

CHINCHÓN ALVAREZ, J. y SÁNCHEZ-BAYÓN, A.: “La Carta al descubierto: notas críticas científico-sociales sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en BRÚ PURÓN, C. M. (director): *Exégesis Conjunta de los Tratados Vigentes y Constitucional Europeos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, páginas 251-312, (ISBN: 978-84-470-2380-6).

LA CARTA AL DESCUBIERTO: NOTAS CRÍTICAS CIENTÍFICO-SOCIALES SOBRE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Javier Chinchón Álvarez
Antonio Sánchez-Bayón

Sumario: 1.- Introducción: significado de la Carta y técnicas para su investigación. 2.- Estudio exegético. 2.1.- Consideraciones preliminares. 2.2.- Análisis exegético: correlaciones y comentarios. 3.- Conclusiones.

1.- Introducción: significado de la Carta y técnicas para su investigación.

Una vez más Europa se halla inmersa en un proceso integrador, pero a diferencia de situaciones pasadas, en el presente caso se pretende su logro desde una propuesta constitucional *efectiva*¹; circunstancia que pone de manifiesto la necesidad de un estudio interdisciplinar, principalmente sujeto a planteamientos politológicos, jurídicos y sociológicos, que permita desvelar en buena medida las circunstancias que lo definen y orientan, resultando entonces necesarias las variadas técnicas de investigación y estudio que ofrecen hoy en día las Ciencias Sociales².

¹ En dicho proceso, el documento de referencia, a los efectos del presente trabajo, es el *Proyecto de Tratado por el que se instruye una Constitución para Europa*, adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003; por ello, se acude a la versión de la *Carta* y a la terminología que dicho documento proporciona. No se sigue esta última pauta al hacer mención expresa de instituciones u órganos de la Unión aún no creados o cuando el uso de la nueva nomenclatura del Proyecto pueda inducir a confusiones -propias del momento “transitorio” que tiene lugar en la actualidad (i.e. se hablará del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o del Tribunal de Primera Instancia, en detrimento del “nuevo” Tribunal de Justicia Europeo).

² Evidentemente, pese a que el estudio a realizar habría de gozar de una dimensión interdisciplinar, mucho más clarificadora, la preeminencia del Derecho resulta indiscutible, y justo por esta razón, los

Del devenir al que está sometido dicho proceso integrador y del que, *lato sensu*, trata la presente obra colectiva, se ha encargado a los autores de esta aportación el estudio del documento más reciente y completo (en apariencia) tocante al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales –genéricamente entendidos, pues alguna aclaración posterior se hará al respecto-, que no es otro que la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Cdf o Carta en adelante).

Bastantes han sido los altibajos acaecidos en el proceso³, e incluso algún atolladero señalado ha habido, por lo que se presume que el *parón* que, hoy por hoy,

autores de la presente contribución han decidido seguir para su estudio una variante de derecho aplicado –que aunque de origen estadounidense, actualmente resulta sumamente adecuada para el contexto europeo, máxime si una de las tendencias integradoras posibles sigue siendo con suficiente empuje la federalista –tal y como ya se concretaba en el proyecto Spinelli, aprobado por el Parlamento Europeo en 1984, y en el segundo proyecto de Constitución del Parlamento Europeo en 1994; cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, E., GÓNZALEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho Español*, Cívitas, Madrid, 1986 (en especial su vol. I); VVAA.: *Unión política europea. ¿Laberinto, puzzle o mosaico?*, Ediciones Pirámides, Madrid, 2000-, como es el *Realismo analítico jurídico*.

Como apunte elemental, el *Realismo analítico jurídico* puede definirse a grandes rasgos como una modalidad de estudio (en sentido sustancial, como corriente de pensamiento o variedad de conocimiento científico) y argumentación letrada (en sentido formal, como metodología y lógica aplicable a dicho conocimiento), basada en la enunciación sistemática de razonamientos críticos sobre el Ordenamiento político-jurídico de una sociedad, con el ánimo de conocer ambas materialidades y sus relaciones. Gracias al Realismo analítico jurídico se logra combinar la *Sociología jurídica* (en cuanto a su preocupación por la determinación de la relevancia jurídica de los fenómenos y las estructuras sociales), la *Filosofía jurídica* (en lo relativo al estudio formal de la norma y de sus valores informadores) y la *Política jurídica* (como conocimiento de la intervención y la correlación de los Poderes públicos, su naturaleza coercitiva y las garantías reconocidas), consiguiendo así una visión de conjunto más completa y ajustada a la realidad cotidiana, por una aprehensión más racional y armónica, además de susceptible de comprobación empírica en todo momento. Sus referentes más destacados resultan ciertamente dispares (formalmente) entre sí, como se desprende de los casos de GOFFMAN, SOROKIN y WRIGHT MILLS (desde la Sociología jurídica y del conocimiento), DWORKIN, LANGDELL y RAWLS (desde la Filosofía jurídica y la Teoría del Derecho), o HARTZ, PFEFFER y STOKES (desde la Política jurídica y las Relaciones internacionales), y aún así, todos ellos coinciden en la pretensión de un conocimiento interdisciplinar de las Ciencias sociales, dando una relevancia especial a la dimensión jurídica –como motor imperativo-ideal, sí, pero del “sentido común”; en definitiva, no deja de ser cada uno de ellos, pensadores ilustrados postmodernos, pues comparten su percepción de vivir en una realidad cambiante, cuyo proceso de transformación sólo es comprensible desde fórmulas como la que aquí se aboga: el *Realismo analítico jurídico*.

³ De manera sintética puede señalarse que en un comienzo las referencias a los derechos fundamentales en la normativa de la Unión se encontraban fragmentadas, contenidas en diversos textos y sin ninguna sistematización, siendo además del todo *insuficientes*, lo que se explica, según J. V. LOUIS, por el carácter esencialmente económico y parcial de la construcción europea en sus primeras fases. De este modo, al inicio del proceso de integración europea los derechos fundamentales corrían por un camino *paralelo*, señala L. MARTÍN-RETORTILLO, pero diferente al de la unificación (el del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –véase epígrafe 2.1). Las primeras menciones en relación con los derechos fundamentales se dirigieron a conceptos como la de *libertad de circulación y no discriminación* por razón de nacionalidad o sexo, y aún en 1977, en la Declaración conjunta del Parlamento, del Consejo y de la Comisión sobre derechos fundamentales, hecha en Luxemburgo el 5 de abril de 1977, no se especificaba el respeto y aplicación de los derechos humanos como una de las bases del proceso de integración europeo, si bien ya se mencionaba la importancia de los

está sufriendo la Carta en su tramitación hacia la plenitud, sólo responde a dubitaciones coyunturales salvables⁴.

