

DERECHOS FUNDAMENTALES Y UNIÓN EUROPEA

Javier TAJADURA TEJADA*

SUMARIO: I. *La Carta Europea de Derechos Fundamentales*. II. *Derechos fundamentales e integración política*. III. *Derechos fundamentales e integración jurídica*. IV. *Derechos fundamentales e integración diferenciada*.

Entre los muchos méritos y virtudes del excelente jurista y gran persona que fue Jorge Carpizo, ocupa un lugar destacado su constante preocupación por los derechos fundamentales. El maestro Carpizo consagró su vida a la defensa de la libertad y de los derechos, y ello tanto en el ámbito teórico como en el plano de la acción. Al mismo tiempo, y tanto durante su estancia en España como en otras ocasiones, mostró siempre un notable interés por el apasionante proceso de integración europea. En este merecido homenaje que sus colegas, discípulos y amigos le tributamos me ha parecido oportuno dedicar mi contribución a la relación entre ambos temas, una relación más problemática de lo que a simple vista pudiera parecer. La Unión Europea es una comunidad de derecho, una comunidad de valores, y, sin embargo, ha tardado mucho en disponer de una carta de derechos, y cuando lo ha hecho, ha permitido de forma incomprensible, excluir de su ámbito de aplicación a determinados Estados.

Desde esta óptica, dividiré esta exposición en cuatro apartados. Analizaré en primer lugar la evolución normativa de la Unión Europea en materia de derechos, que culminó con la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales (1); a continuación expondré brevemente el significado y alcance que revisten los derechos fundamentales desde la perspectiva de la integración política (2) y jurídica de Europa (3). Con esas premisas expondré las “dificultades” jurídicas y políticas que plantea una integración diferenciada en materia de derechos fundamentales (4).

* Universidad del País Vasco, España.

I. LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El respeto a los derechos fundamentales constituye una de las señas de identidad del proyecto de integración europea.¹ La Unión Europea ha sido definida como una comunidad de derecho en la que todos sus miembros comparten unos mismos valores. Ello implica que solo pueden ingresar en la Unión aquellos Estados que asumen un concreto orden material de valores: “respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto a los derechos humanos”. No debe quedar ninguna duda de que si un Estado no supera el test de efectividad respecto a los principios de la democracia constitucional no puede ingresar en la Unión, y si está ya dentro puede ser sancionado con la suspensión en sus derechos o, incluso, con la expulsión de la Unión.²

El proceso de integración europea ha prestado por ello siempre una muy especial atención a los derechos fundamentales, tanto en su vertiente *ad intra*, exigiendo a sus Estados miembros el respeto a aquellos, como *ad extra*, condicionando su actuación exterior. Sin embargo, ha tardado mucho en ver la luz un texto que recogiera una tabla de derechos fundamentales, y es mérito del Tratado de Lisboa el haber otorgado pleno valor jurídico (similar al de los tratados) a la Carta de Derechos Fundamentales.

Ante la ausencia de un catálogo o tabla de derechos fundamentales a nivel comunitario europeo, fue el Tribunal de Justicia el que elaboró una importante jurisprudencia sobre esta cuestión, concluyendo ya en 1969 que la protección de los derechos fundamentales constituía un principio básico del derecho comunitario europeo. Principio que fue incluido expresamente en el Tratado de Maastricht de 1992.

En este contexto, en junio de 1999 el Consejo Europeo de Colonia consideró que era necesario dotar a la Unión de una Carta de derechos fundamentales, que podía consistir en una recopilación de los derechos contenidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 como los que se derivaban del conjunto de las Constituciones de los Estados miem-

¹ Para una visión de conjunto sobre la protección de los derechos fundamentales en Europa resulta imprescindible, Jimena Quesada, L., *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.

² Lamentablemente, numerosos ejemplos, de muy diverso alcance y trascendencia, ponen de manifiesto que en los últimos años los derechos humanos han sufrido ataques de cierta consideración por parte de Estados miembros de la Unión: desde las cárceles secretas o la complicidad con los vuelos de la CIA, hasta la legislación polaca discriminatoria contra las personas homosexuales o contra los que colaboraron con el régimen comunista, pasando por la discriminación de la población de origen ruso en algunas Repúblicas bálticas.

bro, los derechos de los que gozaban los ciudadanos de la Unión, los contenidos en la Carta Social y en la Carta comunitaria de derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, y los establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la Corte de Estrasburgo. De lo que se trataba era de recoger la esencia misma del acervo europeo común en materia de derechos fundamentales.³ El Consejo Europeo de Colonia encargó el proyecto a un órgano nuevo, de naturaleza mixta, puesto que su composición presentaba una dimensión política y otra técnica, que se constituyó como Convención. La Convención, tras nueve meses de trabajo, redactó un proyecto de Carta, que fue aprobado por el Consejo Europeo de Biarritz en octubre de 2000. Ahora bien, dada la oposición al texto manifestada por varios Estados miembros, y singularmente por el Reino Unido, la Carta solo fue proclamada y se le privó de valor jurídico expreso.

Desde el punto de vista de su contenido, debemos subrayar las importantes novedades materiales de la Carta.⁴ La doctrina ha destacado el avance que la Carta representa respecto a otros instrumentos similares consistente en la equiparación de derechos de primera, segunda y tercera generación, superando así la tradicional priorización de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y los nuevos derechos. Sin embargo, en las explicaciones elaboradas por el *praesidium* de la Convención, y que son criterio interpretativo vinculante de la Carta, se hace una distinción nítida de cuáles son derechos a salvaguardar y cuáles meros principios que han de guiar la actuación de las instituciones afectadas.

La estructura de la Carta consta de seis capítulos, que contienen derechos, más un séptimo, con disposiciones generales relativas al alcance de la misma. Según su artículo 51, la Carta solo es de aplicación “a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Todas las personas residentes en la Unión son titulares de los derechos contenidos en la Carta, con la única excepción de los previstos en el título V (ciudadanía), que únicamente se reconocen a los ciudadanos comunitarios. El Tratado de Lisboa mantiene la decisión de la CIG de 2004 de incluir las explicaciones del *praesidium* de la Convención,

³ Lopez Castillo, A., *La Constitución de Europa a debate*, Valencia, Institut de Dret Public-Tirant lo Blanch, 2005, pp. 121-167.

⁴ Entre la abundante y meritoria bibliografía existente sobre la Carta, quisiera recordar, entre otros muchos, Alonso García, R. y Sarmiento, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Cizur Menor, Civitas, 2006; Burgorgue-Larsen, L. y Levade, A. (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, partie II: La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union*, Bruselas, Bruylant, 2005, t. II.

elaboradas al mismo tiempo que la Carta como criterio interpretativo de la misma. La mejor doctrina ha criticado esta opción por la razón evidente de que las interpretaciones en cuestión son claramente restrictivas del contenido de la Carta.

