ejemplo, el actual Abogado General F.G. JACOBS en las pp. 8 y 9 de «Judicial Process in the European Court and the Role of the Advocate General», *Dominik Lsoř Lecture in European Community Law at the University of Exeter, Faculty of Law, Centre for European Legal Studies*, 2 de febrero de 1990, donde sostiene que la Opinión puede «también proporcionar alguna indicación adicional sobre el posible desarrollo futuro del Derecho incluso sobre los aspectos que se deciden en el caso. De este modo, la Opinión, aunque dirigida a los jueces y destinada a ayudarlos a decidir el caso, puede cumplir una función más amplia y dirigirse a una también más amplia audiencia».

⁴⁴ Del conjunto de materiales disponibles a comienzos del mes de noviembre de 2001 en el servidor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia (<http://www.curia.eu.int>) se tratarán, sin pretensión de exhaustividad, pero en el convencimiento de que las ausencias nada añaden, a los siguientes casos (la sola alusión a las Conclusiones del Abogado General implica la inexistencia de decisión, en el momento de escribirse estas líneas, por parte del Tribunal):

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de febrero de 2001, T-112/98, *Mannesmannvöhrén c. Comisión* (recurso de anulación de una decisión dictada por la Comisión en aplicación del Reglamento n. 17 del Consejo; derechos de defensa).
- Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 22 de marzo de 2001, en el asunto C-270/99 P, *Z. c. Parlamento Europeo* (recurso de casación contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia desestimatoria de un recurso de anulación de una decisión del Parlamento por la que se impuso al demandante la sanción de descenso de grado por motivos disciplinarios; principio de buena administración y decisiones administrativas en plazo razonable)
- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de mayo de 2001, C-122/99 P y C-125/99, *D. y Reino de Suecia c. Consejo* (recursos de casación contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia que desestimó el recurso de anulación contra una decisión del Consejo que denegó al recurrente una asignación familiar; derecho a contraer matrimonio e igualdad de trato). Figuran también las Conclusiones del Abogado General Mischo, de 22 de febrero de 2001.
- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 26 de junio de 2001, C-173/99, caso *BECTU*, (reenvío prejudicial de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, relativo a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, Directiva 93/104/CE del Consejo; derecho a vacaciones anuales retribuidas). Figuran también las Conclusiones del Abogado General A. Tizzano, aparecidas el 8 de febrero de 2001.
- Conclusiones del Abogado General Léger, presentadas en fecha 10 de julio de 2001, C-353/99 P, *Consejo c. Hautala* (recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 1999, que anuló la decisión del Consejo que denegaba a la europarlamentaria Hautala el acceso al informe del grupo de trabajo del Consejo «Exportación de armamento convencional»; derecho de acceso a los documentos).
- Conclusiones de la Abogada General Sixt-Hackl, de 13 de septiembre de 2001, C-459/99 (cuestión prejudicial elevada por el *Conseil d'Etat* belga acerca de la posición jurídica de los nacionales de terceros Estados, casados con ciudadanos de la Unión: denegación de entrada, denegación del permiso de residencia, expulsión y garantías jurídicas; respeto de la vida familiar).
- Conclusiones de la Abogada General Sixt-Hackl, de 13 de septiembre de 2001, C-60/00 (cuestión prejudicial planteada por el *Immigration Appeal Tribunal* británico, de contenido muy similar a la anterior).
- Conclusiones del Abogado General Mischo, presentadas el día 20 de septiembre de 2001, C-20/00 y

Formularé los aspectos más relevantes que resultan de la lectura de estos materiales de acuerdo con una serie de conclusiones (y a la luz, también, de un dato ya conocido como lo es la natural utilización por los Tribunales de Luxemburgo de *soft law*):

a) El *Tribunal de Primera Instancia parece haber sugerido el carácter irre-activo de la Carta*. Así, en un caso decidido por Sentencia de 20 de febrero de 2001, y cuando una de las partes, tras la vista celebrada el día 20 de mayo de 2000, solicitó (en fecha 18 de diciembre) que el Tribunal tomara en consideración la Carta, su respuesta se limitó a hacer constar que la proclamación de la citada Carta (sin aludir para nada a su publicación oficial) había tenido lugar el 7 de diciembre, por lo que «no puede tener consecuencia alguna sobre la apreciación del acto impugnado, que había sido adoptado con anterioridad» (en concreto, una multa impuesta por la Comisión en mayo de 1998). Puede resultar interesante notar que el Tribunal de Primera Instancia evitó cualquier pronunciamiento sobre los eventuales efectos (más o menos vinculantes) de la Carta tras su proclamación.