Ahora bien, cabe plantearse que, quizá, la situación de la Cdf en el proceso integrador europeo se deba, en gran medida, a la naturaleza y alcance al que está llamado dicho texto; por tanto, la Carta ha de ser conocida y aplicada científicamente, entendiendo por tal, (a) la ordenación a un estudio aséptico y pragmático, por parte de

derechos fundamentales resultantes de las Constituciones de los Estados miembros y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Posteriormente, en 1986 en el Acta Única Europea se incluyeron algunas breves referencias a los derechos fundamentales (por ejemplo, en su preámbulo, párrafo 3º, se habla de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; además, con ocasión de su aprobación los Estados miembros subrayaron ya la importancia de la promoción de la democracia basándose en los derechos fundamentales). No es hasta 1989 cuando se encuentra la primera enumeración respecto de los derechos fundamentales en la Declaración del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 1989, sobre los Derechos y Libertades Fundamentales. Más tarde, en la Resolución del Consejo y de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo sobre Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, de 28 de noviembre de 1991 es ya posible encontrar frases como éstas: “ (...) *el fomento y la salvaguardia de los derechos humanos constituye una parte esencial de las relaciones internacionales, así como uno de los pilares de la cooperación europea y de las relaciones entre la Comunidad y sus estados miembros y otros países.(...)La Comunidad y sus Estados miembros concederán gran prioridad a un enfoque positivo que estimule el respeto de los derechos humanos y fomente la democracia*”. En el Tratado de Maastricht aparecen las primeras referencia estrictas en materia de derechos fundamentales (en cuanto al Defensor del Pueblo y a la Ciudadanía de la Unión. Especialmente relevante es su artículo 6, a tenor del cual: “*La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembro. (2) La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como Principios Generales del Derecho Comunitario.*” Ahora, no hay que olvidar la aclaración del artículo 7: la no justiciabilidad de estas exigencias. A pesar de estas referencias y sin olvidar, entre otros, los intentos del Parlamento Europeo de 1994, el informe “Pintasilgo” de 1996, el Tratado de Amsterdam (muy importante en el campo que nos ocupa, con especial referencia a los derechos sociales -cuarto considerando del preámbulo-), o el informe “Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea” de 1999; es común circunscribir, en perspectiva más reducida, el proceso que da lugar a la Carta a los siguientes hitos: *el Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 junio de 1999) otorga a una Convención el mandato de redactar un proyecto; la composición, método de trabajo y modalidades prácticas de la Convención se adoptan en el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999); la Convención se constituye en diciembre de 1999 y aprueba el proyecto el 2 de octubre de 2000; el Consejo Europeo de Biarritz (13 y 14 de octubre de 2000) da su acuerdo unánime al proyecto y lo tramita al Parlamento Europeo y a la Comisión; el Parlamento Europeo da su acuerdo el 14 de noviembre de 2000; la Comisión, el 6 de diciembre de 2000; los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de sus Instituciones, firman y proclaman la Carta el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo de Niza. Cfr. URL www.europarl.eu.int/charter; www.ue.eu.int/df; www.europa.eu.int/futurum; www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/index_en.html. Sobre el devenir de la Carta hasta integrarse en el Proyecto de Constitución, véase SAIZ ARNAIZ, A.: “Constitución y derechos: La Carta “retocada”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado”, en ALBERTÍ ROVIRA, E. (director): *El proyecto de nueva constitución europea: Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 327 y ss.*

⁴ Dudas que afectan, una vez superada la discusión sobre la inclusión -y el cómo de la misma- de la Carta al Proyecto de Constitución, más que nada al nuevo sistema que se prevé en el Proyecto de Constitución en el que se incardina.

académicos y profesionales en ejercicio, así como, por (b) la materialización del respaldo efectivo político-jurídico de los Estados miembros y la adhesión social de los europeos, quienes han de conocer por igual sus derechos y sus deberes.

El primer paso, entonces, y que aquí se procura, es dar las orientaciones pertinentes para la consecución de un estudio científico-social efectivo de la Carta, tal y como se viene anunciando; dicha pretensión ha de intentar en la medida de lo posible satisfacer la obtención de un mayor y mejor conocimiento ontológico de la Carta, además de lograr una “meta-gnoseología” de gran rigor metódico y analítico, y de considerable nivel de certeza en sus teoremas. La única traba que se pone de manifiesto *ipso facto* es la limitación material, pues al ser este un epígrafe introductorio, se entenderá entonces que de las múltiples técnicas de investigación social aplicables al caso, así como de sus diversos enfoques respectivos, se hayan seleccionado únicamente aquellas más arraigadas y que mejor se ajustan para el conocimiento de la Cdf.

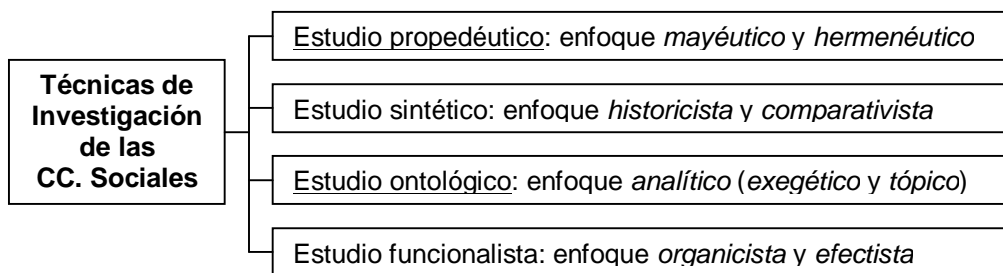
La insistencia en el talante abreviado y meramente orientativo –que no exhaustivo ni definitivo- del que está impregnada la presente contribución, no sólo responde al argumento de obediencia al rótulo del trabajo (“notas críticas científico-sociales”) y a la coherencia interna seguida en el mismo, sino que además, y tal y como se ha de reiterar, la limitación material, en cuanto al número de páginas dedicadas al estudio y la consecución de objetivos, es indudable –lo cual no resulta negativo, sino más bien lo contrario, puesto que permite dejar las puertas abiertas a nuevos proyectos y publicaciones ulteriores.

La siguiente exposición sumaria relativa a las técnicas de investigación científico-social que se proponen para un adecuado conocimiento de la Carta responde al orden establecido en el inmediato esquema que se proporciona.

Tabla 1: Propuestas de estudio científico-social de la Carta⁵.