Los seis capítulos de contenido material recogen derechos fundados en la dignidad, en la libertad, en la igualdad, en la solidaridad, en la ciudadanía y en la justicia. Esta misma clasificación consistente en agrupar los derechos en torno a un valor que les confiere una unidad de sentido es de por sí innovadora. Así en el título I, referido a la “dignidad”, se incluyen la inviolabilidad de la dignidad de la persona, el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado. En el título II, que lleva por rúbrica “Libertad”, se regulan los derechos a la libertad y a la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de las artes y las ciencias, el derecho a la educación, la libertad profesional y el derecho a trabajar, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el derecho de asilo, y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición. Por su parte, el título III, referido a la “Igualdad”, recoge la igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre mujeres y hombres, los derechos del niño, los derechos de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas. El título IV está dedicado a los derechos fundados en la “solidaridad”, y así recoge los siguientes: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho a la negociación y acción colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido injustificado, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, el derecho a la seguridad social y a la ayuda social, el derecho a la protección de la salud, el derecho de acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores. El título V, que lleva por rúbrica “Ciudadanía” recoge los derechos vinculados a la condición de ciudadano de la Unión, a saber: el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones del Parlamento Europeo, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el dere-

cho de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo,⁵ el derecho de petición, la libertad de circulación y de residencia y la protección diplomática y consular. Finalmente, el título VI está dedicado a los derechos vinculados al valor “justicia”, y son: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia, los derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.

El proyecto de Carta de Derechos Fundamentales fue aprobado por unanimidad en el Consejo Europeo de Biarritz y transmitido al Parlamento y a la Comisión que dieron su visto bueno. A partir de entonces se inició un intenso debate político sobre el valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales. En el Consejo Europeo de Niza se acordó mencionar la Carta en el Tratado de la Unión Europea, pero minimizando su valor jurídico.⁶ Y ello porque algunos Estados eran y son reacios a sentirse vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales. Actitud esta que explica —aunque no justifica— el sorprendente sistema de integración diferenciada previsto en el Tratado de Lisboa. En este sentido, hay que subrayar que Lisboa supone un importante avance respecto a Niza, pero como vamos a ver, el precio pagado ha sido también alto. La Carta de Derechos adquiere el mismo valor jurídico de los tratados, pero no se incorpora a ellos, con lo que pierde visibilidad y se mutila al Tratado de su dimensión más auténticamente constitucional. Y lo que resulta jurídicamente inaceptable y políticamente inconsecuente es que se establezca expresamente la no vinculación a la Carta de determinados Estados (Reino Unido y Polonia), con lo que en un ejercicio de esquizofrenia normativa se está negando el carácter fundamental de los derechos que se proclaman.

En todo caso, el rechazo del Consejo Europeo de Niza a dotar a la Carta de naturaleza jurídica vinculante mediante su incorporación a un tratado no significó —en contra de lo que a veces se sostiene— que la Carta se viera entonces privada de todo valor o eficacia jurídica. Antes al contrario, el examen de numerosas conclusiones presentadas por los abogados generales al tribunal de justicia en aquella época pone de manifiesto, como ha señalado

⁵ Algún autor ha señalado, irónicamente, que esta referencia en el artículo 43 es la única existente al pueblo europeo. Sin embargo, habría que entender que el adjetivo califica a la figura del defensor y no al pueblo por la razón evidente de que todo el Tratado se basa en la inexistencia de un pueblo europeo.

⁶ La propia Declaración 23 anexa al Tratado de Niza señalaba en su punto 5 que la cuestión relativa a la insuficiencia de la protección de los derechos fundamentales debería ser examinada en la próxima reforma de los tratados.

Menéndez, que se pueden distinguir dos etapas en tanto que los “abogados generales del tribunal de justicia han establecido como práctica habitual la referencia a la Carta como fuente de conocimiento del derecho comunitario. Una buena parte de las ocasiones en las que han citado la Carta lo han hecho atribuyéndole un valor jurídico limitado (como ‘autoridad secundaria’)”, mientras que “una segunda serie de opiniones... atribuyen un valor jurídico más relevante a la Carta”.⁷

Así, los abogados generales han sostenido que “como se desprende de la solemnidad de su forma y del procedimiento que llevó a su adopción, la Carta debe constituir un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales. Esta contiene indicios que contribuyen a revelar la verdadera naturaleza de las normas comunitarias de derecho positivo”.⁸

De forma más rotunda y clara se pronunció el abogado general en las conclusiones del *Asunto Advocaten loor de Werld VZW contra Leden van de Ministeraad* al afirmar lo siguiente:

En el año 2000 ocurrió un hecho difícil de soslayar: la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento carece de fuerza vinculante, dada la inexistencia de un pronunciamiento con eficacia asumiendo su contenido. Aquella proclamación se articula en una mera declaración política, huérfana de valor jurídico... Pero esta constatación no induce a pensar que nada ha cambiado, como si la Carta fuese papel mojado. En primer lugar, no surge en el vacío, sin conexión con el entorno; al contrario, se inserta en una etapa del proceso evolutivo que he expuesto, codificando y reafirmando según expresa su preámbulo, unos derechos que derivan del acervo común a los Estados miembros, en los planos nacional e internacional, por lo que la Unión ha de respetarlos y el tribunal de justicia tutelarlos, según disponen los artículos 6o. UE y 46 UE letra d), *cualesquiera que sean la naturaleza jurídica* y la capacidad del texto aprobado en diciembre de 2000... En segundo lugar, la Carta figura en la jurisprudencia del tribunal de justicia, pues los abogados generales la han interpretado, trascendiendo su ta-

⁷ Menéndez, A. J., “Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Fernández Sola, N., *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 93 y ss.; Manero Salvador, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa”, *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 116 y ss.; Roldán Barbero, J., “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, septiembre-diciembre de 2003, pp. 948 y 949.