Es evidente que todos los casos de los que puedan conocer en los próximos meses los dos Tribunales comunitarios habrán de serlo sobre procesos iniciados antes de la publicación de la Carta. No obstante, y con los limitados efectos que en el momento presente posee dicho documento, nada parece impedir su utilización, tal y como sugieren en ocasiones los Abogados Generales en sus conclusiones. La actitud del Tribunal de Primera Instancia resultaría perfectamente justificable si la Carta poseyera plenos efectos vinculantes como norma jurídica, pero si, como parece, no pasará de ser una «fuente de inspiración» adicional a las ya existentes, no creo que el empleo de la misma en casos nacidos antes de su publicación haya de suscitar particulares problemas teóricos.

b) Hasta el momento el *Tribunal de Justicia ha evitado cuidadosamente toda referencia a la Carta*, que no ha hecho acto de presencia en ninguna de sus decisiones correspondientes al presente año. Es curioso constatar que *el silencio del Tribunal se produce aun cuando en el caso concreto el Abogado General haya hecho uso de la Carta en sus conclusiones*. No creo que esta actitud silente se explique por los motivos a los que, como acabamos de ver, aludió en su momento el Tribunal de Primera Instancia. Me inclino a pensar, antes bien, que el Tribunal de Justicia se encuentra expectante, a la espera de conocer los frutos del debate que en sede política, y también académica (entornos ambos a los que presta una permanente atención) provocan los primeros pasos de la Carta y las valoraciones que allí se expresen sobre el cómo y el hasta dónde de su posible uso por el propio Tribunal.

C-64/00 (prejudicial elevada por la *Court of Session* escocesa referida a la Directiva 93/53/CEE sobre medidas comunitarias contra determinadas enfermedades de los peces; derecho de propiedad).

— Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de octubre de 2001, C-377/98, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo* (recurso de anulación de la Directiva 98/44/CE relativa a las intervenciones biotecnológicas; dignidad del ser humano). Aparecen también en el servidor las Conclusiones del Abogado General Jacobs, de 14 de junio de 2001.

Si hoy puede avanzarse un resultado de tal debate me atrevería a decir que en tiempos de europesimismo no parece que las autoridades políticas vayan a consentir el más mínimo activismo judicial, y tal sería la «expansión» sobre la que algo se escribía en un anterior apartado de este trabajo. Por otra parte, creo que puede afirmarse la existencia de un creciente escepticismo académico sobre la utilidad de la Carta, cuya promulgación ha servido, a juicio de algunos, para poner sordina al debate de fondo —realmente importante, sostienen— sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea: la política exterior de la Unión y los estándares en la materia; la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos; la proliferación de áreas exentas de control judicial en los pilares no comunitarios; la ampliación de la legitimación de los particulares en el recurso de anulación, etc.

c) La existencia de *la Carta en nada parece haber afectado a la creciente sintonía de la jurisprudencia luxemburguesa con la que resulta de la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. El Tribunal de Justicia, y los Abogados Generales en sus conclusiones, siguen haciendo abundante uso del *case-law* de Estrasburgo e identificándose con sus contenidos.

d) De las referencias a la Carta que resultan de las *conclusiones de los Abogados Generales* puede extraerse un doble dato de interés. En primer lugar, que *en ocasiones se prescinde del recordatorio acerca de su condición no vinculante*, llegándose en alguna oportunidad a incluirla dentro del catálogo de las «normas de Derecho comunitario que deben guiar la interpretación» del caso. En segundo lugar, que *el empleo de la Carta lo es siempre como ejemplo*, es decir, para reforzar o apoyar unos argumentos que reposan decididamente sobre otras herramientas hermenéuticas, y *nunca como modelo*, esto es, para sustentar directamente la decisión que se propone.

e) *Cuando*, por el contrario, y siempre a la luz de las opiniones de los Abogados Generales, *se hace constar la ausencia de fuerza vinculante de la Carta, tiende a reforzarse su valor simbólico* como «expresión, al más alto nivel, de un consenso político democráticamente elaborado». Se evita, al mismo tiempo, la polémica sobre su «alcance normativo», *sin por ello dejar de reconocer que la naturaleza de los derechos en ella enunciados «impide considerarla como una simple enumeración de principios meramente morales y sin consecuencia alguna»*, de manera que «sería inexplicable no acudir a dicha Carta para identificar los elementos que permitan distinguir los derechos fundamentales de los demás derechos», a cuyos efectos aquel documento «debe constituir un instrumento privilegiado». En otras palabras: «es imposible ignorar los enunciados pertinentes de la Carta (...que sirven) cuando sus disposiciones lo permiten, de *parámetro de referencia sustancial* para todos los actores (...) de la escena comunitaria». El Tribunal, ya se ha dicho, no parece tener las ideas tan claras a este propósito.

Éste sería ya el momento de contestar, en la parte pendiente, a la pregunta que figura en el título con el que se abren estas páginas. La respuesta, también ahora, parece bastante clara: nada nuevo, *de momento*, puede en-

contrarse en la jurisprudencia luxemburguesa que justifique la existencia de la Carta. Dicho esto, ha de matizarse, inmediatamente, que las conclusiones que hasta aquí resultan tienen un indudable carácter provisional, de manera que sólo el paso del tiempo las confirmará (a la luz de los comportamientos de las autoridades judiciales nacionales y comunitarias) o, por el contrario, servirá para desmentirlas. El futuro de la Carta, en sus múltiples vertientes, sigue siendo una auténtica incógnita.

LAS CONSTITUCIONES
NACIONALES Y LA UNIÓN
EUROPEA