⁵ La corriente propuesta es original, en cuanto a su estructura y planteamientos relativos a la Carta, pero no así, evidentemente, en lo tocante a sus ideas subyacentes: ya a AUGUST COMTE se le debe la implantación de las técnicas de investigación de las Ciencias Naturales y Aplicadas a las Ciencias Sociales, pero en el presente trabajo se va más allá, puesto que no prima el criterio de la incorporación de nuevas técnicas ajenas, sino la potenciación científica de las ya existentes; los conceptos y términos comunitarios y su desarrollo doctrinal, son claramente descriptivos, por lo que ahora se les pretende dar unos enfoques aplicados; etc.

En definitiva, y como verdadera novedad, lo que se procura es exponer de forma sistematizada las aporías reconocidas hasta el momento sobre la Carta, para que su enunciado trascienda el formato disquisitivo temporal y alcance así el nivel superior de teorema (hipótesis, tesis y demostración) o teoría, según el caso -indudablemente tal *desideratum* no posee atisbos de satisfacción, no tanto porque éste sea un epígrafe introductorio (como se viene diciendo), sino porque se ha previsto una exposición sucinta de planteamientos; ahora bien, lo que sí es factible y recomendable (además de garantía de éxito) es sin duda el camino que se abre para nuevas investigaciones orientadas a la ampliación o la reconsideración de la materia.



- Estudio propedéutico: enfoque *mayéutico* y *hermenéutico*.

La propedéutica⁶, puede considerarse como aquella técnica básica de investigación que permite una aproximación inicial a la cuestión objeto de estudio; no prima tanto, entonces, el rigor y la precisión, como sí en cambio lo hace la aprehensión de conceptos; en definitiva, se trata de aquellas lecturas y reflexiones inaugurales, determinantes de la estructuración mental personal que de la materia se realice: se elabora de este modo el ente de razón al que se identifica con Cdf y cuyo armazón básico se irá adornando conceptualmente de forma evolutiva –por tanto, es fundamental en este momento de arranque evitar el intrusismo de los juicios de valor que intoxicarían la labor científico-social pretendida.

De entre sus variados enfoques, destacan el mayéutico⁷ y el hermenéutico, puesto que el primero permite realizar un ejercicio introspectivo, al preguntarse por la necesidad de la Carta (i.e. exigencia social o concesión elitista), así como por el alcance de su contenido (i.e. compilación o codificación); en cambio, el hermenéutico ayuda a intuir -por medio de proyecciones, previsiones y conjeturas- el devenir de la Cdf (i.e. pasando de considerarse un posible instrumento político-jurídico autónomo a ser parte de un proyecto mayor, como el constitucional actual), anunciado éste en las obras de quienes mejor la han conocido -desde aquellos que la han soñado, como fueran los

⁶ Aunque en su dimensión moderna, la propedéutica florece en el seno de la filosofía, con autores como KANT y HEGEL, ésta alcanza su esplendor en la Medicina, con manuales introductorios sobre medicina clínica, forense, quirúrgica, etc.; en los últimos tiempos, también empieza a observarse su rebrote en el Derecho, donde prácticamente estaba olvidada (salvo en derechos confesionales como el Derecho canónico) debido a la aparición de asignaturas nuevas muy técnicas y específicas, recelosas de planteamientos preparatorios genéricos. Así, un buen ejemplo son dos de las obras de HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992. *Coloquios propedéuticos sobre el Derecho canónico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1992.

⁷ Aparte de la clásica noción de mayéutica atribuida (por PLATÓN) a SOCRATES, también conocido por esta circunstancia como el *tábano de Atenas*, se quiere atender en este trabajo a una concepción más actual y de mayor rigor científico, por lo en este sentido, la mayéutica podría considerarse como un enfoque analítico impropio, de inicio inductivo hasta llegar a desentrañar las partes o principios esenciales de todo ente de razón, y así el armazón de las ideas queda mejor definido para empezar a trabajar sobre él.

padres fundadores de la Unión Europea (i.e. ADENAUER, DE GASPERI, MONNET, SCHUMAN)⁸, pasando por los integrantes de la Convención (y demás instituciones implicadas)⁹, hasta sus estudiosos en el ámbito académico¹⁰.

⁸ Cfr. VVAA.: *En los orígenes de la Unión Europea: Robert Schuman y Jean Monnet*, Asociación para la Investigación y la Docencia Universitaria, Madrid, 2003.

⁹ En este punto es importante destacar el novedoso sistema de trabajo adoptado por la Convención basado en principios como la apertura a la *participación*, la *transparencia* y la *publicidad* (téngase en cuenta, por ejemplo, la aplaudible iniciativa de difundir todos los trabajos preparatorios por *internet*). Así, hay que citar, en esta línea argumental, tanto a los miembros del *Praesidium*, Srs. HERZOG, BARCELAR DE VASCONCELOS, NIKULA, BRAIBANT, JANSSEN, MÉNDEZ DE VIGO y VITORINO, como a los miembros de la propia Convención (delegados del Parlamento Europeo, representantes de los Parlamentos nacionales, representantes personales de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, representantes del Presidente de la Comisión), los observadores (integrantes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Comité de las Regiones, del Comité Económico y Social, del Consejo de Europa, del Tribunal Europeo de Derechos humanos, el Defensor del Pueblo, así como representantes de los Estados candidatos a la adhesión), así como a los numerosos representantes de la sociedad que fueron consultados en este proceso (ONGs, asociaciones de defensa de los derechos humanos, sindicatos, asociaciones religiosas, empresas etc.) Cfr. PI LLORENS, M.: *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001, págs. 37-44.