⁸ Conclusiones del Asunto Consejo/Heidi Hautala del 10 de julio de 2001, C-353/99, párrafo 80 y ss. En el mismo sentido, Conclusiones del Asunto Arben Kaba/Secretary of State for the Home Department, del 11 de julio de 2002, C-466/00, nota 74.

lante meramente programático y declarativo; además el tribunal de primera instancia la ha utilizado en algunas de sus resoluciones.⁹

De acuerdo con esas opiniones, la Carta no crea derechos nuevos, no innova, pero sí declara, enumera derechos que ya vinculan a los Estados porque forman parte del acervo comunitario. Es aquí donde reside su valor. Lo que quiere decir que a pesar de no ser un instrumento obligatorio por su exclusión del Tratado de Niza, no ya como parte del articulado, sino ni siquiera como protocolo, es un texto declarativo sumamente útil para la interpretación de los derechos y para la constatación de su presencia en el ordenamiento comunitario.¹⁰

Ahora bien, resultaba imprescindible para avanzar en su reconocimiento normativo su inclusión en un tratado. Este fue el avance fundamental que supuso el tratado constitucional, hasta el punto de que fue precisamente la inclusión en el mismo de la carta de derechos fundamentales, el elemento más auténticamente constitucional de aquel tratado *non nato*. El tratado constitucional previó la inclusión de la Carta como parte II del mismo, con plenos efectos jurídicos. Existía unanimidad en valorar esa inclusión como uno de los avances fundamentales, desde la perspectiva de la profundización de los fundamentos democráticos de la Unión, en el proceso de integración europea.¹¹ La doctrina, por su parte, concluyó también que dicho avance era uno de los elementos decisivos para atribuir al tratado carácter constitucional.¹² Y es que, efectivamente, la incorporación al tratado de un catálogo de derechos fundamentales tiene un alcance constitucional evidente en la medida en que estos quedan consagrados como límites a los poderes públicos europeos y configurados así como fundamentos de la legitimidad de la Unión.¹³

⁹ Conclusiones del *Asunto Advocaten loor de Werld VZW contra Leden van de Ministerraad*, del 12 de septiembre de 2006, C-303/05, párrafo 76 y ss.

¹⁰ Manero Salvador, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa”, *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas...*, cit., p. 120.

¹¹ Parlamento Europeo, Resolución sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, 12 de enero de 2005 (ponentes: Iñigo Méndez de Vigo y Richard Corbett), punto 5.

¹² Quermonne, J. L., “La traité constitutionnel européen, est-il un acte fondateur?”, *Politique Etrangère*, núm. 2, 2005, p. 245.

¹³ En este sentido, Aldecoa subraya que “La Carta constituye un elemento esencial de la explicitación del modelo político europeo: recoge y define su esencia, pone una cara a los valores europeos constitutivos del modelo europeo de sociedad. La Carta ayuda a la explicitación del proyecto político europeo, en cierta medida a su ‘legibilidad’ para el ciudadano, y al definir el DNI de lo europeo, puede ser la base para el desarrollo de una futura identidad europea. En paralelo se constituye en el baremo para constatar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos fundamentales tanto de los Estados miembros como de los

Las resistencias de algunos países a dicha inclusión determinaron que tras el bloqueo del Tratado por los referendos francés y holandés se alcanzara una solución de compromiso. La alcanzada en el Tratado de Lisboa consistió en establecer la obligatoriedad de la Carta aunque la misma no formara parte del Tratado. En principio, esto no afecta a su obligatoriedad jurídica, pero evidente resulta que sí impide su visibilidad por los ciudadanos.¹⁴

Así, el artículo 6o. TUE establece:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales del 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales.

El apartado primero del artículo 6o. TUE es, con relación a Niza, por un lado, el más novedoso y, por otro, el que permitió desbloquear la situación creada tras los rechazos francés y holandés al tratado constitucional. Al otorgar a la Carta el mismo valor jurídico que los tratados, esta pasa a ser parte del derecho originario de la Unión. Se convierte, como sostienen algunos autores, en una suerte de tercer tratado.¹⁵

candidatos o de los terceros con los que la Unión tiene relaciones”. Aldecoa, F. y Guinea, M., *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 147. Igualmente, Escobar Hernández, C., “Los derechos humanos en el Proyecto de Constitución Europea: breve nota introductoria”, *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, núm. 3, 2004.

¹⁴ Las instituciones europeas quisieron paliar esta circunstancia mediante la proclamación solemne de la Carta el 12 de diciembre en Estrasburgo, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa. Esa proclamación recoge su forma definitiva tras las modificaciones que introdujeron en la misma la Convención Europea y la CIG de 2004.

¹⁵ Gil Robles, J. M., “Prólogo”, en Aldecoa, F. y Guinea, M., *La Europa que viene...*, cit., p. 14.

Si la cosa hubiera quedado así, a pesar del retroceso político que supone extirpar la Carta del cuerpo del tratado, aun hubiéramos podido compartir el juicio entusiasta de quienes afirman que en Lisboa se recoge el 90 por ciento del Tratado constitucional y que la sustancia de este pervive en aquel. Pero lamentablemente, el periplo de la carta de derechos fundamentales no acabó así. En la negociación previa a Lisboa, dos de los Estados miembros, Reino Unido y Polonia, consiguieron incluir en el Tratado un protocolo que contiene un régimen excepcional relativo a la aplicación de la Carta por sus tribunales. Dicho Protocolo, que analizaremos después, entraña a juicio tanto de la doctrina como del Parlamento Europeo, una excepción.¹⁶ En su virtud, los derechos fundamentales contenidos en la Carta no serán vinculantes para los tribunales británicos y polacos, con lo que se niega la fundamentalidad de aquellos que, inexcusablemente exige su universalidad.

Con la inclusión de un régimen de integración diferenciada en materia de derechos fundamentales, este protocolo destruye la hipotética dimensión constitucional de la Carta, y aunque pueda resultar un poco duro el juicio, lo cierto es que desde una perspectiva jurídica y política democrática la Unión no sólo no avanza en su constitucionalización, sino que, conscientemente o no, erosiona de forma grave y notoria los fundamentos de su propia legitimidad. No cabe hablar de rescate constitucional alguno, si de lo que se trata es de establecer disposiciones cuyo contenido repugna a los principios constitucionales clásicos. Y, desde esta perspectiva, esto es lo que hace el Tratado de Lisboa: disponer que los derechos fundamentales carecerán de eficacia para casi una cuarta parte de los ciudadanos europeos. Por otro lado, si al final se estaba dispuesto a pagar tan alto precio por mantener en el seno de la Unión a dos Estados cuya política claramente antieuropea dificulta notablemente cualquier avance en el proceso de integración, se entiende todavía menos por qué la Carta fue expulsada del Tratado y reemplazada por una mera disposición remisoria.

Los apartados 2 y 3 del nuevo artículo 6o. TUE, por su parte, reproducen los párrafos 2 y 3 del artículo I-9 del tratado constitucional. Con ellos se satisface un deseo ampliamente compartido por los defensores de la coherencia en materia de derechos humanos,¹⁷ coherencia que sólo será posible

¹⁶ Para otros no se trata de un *opt-out*, sino que tan solo contiene disposiciones interpretativas relativas al significado y alcance del TUE y de la Carta.

¹⁷ La adhesión al Convenio de Roma ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina y en el seno mismo de la Unión. Durante años, el dictamen 2/94 del 28 de marzo de 1996 ha sido la pieza clave sobre esta controvertida cuestión. En este dictamen el tribunal de justicia analizó la competencia de la Comunidad Europea para adherirse al CEDH y

mediante la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de 1950, adhesión que el Tratado de Lisboa no solo permite, sino que dada la utilización del verbo *adherir* en tiempo futuro contiene un mandato. Y es que políticamente no resultaría aceptable que teniendo la facultad de adherirse al Convenio, la Unión no lo hiciera.¹⁸ Como subraya Martín y Pérez de Nanclares

se da en suma, un importante paso adelante en materia de derechos humanos... La introducción de una atribución de competencia para permitir la adhesión de la Unión Europea al CEDH corona un antiguo anhelo que contribuirá a una mejor y mayor coherencia y coordinación entre las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Carta y adhesión son dos caras de la una misma moneda: la eficaz y armónica protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea.¹⁹

Como conclusión de todo lo expuesto, podemos afirmar que en materia de derechos fundamentales, en relación con el Tratado de Niza, lo dispuesto en el Tratado de Lisboa constituye, en cierta medida, un avance; pero dicho avance queda desnaturalizado gravemente por las dos razones expuestas: por un lado, por la expulsión de la Carta del cuerpo del tratado; y por otro, por las políticamente incomprensibles y jurídicamente inconsistentes disposiciones que expresamente rechazan el valor de la Carta para el Reino Unido y Polonia (y, finalmente, también para Chequia).

Una vez establecido que —aun con las graves limitaciones referidas— uno de los aspectos más significativos del Tratado de Lisboa es la atribución de un valor jurídico similar al de los tratados a la Carta de Derechos Fundamentales, procede dejar constancia de la función que cumplen los derechos fundamentales desde el punto de vista de la integración política (2) y jurídica (3) de Europa. Con esas premisas podremos después analizar con mayor fundamento el significado y alcance del sorprendente sistema de integración diferenciada previsto en esta materia (4).

la consideró incompetente en virtud de “la falta de competencia material de la Comunidad en materia de derechos humanos”, al mismo tiempo que destacó “la necesidad de proceder a una reforma previa de los tratados para que la adhesión pueda tener lugar”. El Tribunal declaró inadmisibile la cuestión relativa a la compatibilidad del CEDH con el TCE.

¹⁸ Sobre esta cuestión, Pastor Ridruejo, J. A., “La adhesión de la UE a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, en Pérez de Nanclares (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 151-157.

¹⁹ Martín y Pérez de Nanclares, J., *Estudio preliminar del Tratado de Lisboa*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2007, p. 21.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES E INTEGRACIÓN POLÍTICA

El logro de la “integración social” sigue siendo considerado el principal criterio legitimador del poder público. Sin embargo, qué entendamos por integración es algo que no resulta fácil de determinar. En este contexto, y para nuestro propósito, resulta fundamental volver a recordar la teoría constitucional de Rudolf Smend. Como es sabido, en una breve obra titulada *Constitución y derecho constitucional* y publicada en 1928, Smend expuso su célebre teoría de la integración.²⁰ El profesor alemán defiende una visión dinámica del Estado, según la cual este es resultado de un proceso de creación continuo que se cumple mediante las tres típicas integraciones: personal, funcional y real. “El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda”. Sobre esta base construye Smend el concepto de integración:

El Estado no constituye en cuanto tal una totalidad inmóvil, cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos. Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. *Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración.*²¹

Creo que esta teoría de la integración con la que el insigne iuspublicista alemán analiza el Estado y la Constitución es perfectamente extrapolable a la Unión Europea y a sus tratados constitutivos. Incluso me atrevería a decir que resulta más adecuada para explicar la naturaleza de la Unión Europea que la de un Estado. Y ello porque en comparación con la integración estatal, la integración supranacional acentúa su carácter abierto y dinámico.

²⁰ Smend, R., *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985. Para la comprensión y contextualización de la obra de Smend, resulta fundamental, Lucas Verdú, P., *La lucha contra el positivismo en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

²¹ Smend, R., *Constitución y derecho constitucional...*, cit., pp. 60-63.

Los diferentes tipos de integración que Smend considera son los siguientes:²²

a) *Integración personal*. A esta esfera corresponden ciertas personas o grupos (jefes de Estado, gobierno, burocracia, etcétera), cuya esencia no se agota en su carácter de portadores de competencias o en su calidad de órganos del Estado, sino que constituyen un trozo esencial del Estado mismo, que se hace visible en sus personas como totalidad espiritual y corporal.²³

b) *Integración funcional*. A ella pertenecen todas las especies de forma de vida colectiva de una comunidad, y en particular todos los procesos cuyo sentido es producir una síntesis social, desde un desfile militar hasta un debate parlamentario.

c) *Integración material*. La integración material se opone a la integración personal y a la funcional en tanto estos últimos son, únicamente, modos de integración formal. A este respecto, Smend escribe:

Es cierto que no existe, en última instancia, ningún modo de integración formal *sin una comunidad material de valores*, del mismo modo que no es posible la integración a través de valores sustantivos si no existen formas funcionales. Pero generalmente predomina uno de los dos tipos de integración... A los tipos de integración que consisten en momentos formales (personales y funcionales)... se oponen radicalmente aquellos tipos de configuración de la comunidad que se basan en valores comunitarios sustantivos.²⁴

Para expresar y concretar esa comunidad material de valores se enuncian en las Constituciones las tablas de derechos: “Con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica —escribe Smend— los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”. Desde esta óptica se explica el significado jurídico y político de la tabla de derechos: “*Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico*. Este orden positivo es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo”.²⁵ Pocos libros, a pesar de su brevedad, contienen tantas sugerencias como esta obra de Smend.

²² Hay que advertir que ninguno de los fenómenos incluidos en cada uno de los tipos de integración pertenece, de manera exclusiva o pura, al grupo en cuestión. *Ibidem*, pp. 70-93.

²³ La presidencia estable del Consejo, por ejemplo, respondería a la integración personal.

²⁴ Smend, R., *Constitución y derecho constitucional...*, cit., pp. 92 y 93.

²⁵ *Ibidem*, p. 132.