¹⁰ Es ingente el número de trabajos dedicados a los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, y muy extenso el de los estudios relativos a la Carta, si bien, algunos de estos últimos adolecen de un carácter puramente descriptivo y sin apenas trascendencia analítica; de todos modos, según el criterio personal de los autores –asumiendo ya el considerable riesgo de olvidar la mención de excelentes contribuciones académicas–, los escritos (en cuanto monografías u obras colectivas, editadas en español) más reseñables en este campo son: ALBERTÍ ROVIRA, E. (director): *El proyecto de nueva constitución europea: Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. BRÚ PURÓN, C. M.: *La Ciudadanía Europea*, Sistema, Madrid, 1994. CHUECA SANCHO, A. G.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999. DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001. GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Civitas, Madrid, 2001. GARCÍA DE ENTERRIA, E., GÓNZALEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1986 (en especial su vol. I). GÓMEZ, Y (coord.): *Los derechos en Europa*, UNED, Madrid, 1997. HIERRRO HERNÁNDEZ-MORA, A.: *La ciudadanía europea y la protección de los derechos fundamentales en España y el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1994. LÓPEZ GARRIDO, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986. MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho Español y Derecho Comunitario Europeo*, Universidad de Zaragoza, 1987. OREJA AGUIRRE, M. (director): *El futuro de la Unión Europea. Unión Política y Coordinación Económica*, Dykinson, Madrid, 2002. *La Constitución europea*, Actas, Madrid, 1994. PECES –BARBA MARTÍNEZ, S.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995. PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coordinador): *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993. PI LLORENS, M.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001; *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999. ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1988. RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001. SALINAS DE FRÍAS, A.: *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000. VVAA.: *Carta Europea de Derechos*, Azpilcueta, Donosita, 2001. VV.AA.: *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993 (en especial el trabajo de RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”). UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: *El Derecho Comunitario y el legislador de los Derechos Fundamentales*, IVAP, Oñati, 2001. VERDE I ALDEA, J.: *Los Derechos Humanos y las Comunidades Europeas*, Grupo Socialista del Parlamento Europeo, Madrid, 1989. VV.AA.: *Carta Europa de Derechos*, Eusko Ikaskuntza, Donosita, 2001. VVAA.: *¿Hacia una*

Como ejercicio ilustrativo de lo que podría ser el desarrollo de las técnicas de investigación y sus enfoques respectivos, sirva entonces el de la *mayéutica*, describiéndose a grandes rasgos uno de sus posibles teoremas y alguna de sus teorías.

Pues bien, un teorema de trabajo sujeto a las pretensiones resolutorias de las incógnitas de partida, puede iniciarse con la *hipótesis de la (necesidad de) visibilidad y transparencia*: dos ansiedades prioritarias atañen la urgencia de la Carta, siendo la primera de ellas la relativa a la necesidad identitaria propia no sujeta a determinaciones exógenas (i.e. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹¹ –CEDH), y la segunda, que afecta a la claridad ideal requerida debido al farragoso sistema comunitario vigente, donde aún conviven simultáneamente las Comunidades Europeas (en aspectos sectoriales) y la Unión Europea¹². En consecuencia, la hipótesis consiste en la asunción de la falta de transparencia de un listado unitario propio de derechos fundamentales. De este modo se llega a la tesis, que ejerce su proyección sobre la naturaleza de los derechos a reconocer en el listado clarificador requerido –cabría bautizarla como la *tesis del listado (expreso y concentrado) de derechos fundamentales*. Por tanto, y pese a las diferencias nominalistas de las muchas escuelas existentes estudiosas de los derechos humanos –pues cada cuál usa aquella denominación que mejor se ajusta a sus

refundación de la Unión Europea?, Instituto de España, Madrid, 2003. VVAA.: *Unión política europea. ¿Laberinto, puzzle o mosaico?*, Ediciones Pirámides, Madrid, 2000.

Además, resulta imperativo no pasar por alto la gran labor de difusión desempeñada por publicaciones periódicas españolas, tales como la *Revista de Estudios Europeos*, la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, la *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, la *Revista de Instituciones Europeas*, la *Revista de Estudios e Investigaciones de las Comunidades Europeas*, *Noticias CEE/UE*, la *Revista Española de Derecho Administrativo*, la *Revista Española de Derecho Constitucional*, la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, la *Revista Española de Derecho Internacional*, la *Revista de Derecho Público*, la *Revista de Derecho Político*, etc.

También es completamente obligada la referencia –como rédito intelectual de esta investigación y agradecimiento debido de los autores- a centros especializados de documentación europea, como el *Centro de Documentación Europea de la Facultad de Derecho* y el *Centro de Estudios y Documentación Europea de la Facultad de Económicas*, ambos de la Universidad Complutense de Madrid, así como el *Centro de Documentación Europea de la Comunidad de Madrid*, y el *Archivo y Biblioteca del Congreso de los Diputados de España*.

¹¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

¹² Así lo expresa FERNÁNDEZ TOMÁS, quién afirma al respecto que “*ciertamente, la existencia dual de las Comunidades, por un lado, y la Unión Europea, por otro, con el inconveniente añadido de los pilares intergubernamentales de ésta última, <<enturbian la imagen de la Unión en la escena internacional y de cara a sus propios ciudadanos>>, como afirma un informe de la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo [“¿Qué Carta Constitucional para la Unión Europea?”], Poli 105 A ES (PE 168.338/AE), de diciembre de 1999, p. 13]... “En la misma línea, la Comisión precisaba que <<el proyecto de Carta debería responder a dos objetivos fundamentales: el de la visibilidad para el ciudadano y el de la seguridad jurídica que una Carta de ese tipo debe ofrecer en los distintos ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión>> [Respuesta de la Comisión, ante el Parlamento Europeo, a la pregunta oral 0-0698/99 de David Martín]”; vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs.. 45 y 46. Sobre la cuestión de la personalidad jurídica de la Comunidad Europea y de la Unión Europea, véase PÉREZ BERNARDEZ, C.: *Las relaciones de la Unión Europea con Organizaciones Internacionales: análisis jurídico de la práctica institucional*, Dirección General de Universidades de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, págs. 72 y ss.*

tipos ideales¹³, cabe precisarse para el caso de la Carta, que la elección de la terminología responde a un impulso paradójico de corte dialéctico: de un lado, aparentemente (se intuye del rótulo de la Carta), sólo se atiende a recoger los derechos básicos de los ciudadanos (los derechos fundamentales), excluyéndose así su posible generalización a toda persona (los derechos humanos)¹⁴ –lo cual, a la vista del articulado, no es correcto, denotando, entonces, una deficiencia nominalista del rótulo elegido¹⁵–, al tiempo que se pretende impulsar un reconocimiento progresista, por cuantitativo y cualitativos, además de integrado, de *derechos de primera, segunda y tercera generación*¹⁶. Una pretensión paradójica como la expuesta, se comprueba mediante una *demonstración de trayectorias diacrónicas y sincrónicas*. La primera (la diacrónica) se basa en la tendencia histórica del mismo Derecho de la Unión, ya que éste ha partido de unas libertades fundamentales de carácter económico: *libertad de circulación de trabajadores, bienes, servicios, y capitales, libertad de establecimiento*, etc.¹⁷ – por lo que *a priori* cabe asumir, que se excluye toda contraprestación, ya que no son derechos (sino libertades), además de denotar una naturaleza minimalista, por restrictiva (concentrada en un núcleo esencial) y sectorial (sólo afecta a la dimensión económica aplicada). La segunda (la sincrónica) tiene su fundamento en las proyecciones inmediatas, pues se sigue manteniendo la denominación de derechos fundamentales en el Proyecto de Constitución, por lo que permanece su vocación restringida (distinguiendo diversas categorías de derechos y libertades según el tipo de sujeto titular)¹⁸. Las tradiciones constitucionales igualmente confirman, ya no como proyección sino como previsión, el mantenimiento de dicha distinción en la defensa de los derechos, pues el texto de la Carta, mientras no se modifique, recurre, en gran número de artículos, a cláusulas de cierre para la delegación en la normativa nacional correspondiente (i.e. “*según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”, “*en las mismas condiciones que los*