La atribución de pleno valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales convierte a ésta en uno de los elementos esenciales de integración política de los ciudadanos de Europa, como ciudadanos iguales en derechos de una misma comunidad política. Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, la Carta se configura como fundamento de la legitimidad de la Unión y de su derecho. Desde esta perspectiva, el Tratado de Lisboa complementa la estrecha visión del artículo 1o. TUE, según la cual la Unión se fundamenta en el Tratado, con la previsión en el artículo 2o. TUE, de que la Unión se fundamenta en los valores de respeto a los derechos humanos. A mayor abundamiento, habría que entender que si la propia Unión ha atribuido valor jurídico a la Carta, ésta resulta ya indisponible para la misma, y como tal puede y debe ser concebida como el fundamento de la legitimidad de todo el ordenamiento comunitario, en la medida en que cualquier acto o disposición contrario a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta resultaría nulo. Sin embargo, esto que no plantea problemas en relación con el derecho derivado, sí que los presenta en relación con el derecho originario.

Desde esta óptica, de lo que se trata es de determinar qué ocurre cuando una disposición de derecho originario es contraria a los derechos fundamentales. En definitiva, la cuestión controvertida, y que por lo menos procede dejar apuntada, es la relativa al igual valor de todas las disposiciones contenidas en el TUE y el TFUE. El Tratado de Reforma expresamente prevé que el TUE y el TFUE tienen el mismo valor. Y por remisión del TUE hay que entender que ese mismo valor es el que posee la Carta.

Ahora bien, dicha afirmación choca con el dato, para mí indiscutible, de que una disposición del Tratado que resultara contraria a los derechos fundamentales debería reputarse nula. Y la cuestión, como habrá ya imaginado el lector, dista mucho de ser meramente teórica. El propio Tratado recoge un protocolo cuyo contenido es contrario a los derechos fundamentales en la medida en que priva de efectos a la Carta con relación a los tribunales británicos y polacos. A este juicio tan rotundo y contundente que conduce a afirmar que un protocolo anexo al Tratado debe reputarse como nulo de pleno derecho, inmediatamente se le opondrá la objeción de que la validez del protocolo no puede ponerse en cuestión porque se trata de una excepción expresamente prevista en el derecho originario, y que, por tanto, tan válida es la regla como la excepción. Ahora bien, frente a este tipo de argumentación es obligado poner de manifiesto sus limitaciones. La tesis según la cual tan válida resulta la regla como la excepción cuando ambas están previstas en un mismo texto normativo no resulta admisible de forma incondicionada. Solo puede aceptarse en aquellos casos en que la previsión de una excepción no resulta incompatible con la naturaleza de la regla. Y

por el contrario, no puede defenderse en aquellos casos en que se trate de materias que por su propia naturaleza no admiten excepciones. Y a nuestro juicio resulta evidente que los derechos fundamentales pertenecen a este tipo. A mayor abundamiento, si como hemos visto, los derechos fundamentales son el fundamento de legitimidad de la Unión, resulta muy difícil de sostener la tesis de que jurídicamente resulte admisible introducir excepciones al principio de legitimidad.

Por otro lado, si todo lo anterior tiene algún fundamento, y el contenido de la Carta constituye realmente la traducción jurídica y la expresión política de los principios de legitimidad de la Unión, esto es, del orden material de valores sobre el que la integración europea se fundamenta, resulta también evidente que la Carta debería formar parte del cuerpo del Tratado de la Unión Europea. Y, sin embargo, una vez más se cedió para evitar el veto de aquellos Estados cuya política antieuropea resulta cada vez más notoria. Se quiso así dar satisfacción a las fuerzas políticas claramente nacionalistas y estatistas que —con independencia de su concreta posición respecto a los derechos fundamentales (en este sentido, los casos de Polonia y del Reino Unido son sustancialmente diferentes)— son plenamente conscientes del importante papel que juegan los derechos para reforzar la posición del tribunal de justicia, expandir el valor y los efectos del ordenamiento europeo, y, en definitiva, profundizar en la integración jurídica continental.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES E INTEGRACIÓN JURÍDICA

Como es sabido, los derechos fundamentales en la Unión Europea han sido una creación judicial. La construcción de los derechos fundamentales ha sido una de las más formidables aportaciones de la jurisprudencia comunitaria, así como una de las principales vías de comunicación con los tribunales nacionales, y en particular con los tribunales constitucionales.

Ahora bien, la elaboración de este cuerpo doctrinal no es el resultado de un esfuerzo por reforzar la protección de los derechos individuales. La jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión no tiene su origen en una genuina preocupación por los derechos de los ciudadanos. Cuando el tribunal de justicia dio entrada a los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario lo hizo por una razón muy concreta: evitar un control de constitucionalidad nacional de los actos comunitarios a cargo del Tribunal Constitucional alemán. Como ha expuesto Sarmiento, ante la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en el ámbito de la comunidad, un acto (nacional) de aplicación de una norma comunitaria contraria a un derecho previsto en la Constitución alemana podía llegar a ser enjuiciado por

el Tribunal Constitucional alemán con el posible resultado de que el derecho comunitario fuera declarado inválido. Como forma de conjurar este riesgo, que de ser una mera hipótesis teórica se transformó en realidad en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, el tribunal decidió crear un cuerpo jurisprudencial de derechos fundamentales cuyo contenido sería determinado caso a caso por el propio tribunal.²⁶ Esto quiere decir que en el origen de la construcción judicial comunitaria de los derechos fundamentales subyace una tensión institucional entre tribunales. El tribunal de justicia no pretende otra cosa que reafirmar su autoridad frente a sus homólogos nacionales, recordándoles que el máximo intérprete del derecho comunitario en Europa es él.

Por otro lado, en esta construcción pretoriana el contenido de los derechos no siempre responde a los mismos criterios de protección que emplean las jurisdicciones constitucionales nacionales. El tribunal de justicia, a la hora de determinar el contenido y el alcance de un concreto derecho no se centra exclusivamente en la dimensión subjetiva del asunto, sino que combina junto con la protección que debe dispensar al individuo titular del derecho subjetivo, otras consideraciones de tipo funcional, tendentes a dar pleno sentido al efecto útil del derecho comunitario. Este funcionalismo nos pone de manifiesto igualmente que la doctrina del tribunal de justicia responde a la necesidad de reafirmar la autoridad del ordenamiento jurídico comunitario frente al nacional.

Finalmente, es preciso destacar que la jurisprudencia comunitaria en materia de derechos fundamentales no sólo sirve para reafirmar la autoridad del tribunal de justicia y del ordenamiento comunitario, sino también para expandir los cimientos de ese ordenamiento y los ámbitos de dicha jurisdicción. La expansión progresiva del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales hasta cubrir innumerables actos nacionales permite expandir igualmente la jurisdicción del tribunal de justicia. Como ha advertido Sarmiento, se trata de un doble juego, donde, “por un lado, el tribunal de justicia reafirma su posición institucional mientras que, por otro, amplía sustancialmente los supuestos con ‘vínculos comunitarios’ con el fin de tener la (última) palabra en un número creciente de asuntos”.²⁷

En definitiva, dado que los actos de los Estados miembros pueden ser objeto de control por parte del tribunal de justicia que determinará si respetan a no los derechos fundamentales comunitarios, ello permite al Tribunal Europeo enjuiciar la ‘comunitariedad iusfundamental’ del derecho nacio-

²⁶ Sarmiento, D., “Los derechos fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa”, *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, cit., p. 134.

²⁷ *Ibidem*, pp. 135 y 136.

nal. Cosa que no puede hacer el Tribunal Constitucional Nacional. Así, el tribunal de justicia reafirma su posición de órgano jurisdiccional supremo en materia comunitaria. El se configura como el garante del respeto de los derechos fundamentales comunitarios por parte tanto de los propios poderes comunitarios como de los poderes nacionales que actúen en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.

Si todo lo anterior tiene algún fundamento, la conclusión es clara. Los derechos fundamentales, por un lado, son elementos esenciales del sistema de integración política europea en tanto que se configuran como presupuestos y fundamento de su legitimidad. Y, por otro, son un instrumento que ha permitido la expansión del derecho comunitario y una herramienta que ha fortalecido la autoridad y garantizado la posición suprema del tribunal de justicia en materia comunitaria. En virtud de esta segunda función que históricamente han desempeñado podemos decir que son también un elemento esencial del proceso de integración jurídica.

Y precisamente por desempeñar estas dos funciones capitales, resulta bastante evidente que en esta materia no cabe, en modo alguno, establecer un modo de integración diferenciada. Y ello porque, haciéndolo, se destruyen los fundamentos mismos de la integración política y se pone en grave riesgo la integración jurídica de la Unión. Sin embargo, eso es lo que ha dispuesto el Tratado de Lisboa. Probablemente ha sido el más alto precio de los muchos que se han pagado para desbloquear la crisis abierta por los rechazos francés y holandés al tratado constitucional.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES E INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

En materia de derechos fundamentales, el paso que se da con el Tratado de Lisboa supone, en principio, un avance muy notable. Frente al Tratado de Niza, según el cual la Declaración de Derechos Fundamentales carecía de valor jurídico, el Tratado de Lisboa proclama su carácter vinculante y le atribuye el mismo valor jurídico que el del propio Tratado. Sin embargo, a diferencia del Tratado Constitucional que la integraba en su seno, la declaración de derechos no forma parte del Tratado de Lisboa, sino que constituye un texto jurídico diferenciado. La Unión Europea ha renunciado así a incluir en su texto fundamental sus propias señas de identidad, la traducción jurídica de sus valores fundacionales, el principal símbolo de integración política de sus ciudadanos. A cambio, el nuevo Tratado contiene únicamente un artículo que atribuye a la declaración plena eficacia jurídica, pero —y esto reviste una singular gravedad— aceptando un régimen singu-

lar para determinados Estados. Desde la más elemental lógica jurídica y política democrática esto es algo que ningún dirigente europeo debiera haber aceptado. Y sin embargo, ante las reticencias del Reino Unido y de Polonia, principalmente, los líderes europeos aceptaron suprimir en el nuevo Tratado no sólo la bandera o el día de Europa, sino también la declaración de derechos, e incluir la posibilidad de desvincularse de la misma.

El Reino Unido, desde que se redactó la Carta, se opuso siempre a su obligatoriedad jurídica. De hecho, lideró el grupo de Estados que en el Consejo Europeo de Biarritz de octubre de 2000 consiguió impedir que la Carta tuviera valor jurídico vinculante. Su posición se basaba en estas tres razones: *a)* el hecho de que esta incluyera derechos de contenido social; *b)* el rechazo a la creación de una suerte de “superlegalidad” a nivel europeo; *c)* el rechazo al espíritu constitucional-federal subyacente en la Carta.²⁸ Por ello, tanto durante los debates en la Convención como en la CIG de 2004 intentó por todos los medios mantener la situación prevista en Niza de una Carta de valor meramente político. En el curso de esas negociaciones logró que se dispusiera expresamente que las explicaciones elaboradas por el *praesidium* de la primera Convención constituían un elemento vinculante para la interpretación de la Carta. Su interés obedecía al hecho de que estas explicaciones eran de carácter restrictivo. Especialmente con relación al contenido del título que lleva por rúbrica “Solidaridad”, se hace una distinción nítida de cuáles son derechos a salvaguardar y cuáles meros principios que han de guiar la actuación de las instituciones afectadas.

En este contexto, en las negociaciones previas al Consejo Europeo de junio de 2007 tendentes a desbloquear la crisis constitucional de la Unión, Toni Blair logró un régimen excepcional para el Reino Unido en lo referente a la aplicación de la Carta, que sería recogido en un protocolo anexo. Durante la CIG Polonia se adhirió a ese mismo protocolo.²⁹ Y de forma absolutamente extemporánea, dos años después, el presidente checo V. Klaus, exigió en el Consejo Europeo del 29 de octubre de 2009, como condición para firmar el Tratado, la extensión de los efectos de ese protocolo a la República checa. Lo de menos es recordar que no era ese el momento de plantear el tema, puesto que importa más subrayar la muy estrambótica justificación de su demanda: evitar que los alemanes expulsados de los Sudetes al término de la Segunda Guerra Mundial reclamaran los bienes que les fue-

²⁸ Díez-Picazo, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 22.

²⁹ Protocolo sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al Reino Unido y Polonia. Protocolo número 4 anexo al Tratado de Lisboa. El título del Protocolo induce claramente a error. El contenido del mismo pone en evidencia que se trata un Protocolo sobre la “no aplicación”.

ron expropiados. El Consejo cedió al chantaje, auténtico acto de agresión a la Unión, para lograr la firma de Klaus, y que el Tratado pudiera entrar en vigor el 1o. de diciembre de 2009.

En su primer artículo, el protocolo dispone que

La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias, o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

Su segundo párrafo es expresión del tradicional recelo británico hacia el reconocimiento de los derechos sociales, y dice así:

En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.

En términos similares y con carácter general el artículo 2o. del Protocolo establece por su parte que:

En la medida en que una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas del Reino Unido y de Polonia.