¹³ Sobre los diversos nombres (i.e. derechos humanos, libertades públicas, derechos fundamentales, etc.) y sus caracterizaciones, cfr. PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

¹⁴ En principio, cuando se habla de derechos humanos, únicamente deberían afectar a las *personas físicas*, y no a las *personas jurídicas* o a otras variantes fácticas como las *personas colectivas* (i.e. movimientos religiosos), pero incluso a este respecto, la Carta es trasgresora (siguiendo la línea precursora iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en menor medida, el TEDH) y como tal hace reconocer derechos fundamentales a otros sujetos: ¿es posible, entonces, que entes de razón jurídica o sociológica puedan tener equivalente protección que seres humanos por un criterio progresivo de reconocimiento de derechos?; véanse los comentarios al artículo II-16 en el epígrafe 2.2.

¹⁵ En sentido similar, véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J., y FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1999, pág. 497.

¹⁶ Cfr. CASTAN, J.: *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, 1992. GÓMEZ, Y (coord.): *Los derechos en Europa*, UNED, Madrid, 1997. PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales...*, *op. cit.*

¹⁷ Dichas libertades son calificadas por FERNÁNDEZ TOMÁS como “libertades fundamentales del mercado”, *vid.* FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 18 y 19. Por su parte, CHUECA SANCHO, plantea dos interpretaciones al respecto: a) que tales libertades y su denominación han sido impulsadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde 1969, pero combinando su uso con el de principios –de naturaleza bien diversa, pese al uso como sinónimos; y b) que las libertades reciben su nombre por la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en su denominación extensa) y de la Carta Social Europea; cfr. CHUECA SANCHO, A. G.: *Los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, págs. 11-19.

¹⁸ Véase, comentarios al artículo II-15 en el epígrafe 2.2.

nacionales de dicho/este Estado”, “de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales”, etc.)¹⁹.

En cuanto a las teorías -pese a no corresponderse en exclusividad con el enfoque *mayéutico*, sino que guardan relación con otros muchos más enfoques destacados, lo que a su vez sirve de anticipo para menciones posteriores- se enuncia a continuación varios ejemplos indicativos:

- a) teoría de la similitud con el derecho pretoriano: en relación directa con el estudio funcionalista, se argumenta al reflexionar sobre la naturaleza de los derechos reconocidos y su procedimiento de consolidación, que su parecido con el *ius praetorum* es considerable, puesto que al igual que éste, es capaz de desarrollar el ordenamiento jurídico por la vía de la interpretación, en un sentido derivado y no originario –ahí el error frecuente de considerar el Derecho de la Unión próximo al *Common Law*, ya que en este último sistema jurídico sí es posible una labor jurisprudencial originaria (ahora menos evidente por la crítica al *activismo judicial* y los *trasplantes legales* relativizadores del sistema), mientras que en el primero se vulneraría la soberanía estatal no cedida²⁰.
- b) teoría de la influencia cristiana en los derechos: ligada al estudio sintético, puede observarse como la Carta se estructura en seis grandes *Títulos* (los antiguos capítulos, más un séptimo de disposiciones generales, también conocidas doctrinalmente como *disposiciones horizontales*, que informan la interpretación y aplicación de la Carta), correspondientes cada uno de ellos, se podría sostener, a un valor cristiano en proceso de secularización inacabado –puesto que los reflujos son constantes, sus influencias diversas y sus interpretaciones dispares²¹.
- c) teoría de la hiperprotección jurídica del europeo: realmente ésta es una teoría que bien podría ser un teorema común a los diversos estudios, ya que pone de relieve la toma de conciencia por parte del europeo, en relación a la necesidad de educar en el respeto de los derechos humanos –como si de una *religión civil* se tratara²²; ahora bien, tal “hiperprotección” materializada en varios niveles, con sus respectivos sistemas (universal, regional, el propio de

¹⁹ Esta cuestión se toca de forma indirecta en los comentarios al artículo II-27 en el epígrafe 2.2.

²⁰ Cfr. VVAA.: *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995. Véase nota 48.

²¹ La cuestión ha recibido un tratamiento un tanto polémico -especialmente en lo relativo a la inclusión de mención alguna sobre la *tradición judeo-cristiana* en el *preámbulo* del Proyecto de Constitución- ya que su análisis ha dejado traslucir una cierta emotividad propia de los juicios de valor acientíficos; pues bien, lo que se pretende más adelante en el trabajo es apuntar la posibilidad de entender el origen remoto de dichos *valores-pilares* como una reminiscencia judeo-cristiana, por lo que éstos, en la actualidad, y sin entrar en conflicto con tradiciones respetables –y fundamentales para entender la trayectoria histórica de Europa, pero sin resultar las únicas-, deben considerarse y justificarse como elementos conformadores de la *religión civil europeísta* –cosmovisión mucho más ajustada (a ideas y realidades) que la de la ideología laicista-, cuya vocación ha de ser la integración y la creación de una identidad europea compartida. Cfr. SOUTO, J. A.: *Comunidad política y Libertad de creencias. Introducción a las Libertades públicas en el Derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1999; SÁNCHEZ BAYÓN, A.: “Derechos humanos: secularización vs. Reminiscencias cristianas”, en *Documentos y Doctrina* (URL www.fiscalia.org), 2003..

²² Véase. *infra* teoría de la influencia cristiana de los derechos y su posterior desarrollo en el subepígrafe 2.2 al comentar el preámbulo y los rótulos de los títulos de la parte II del Proyecto de Constitución.

la Unión, y el estatal, según su tradición constitucional)²³, conlleva, al menos, dos problemas, siendo el primero el tocante al *status civitatis*, y el segundo, la *falta de armonía en los criterios de operatividad*.