Entiéndase que debe añadirse “y de Chequia”.³⁰

El principal objetivo del gobierno británico era evitar que la Carta otorgara al tribunal de justicia o a los tribunales británicos, facultades para derogar o reinterpretar su derecho nacional, y en particular su legislación laboral y social. El Protocolo satisface plenamente esa pretensión. En este sentido, el principal temor del Reino Unido era que la Carta pudiera servirle al tribunal de justicia para expandir su jurisdicción y ampliar eventualmente con su jurisprudencia los derechos de los ciudadanos británicos y las

³⁰ Según la Declaración del Consejo Europeo del 29 de octubre de 2009, la extensión de efectos del Protocolo se incluirá expresamente en el Tratado mediante otro protocolo, que será firmado con ocasión del próximo Tratado de Adhesión de un nuevo miembro (probablemente Croacia). En definitiva, un brindis al sol.

obligaciones de los poderes públicos del Reino Unido. En relación con lo primero, la ampliación de las competencias de la Unión y de la jurisdicción del tribunal de justicia, el temor era, en parte, injustificado, dado que la propia Carta contiene ya una serie de disposiciones horizontales que incluidas a instancias del Reino Unido impiden que de la Carta puedan derivarse nuevas competencias para la Unión. Ahora bien, el Protocolo era necesario si de lo que se trataba era de negar la posibilidad de que los ciudadanos del Reino Unido pudieran reclamar derechos derivados de la Carta.

Polonia decidió unirse a este Protocolo.³¹ Y Chequia logró ese objetivo extemporáneamente, como ya vimos, un mes antes de que el Tratado entrara en vigor.

Examinado el contenido del Protocolo, fácilmente se concluye que no es un protocolo de aplicación sino, más bien, de “no aplicación”. La doctrina³² y el Parlamento Europeo³³ sostienen acertadamente que el principal efecto del mismo es la menor protección jurídica de los ciudadanos de Polonia y del Reino Unido respecto a los nacionales de los otros Estados miembros. Con el Tratado de Lisboa, afirma Gros-Verheyde, la Carta se convierte en un instrumento “de valor jurídico variable”.³⁴

El Protocolo supone la desvinculación jurídica de los órganos jurisdiccionales de esos países respecto a la Carta, así como del tribunal de justicia

³¹ Sus razones fueron diferentes. Esto es al menos lo que se deduce de la Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido, Declaración número 62 anexa al Tratado de Lisboa. En ella, Polonia expone que respeta plenamente los derechos sociales y del trabajador, según se establecen en el derecho de la Unión Europea y en el título IV de la Carta. Junto a ella, introdujo otra, en la que sostiene que la Carta “no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana, física y moral”. Estas declaraciones son expresión de las preocupaciones del partido ultraconservador Ley y Justicia, al que pertenecían los hermanos Kaczynski, entonces máximos dirigentes polacos. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el valor de estas declaraciones es muy escaso, y lo realmente importante es el Protocolo al que Polonia se adhirió sin reserva alguna.

³² Fernández Tomás, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis...*, cit., pp. 119-149; Pastor Palomar, A., “La regla *inclusio unius, exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis...*, cit., pp. 159-178.

³³ Parlamento Europeo: Resolución sobre el Tratado de Lisboa, 20 de febrero de 2008 (A6-0013/2008), punto 6.

³⁴ Gros-Verheyde, N., “Une Charte à valeur juridique variable”, *Europolitique*, núm. 3407, 7 de noviembre de 2007, p. 13.

en la aplicación de la Carta a los ciudadanos de esos países (o de otros residentes en ellos). Dicho con otras palabras, lo que el Protocolo establece es que la Carta no es jurídicamente vinculante ni para el Reino Unido ni para Polonia. Ello implica admitir que los derechos contenidos en ella y cuya fundamentalidad se proclama, no protegen a los ciudadanos británicos y polacos (ni tampoco a los europeos de otras nacionalidades residentes en Polonia y en el Reino Unido). De esta forma, y dado que uno de los elementos definidores de los derechos fundamentales es su universalidad, el Tratado, a través de un protocolo, niega el carácter fundamental de aquellos derechos que ha proclamado en el articulado. Nos encontramos así ante un caso muy notable de “esquizofrenia normativa”. En el mismo Tratado se proclama una cosa y la contraria. Los derechos contenidos en la Carta o son fundamentales, y entonces vinculan a todos los Estados, o no lo son, y por tanto, sólo vinculan a quienes quieren vincularse, con lo que carecen de dimensión constitucional. Y, sin embargo, en sede política y académica no es extraño escuchar voces que afirman que ambas cosas son posibles a la vez. Esto es, se sostiene que la Carta tiene una dimensión constitucional al mismo tiempo que se defiende la validez jurídica del Protocolo.

Desde mi punto de vista, la tesis resulta políticamente oportuna si de lo que se trata es de superar la crisis a cualquier precio, y ese Protocolo era una *conditio sine qua non* para impedir el veto polaco y británico (y el veto sobrevenido del presidente de Chequia). Ahora bien, una cosa es admitir que la aprobación del Protocolo resultara políticamente oportuna para mantener al Reino Unido y a Polonia en el consenso europeo, y otra olvidar que desde una perspectiva estrictamente jurídica el Protocolo es aberrante. *Establece una excepción en una materia que no admite excepciones*. Por ello, a mi juicio, y como expuse páginas atrás, debería reputarse como nulo. Soy consciente de que esta forma de razonar tiene consecuencias políticas graves, dado que exige invitar al Reino Unido y a Polonia (y también a Chequia) a reflexionar seriamente sobre su permanencia en la Unión. Pero las consecuencias políticas que se derivan de un razonamiento jurídico no afectan a su validez. En todo caso, el tribunal de justicia tiene la última palabra.³⁵

³⁵ Al margen de lo que aquí se ha defendido, conviene recordar que el Comité de Asuntos Constitucionales de la Cámara de los Lores del Reino Unido realizó un exhaustivo estudio de esta problemática y concluyó que el Protocolo que nos ocupa no constituye una excepción propiamente dicha (*opt-out*). Según esta tesis, el Protocolo clarifica o precisa la aplicación de la Carta, interpreta y refuerza el significado y alcance del artículo 6.1 TUE y de las disposiciones horizontales de la Carta. Pero la situación del Reino Unido no sería diferente a las demás en lo que se refiere a la aplicación de la Carta. El verdadero sentido y finalidad del Protocolo sería evitar que mediante una interpretación amplia de la Carta se crearan nuevos derechos para los ordenamientos nacionales o nuevas competencias para la

Desde esta perspectiva, debemos subrayar que si desde un punto de vista político resulta aberrante que haya Estados que no quieran vincularse por la declaración de derechos, desde un punto de vista jurídico, el Tratado incurre en una flagrante contradicción: ¿cómo puede un Estado ser al mismo tiempo respetuoso con los derechos fundamentales —condición esencial para el ingreso y permanencia en la Unión— y no querer quedar vinculado u obligado por la Declaración de Derechos?