- d) teoría del solapamiento y colisión de sistemas: concretando la teoría anterior en la dialéctica entre el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa y el sistema de la Unión, cabe señalar -como luego se haya de retomar-²⁴ que la tensión, aunque aparentemente suavizada, aún sigue viva; entonces, y como aporías implícitas a la teoría, cabe preguntarse ¿qué pasará cuando entre en vigor la Carta? ¿Se dará un conflicto abierto o indirecto, positivo o negativo?²⁵.

- Estudio sintético: enfoque *historicista* y *comparativista*.

Un estudio *sintético* es aquel que permite la comprensión de abundante información, localizando y seleccionando los datos que se consideran más relevantes para la construcción de un paradigma científico contrastable. Pues bien, en una modalidad de estudio como la sintética, destacan muy especialmente los enfoques *historicista* (en su *concepción cíclica/pendular o indo-helénica e historicista propiamente o hebrea*)²⁶ y *comparativista* (tanto en su *análisis horizontal y vertical*, como en el *diacrónico* y en el *sincrónico*) –de ahí que en la mayoría de los estudios, ambos enfoques se traten conjuntamente. Luego, un estudio sintético correcto de la Carta debería ser capaz de provocar la reflexión sobre el sentido de la misma en cuento instrumento nuevo superador o continuador de otras tendencias previas, así como desvelador de su motor interno, siendo la materialización de una ansiedad personal de quienes se preocupan por la viabilidad del proceso integrador europeo, o sencillamente, se trata de una comunión de tendencias estatales de vocación unívoca.

- Estudio ontológico: enfoque *analítico* (*exegético* y *tópico*).

Es el tipo de estudio más consolidado en la Ciencia Jurídica, pues combina capacidad analítica (*exegética* sobretodo) y experiencias del ejercicio profesional (fruto de un conocimiento sólido de la *tópica*) –así se entiende que se llegue a considerar al

²³ Cabe plantearse un quinto nivel, por analogía con el Derecho internacional privado, de carácter *multilateral restringido* y *bilateral para derechos específicos (sectoriales) y áreas de seguridad*.

²⁴ Véase epígrafe 2.1.

²⁵ Para observar distintas interpretaciones de la corriente teoría, y en cierta medida también de la anterior, cfr. SALINAS DE FRÍAS, A.: *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000.

²⁶ La concepción indo-helénica se caracteriza por considerar el cosmos como un movimiento cíclico, en constante repetición; mientras, la concepción hebrea entiende que cada movimiento es irrepitible y está gobernado por la voluntad divina; todo ello se transforma y completa en la actualidad con las tensiones histórico-interpretativas de *estructuralistas* y *voluntaristas*.

jurista como aquel profesional enmarcado entre el científico-social y el artesano; es por ello que (y por otras tantas razones que se enunciarán al final del presente epígrafe), se haya optado por el estudio *ontológico* para dar a conocer la Carta en el epígrafe 2 de este mismo trabajo.

- Estudio funcionalista: enfoque *organicista* y *efectista*.

Quizá, éste sea el tipo de estudio sobre la Carta menos desarrollado hoy en día, pero no por falta de interés, sino debido al *parón* ya mencionado en el que se haya el proceso y que deja suspendida en el tiempo la plenitud de las estructuras fruto de la Carta y de sus resultados; todo lo cual provoca una variante del estudio de carácter limitado, pues sólo es posible una labor descriptiva y de conjetura, racional sí, pero muy restringida en su científicidad, ya que excluye en sí misma el conocimiento aplicado de la fase de implantación y la fase de evaluación (que serían las que completarían el proceso).

En definitiva, y tal y como se anunciara, estas cuatro variantes de estudio científico-social lo único que pretenden es promocionar un paradigma epistemológico de la Carta, pero debido al momento del proceso en que se encuentra la cuestión, se ha preferido entonces operar en un marco más humilde (en metodología) y abarcable (en objetivos) como el que ofrece la exegética, en enfoque sistémico integral, combinando tanto una perspectiva común, correspondientes en este caso a los *Títulos*, como específica, que afectan a ciertos preceptos, bien por razón de novedad, interés, ambigüedad o criterio del analista –pues en el resto de los supuestos, donde no se cumpla ninguna de las condiciones citadas, se recogerán indicaciones genéricas y de referencia. En esta perspectiva, el análisis del Preámbulo y del Título séptimo, por su carácter horizontal, será abordado no de forma autónoma sino integrado dentro de la exégesis progresiva de la Carta.

Lo anterior no obstará para combinar en todo momento esta elección con las demás técnicas y enfoques apuntados. Cabe enunciar además, como apuntalamiento último de la cuestión, que los *criterios de armonía, interconexión, inmediatez y publicidad*, apostillan la exégesis como la opción mejor de trabajo.

2.- Estudio exegético.

2.1.- Consideraciones preliminares.

A la hora de abordar el análisis exegético del contenido de la Carta debe tenerse presente de inicio, previamente al estudio de sus preceptos y sus correlaciones, que este documento se sustenta en tres pilares básicos, o, si se prefiere, bebe de tres fuentes jurídicas identificables: 1) las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, 2) el Derecho de la Unión, 3) el derecho internacional, concretamente el derecho internacional de los derechos humanos. Esta consideración previa se materializa ya en el propio Preámbulo de la Carta, a tenor del cual:

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

No desvía hacer notar aquí dos cuestiones: es importante aclarar que la no inclusión en el Preámbulo de referencias al *Tratado de la Unión Europea* y los *Tratados comunitarios*, como sí se recogía en la versión proclamada en el seno del Consejo de Niza²⁷, se debe, como es obvio, a la propia naturaleza y técnica del Proyecto de Constitución, siendo el resto del contenido de este párrafo asimilable a lo que se conoce como el “mandato para la elaboración de la Carta”, establecido en el Consejo de Colonia²⁸; si bien, como se incidiera, puede resultar equívoca la mención exclusiva de la

²⁷ Puede consultarse el anterior texto de la Carta de los Derechos Fundamentales en DOCE C 364 de 18 de diciembre del 2000.

²⁸ En este sentido, interesa recordar lo expresado en las conclusiones de Colonia: “A juicio del Consejo Europeo, esta Carta deberá incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal y como se recogen en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. La Carta deberá contener asimismo los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión. Al redactar la Carta se tendrán en cuenta también los derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (art. 136 TCE), en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión”. Vid. Decisión del Consejo Europeo relativo a la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, anexo 4 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, Boletín de la Unión Europea, n.º. 6/199, pág. 38. Nótese la ausencia de referencia expresa al derecho internacional en esta Decisión, sí asumido, posteriormente, por la Convención y por el propio texto de la Carta.

Carta como un documento con vocación de reafirmación de derechos ya existentes²⁹. En todo caso, lo importante en estas líneas iniciales es retener una idea que viene a reafirmarse, esta vez sí, en los artículos II-52 y II-53 de la Carta.

El artículo II-53, al establecerse el nivel de garantía de los derechos recogidos en la Carta, especifica que:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, o todos los Estados miembros³⁰, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.”

Esta previsión normativa presenta el grado de intrincación entre las tres fuentes, o pilares señalados³¹, estableciéndose, de forma tajante, que en ningún caso el nivel de protección ofrecido por la Carta podrá ser inferior al fijado en los instrumentos citados. La mención expresa, por razones bien conocidas, al CEDH³², se ve reforzada en el contenido del artículo II-52.3, según el cual:

²⁹ Véase el comunicado de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, COM (2000) 559, de 13 de septiembre de 2000.

³⁰ La modificación del contenido de este artículo, entre la versión proclamada en el seno del Consejo de Niza y la presente redacción del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución Europea, presenta una diferencia, aclaratoria, de grado muy notable al establecer que en cuanto al nivel de protección de los derechos contenidos en la Carta deberá atenderse *al Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte todos los Estados miembros* y no ya a aquellos en los que *sean parte los Estados miembros* como rezaba el anterior artículo 53. Además de la importancia directa de esta nueva previsión, es de tener en cuenta un posible escenario de problemas derivados de la adhesión de nuevos miembros a la Unión que no hubieran ratificado los instrumentos internacionales, en esta materia, en los que los Estados miembros, todos ellos, hubieran manifestado su consentimiento en obligarse. Similar reflexión puede realizarse respecto al derecho internacional general. Véase este problema en sentido opuesto en nota 35.

³¹ Ya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede encontrarse referencias a las mismas. Véanse, por su carácter precursor: asunto 29/69, sentencia del 12 de noviembre de 1969, *Stauder / Stadt Ulm*; asunto 11/70, sentencia del 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und ;* asunto 4/73, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold KG / Comisión*; y asunto 36/75, sentencia del 28 de octubre de 1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

³² Aún a riesgo de salir del ámbito propio de este estudio, es de notar cierta divergencia, dentro del Proyecto de Constitución, en relación con CEDH: El artículo I-7.3 se refiere a los derechos fundamentales garantizados por el CEDH como *principios generales del Derecho de la Unión*, concepto por el que, antes de la existencia de la Carta, se recogían y defendían los derechos fundamentales gracias a la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase nota 48); esta formulación plantea la duda acerca de si es entendible, entonces, que estos derechos sean distintos de los recogidos en el Proyecto de Constitución, e, incluso, si siguen gozando de la condición de derechos fundamentales, o bajo nuevo enfoque, estarían concebidos meramente como principios generales del Derecho de la Unión.

Esta reflexión es aplicable, de igual modo, a las tradiciones constitucionales, a las que también se refiere el artículo citado.

“3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.”

La desafortunada redacción técnica de este artículo, cuya interpretación literal llevaría a aceptar que el alcance ha de ser *igual* y al mismo tiempo puede ser *más extenso*³³, no debe alejar la atención de un punto crucial: El Preámbulo de la Carta advierte que “... *los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta*”, dotando así de valor jurídico interpretativo, aún bajo ambigua formulación -, a unas aclaraciones -que según el propio Praesidium carecían del mismo³⁴- en las que se especifica, o recuerda, que a la hora de establecer el sentido, alcance, y las limitaciones permitidas, de los preceptos de la Carta el referente ha de ser no sólo el propio articulado del CEDH sino también sus Protocolos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³⁵.

Una cuestión de doble arista se abre en este punto: De un lado, junto con la voluntad expresa de mantener la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de

³³ La solución a esta deficiencia, en un tema tan delicado, que propone FERNÁNDEZ TOMÁS es considerada en este trabajo como adecuada. De este modo, la redacción de este precepto, leído en conjunto con lo previsto en el artículo II-53, debiera ser: *En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán, como mínimo, a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.* Cfr. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de derechos fundamentales...*, op .cit, págs. 96-98.

³⁴ Cfr. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones relativas al texto completo de la Carta*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001, pág. 10. Este cambio se justifica por la exigencia de varios Estados, como Dinamarca, Irlanda, Letonia, Holanda, Suecia y Reino Unido, basada en el intento de “*find ways to give our citizens legal certainty and clarity in relation to the Charter’s ambiguous or conflicting texts.*” Vid. “Copy of a letter by M. P. Hain, member of the Convention to President Giscard d’Estaing concerning the Charter”, CONV 736/03 de 13 de mayo de 2003.

El última instancia, es de sostener, que, al igual de otras modificaciones realizadas en el texto de la Carta para su inclusión en el Proyecto de Constitución, el fin último es tratar de dar las mayores pautas interpretativas a las instancias judiciales para evitar decisiones “ajenas” a la voluntad de aquellos que aceptaron el texto de la Carta.

³⁵ *Ibid.*, págs. 74-76. Anótese que la inclusión de los Protocolos en este punto podría plantear problemas respecto a una posible ampliación de su eficacia respecto a los Estados miembros (presentes o futuros) de la Unión y no parte en alguno de los Protocolos al CEDH; no olvidando que, hasta la fecha, ya los Protocolos: Adicional, n.º.4, n.º.6, n.º. 7, y n.º 13 han reconocido derechos adicionales a los contenidos en el Convenio.

Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), esta previsión puede reabrir tangencialmente una puerta a cuestiones que pudieron considerarse superadas; esto es, a cierto escenario de debate en torno a la adhesión de la Unión Europea al CEDH. Esta reflexión se refiere no tanto al asunto en particular³⁶, sino a las alegaciones que en torno al mismo se realizaron. Recuértese en este punto el extendido recelo manifestado hacia un sistema europeo de protección de los derechos humanos constituido por 45 Estados – y jueces de esos Estados- “*algunos de los cuales [en palabras de RODRÍGUEZ BEREIJO] suscitan todavía algunas reservas como Estados de Derechos firmemente asentados en una democracia parlamentaria por su escasa o nula tradición en el control y tutela de la observación de los derechos humanos*”³⁷.