La Carta de Derechos Fundamentales es el único texto capaz de generar un sentimiento de pertenencia colectiva, por lo que se configura como el principal factor de integración política de Europa. La atribución a la misma de pleno valor jurídico es un paso adelante. Sin embargo, la no inclusión de la Carta en el propio Tratado, y la aceptación de un régimen de integración diferenciada en materia de derechos fundamentales, pone de manifiesto que se ha ido demasiado lejos en la construcción de la denominada Europa a dos velocidades. Una cosa es aceptar que haya Estados que no quieran renunciar a su moneda o a determinados controles fronterizos, y otra muy distinta tolerar en el seno de la Unión a Estados no comprometidos con los derechos fundamentales.³⁶

En nuestra opinión, esto supone admitir la integración diferenciada en un ámbito al que por su propia naturaleza la rechaza. Los que han aplaudido, con razón, el avance que el Tratado de Lisboa supone respecto al Tratado de Niza en materia de derechos fundamentales han preferido no enfatizar más la importancia de estos protocolos. Y sin embargo, su gravedad y trascendencia son notables. Y ello porque al mismo tiempo que en el articulado se proclama el pleno valor jurídico de la carta de derechos, en los

Unión, lo que ya de por sí prohíbe la propia Carta. Los profesores consultados por el Comité fueron: Damian Chalmer, Alan Dashwood, Eleanor Spaventa y Takis Tridimas. House of the Lords, Constitution Committee: *European Union Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution*, 19 de marzo de 2008, pp. 20-23.

³⁶ Como advierte Alcoceba Gallego: “También es cierto que las integraciones diferenciadas deben administrarse con prudencia si lo que se desea es mantener el sistema de integración actual. La amenaza no procede tanto del sistema de cooperaciones reforzadas que desde 1997 recoge el TUE (por cierto que hasta ahora no se han puesto en marcha) como de las cláusulas de excepción que se introducen mediante Protocolos y que vienen incrementándose a modo de goteo en distintos ámbitos desde el TUE de 1992. El Tratado de Lisboa ha confirmado esta tendencia y ha dado en este sentido un paso más, al introducir un sistema de integración diferenciada en el marco de los Derechos Fundamentales. La amenaza de la que hablamos es especialmente grave cuando se abre la puerta a la integración diferenciada en ámbitos que consideramos clave y esencia del sistema europeo de integración”. Alcoceba Gallego, M. A., “La integración diferenciada en el Tratado de Lisboa o la ampliación de la Europa a la Carta: sobre la construcción de una nueva Unión Europea”, *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas...*, cit., p. 312.

protocolos se niega la fundamentalidad jurídica de los mismos en la medida en que se prevé su no aplicación, su no vinculación; esto es, su inexistencia, con relación a dos Estados. Creo oportuno por ello concluir este apartado con la contundente denuncia realizada por la profesora Alcoceba, denuncia que por compartirla plenamente transcribo a continuación:

Quisiera poner el acento en la relevancia de esta excepción dado que los derechos fundamentales forman parte del ‘núcleo material’ de la Unión, son parte integrante de su ‘acervo esencial’, del contenido imprescindible inherente a su propia identidad, de su núcleo duro, sin el cual la Unión Europea quedaría desnaturalizada, completamente adulterada. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, tal y como enuncia el artículo 2o. TUE. Sin embargo, *a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Unión Europea aparecerá fragmentada en uno de sus elementos básicos*. Además, no deja de resultar paradójico que *ad intra* la Unión Europea se fragmente en este ámbito al tiempo que su acción exterior ‘se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación’, fomentando ‘la democracia, el Estado de derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional.’³⁷

Aquellos que empleando un método cuantitativo subrayan las virtudes del Tratado de Lisboa, y afirman que este recoge el 90 por ciento de las disposiciones del tratado constitucional, deberían incluir, de alguna forma, en su cómputo este tipo de innovaciones. Lo realmente cierto y absolutamente preocupante es que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Unión Europea esta aparece fragmentada en uno de sus elementos básicos: los derechos fundamentales. Y esa fragmentación es incompatible *per se* con el concepto mismo de integración.

La supervivencia de la Unión Europea como una auténtica comunidad de derecho, como una comunidad de valores, exige la vinculación plena de todos los Estados a la Carta de Derechos. Si, por el contrario, aceptamos que determinados Estados queden desvinculados de ella, conscientemente o no, estamos dinamitando los fundamentos mismos de la Unión. Lamentablemente, esto es lo que ha ocurrido con el Protocolo analizado.

En definitiva, esta integración diferenciada en un ámbito (los derechos fundamentales) en el que la diferenciación es jurídicamente imposible y po-

³⁷ *Ibidem*, pp. 316 y 317.

líticamente inaceptable, confirma lo que todo europeísta teme: el exceso de flexibilidad ha puesto en peligro la integración europea. En todo caso, y como bien advierte Alcoceba, “este incremento de la flexibilidad no sólo no debe sorprender sino que es perfectamente coherente con un Tratado que parece llevar a la Unión Europea a una cierta re-estatalización”.³⁸

La conclusión que cabe extraer de todo lo anterior es que en materia de derechos fundamentales el Tratado de Lisboa ha asestado un duro golpe al concepto mismo de “integración” en su doble dimensión: jurídica y política, sobre el que se vertebra la Unión Europea. Esta conclusión no puede sorprendernos mucho en la medida en que coincide con la que podemos extraer del análisis del sistema competencial e institucional de la unión previsto en el Tratado de Lisboa. El concepto de integración ha sido erosionado en todos los ámbitos hasta el punto de que se ha llegado a prever expresamente por primera vez desde la creación de las Comunidades, la renacionalización de competencias a través de la reforma de los tratados. Aunque el análisis de esta problemática desborda el limitado objeto de esta comunicación, creo oportuno ponerlo de manifiesto.

Si todo lo anterior tiene algún fundamento, la regulación de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa, lejos de configurarse como un elemento de constitucionalización de la unión, como sostienen los apologistas de aquél, no sólo carece de dimensión constitucional, sino que supone un atentado claro y flagrante a los principios básicos del constitucionalismo contemporáneo.

³⁸ *Ibidem*, p. 311.