La previsión del artículo II-52.3, entonces, puede mantener el estado de *polémica* ya que, como se subraya, ha de seguirse atendiendo a la jurisprudencia del TEDH a la hora de establecer las limitaciones admitidas, el sentido, y alcance, de aquellos derechos garantizados simultáneamente en la Carta y el CEDH, así como en sus Protocolos³⁸; la mencionada jurisprudencia que, como el mismo Tribunal ha afirmado, ha hecho del convenio un instrumento vivo³⁹ y hará, de igual modo, de la

³⁶ Asunto que a pesar de la elaboración y proclamación de la Carta (y aún si está acaba siendo aprobada como texto jurídico vinculante) parece seguir vigente en su plenitud teniendo en cuenta que el artículo 7 del Proyecto de Constitución señala que “*La Unión procurará adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...*”, lo que recuerda al comunicado de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –COM (2000) 559 final, de 13 de septiembre – según el cual: “*la existencia de la Carta no aminorará el interés de esta adhesión, que tendría por efecto establecer una tutela externa de los derechos fundamentales de la Unión.*” Sobre la vigencia de esta cuestión, véase: ALBERTÍ ROVIRA, E. (director): *El proyecto de nueva constitución europea...*, *op. cit.*; CARRILLO SALCEDO, J. A.: “La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en OREJA AGUIRRE, M. (director): *El futuro de la Unión Europea. Unión Política y Unión Económica*, Dykinson, Madrid, 2002; PÉREZ TREMPES, P.: “La Carta de Europa de los Derechos Fundamentales: ¿Un primer paso hacia una futura Constitución Europea?”, en VV.AA.: *Carta Europa de Derechos*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 2001.

³⁷ Citado en CARRILLO SALCEDO, J.A.: “La adhesión de la Comunidad...”, *op. cit.*, pág. 97.

³⁸ La llamada de atención, en este punto, no va encaminada directamente a decisiones puntuales del Tribunal, como la tan analizada del asunto *Matthews contra el Reino Unido de Gran Bretaña*, decidido por sentencia de 18 de febrero de 1999, en la que el TEDH no sólo no acepta no entrar a decidir sobre un asunto estrechamente ligado al Derecho de la Unión, sino que, además, llega a analizar detalladamente el papel del Parlamento europeo, y por extensión, el propio sistema de la Unión, estableciendo, en definitiva, el discutido mecanismo conocido como de “adhesión de hecho” o “adhesión forzada” –véase una profunda crítica a esta Sentencia en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (A propósito del asunto *Matthews v. Reino Unido*)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, 1999-; sino que apunta a la interpretación que *pro futuro* pueda derivarse de las decisiones del TEDH, y a la sustancial influencia que tendrá en los derechos recogidos en la Carta basándose en las previsiones de este mismo documento.

³⁹ Véase, en concreto, la citada sentencia del Tribunal en el asunto *Matthews contra el Reino Unido de Gran Bretaña*, sentencia de 18 de febrero de 1999 (URL <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>).

Carta un texto en continuo desarrollo -cuyo único límite parece encontrarse en los artículos II-51.2 y II-54⁴⁰. Quizás por ello, señala SAIZ ARNAIZ, muchas de las disposiciones de la Carta, como se verá, recuerdan en su literalidad a los artículos del CEDH, en un posible intento, definido como *ingenuo* por el autor, de evitar tensiones entre las futuras decisiones del TEDH y las propias del sistema de la Unión⁴¹.

De otro lado, la íntima ligazón del contenido de la Carta con el derecho internacional de los derechos humanos puede plantear análogas cuestiones en relación con la interpretación que del contenido de los *convenios internacionales* -así como del propio *Derecho Internacional* (general)- realicen los organismos competentes a tal fin⁴².

⁴⁰ Los artículos II-51 y II-54 informan, igualmente, el contenido completo de la Carta. El ámbito de aplicación, a tenor del artículo II-51, de las disposiciones de la Carta alcanza, exclusivamente, a: 1) las instituciones de la Unión Europea, 2) a los órganos de la Unión, 3) las agencias de la Unión, 4) los Estados miembros de la Unión Europea cuando apliquen el Derecho de la Unión; no suponiendo, ninguna de sus previsiones, basándose en el artículo II-51.2, ampliación alguna de competencias o misiones para la propia Unión, asunto éste capital, incluso irrenunciable para Estados como el Reino Unido, en las discusiones sobre la incorporación de la Carta al Proyecto de Constitución (a pesar de su ámbito de referencia, resulta interesante atender a la lectura crítica que hace de este precepto ALONSO GARCÍA en ALONSO GARCÍA, R.: “Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en VV.AA.: *Carta Europa de...*, *op. cit.*, pág. 58).

Al mismo tiempo, hay cierto grado de conflictividad entre la previsión del apartado y del apartado 2, pues mientras el primero ordena promover los principios contenidos en la Carta, el segundo prohíbe la ampliación del ámbito de competencias, lo que lleva a un escenario de promoción limitada de compleja aplicación práctica.

En líneas generales, en este punto, se puede encontrar una nueva presencia del *problema* enunciado anteriormente, ya que, cuando los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión se podrán encontrar sometidos, dejando al margen su sistema judicial interno, a la jurisdicción tanto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Puede encontrarse una explicación de utilidad sobre las modificaciones del artículo 51 en el *Informe Final del Presidente del Grupo II – Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH*, Oficina del Parlamento Europeo en España, Madrid, 2003).

El artículo II-54, por su parte, recoge una cláusula típica de este tipo de tratados (véanse las previsiones, a modo de ejemplo, del artículo 17 del CEDH, de los artículos 46 y 47 del PIDCP, y los artículos 24 y 25 del PIDESC), la prohibición del abuso de derecho.

⁴¹ Vid. SAIZ ARNAIZ, A.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en VV.AA.: *Carta Europa de...*, *op. cit.*, pág.43.

⁴² Nótese la variedad, e incluso, heterogeneidad, de órganos y organismos internacionales entre cuyas competencias está, explícita o implícitamente, la de interpretar el contenido del articulado de los tratados internacionales a partir de los cuales son creados. En este estudio son especialmente relevantes, por razones obvias, el Comité de Derechos Humanos (creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) así como, muy significativamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (creado por la Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas). No obstante, no habrá que desatender a otros órganos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura (así como el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o Degradantes), o el Comité de los Derechos del Niño. Téngase en cuenta, además, la audacia innovadora de algunos de ellos. Para una primera aproximación sobre los mismos, véase, por su claridad y por la rica bibliografía que incluye, VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, págs. 379-499. Sobre el Comité de Derechos del Niño, consúltese TRINIDAD NÚÑEZ, P: *El niño en el Derecho Internacional de los*

Estas dos circunstancias hacen oportuno, entonces, recoger el articulado de la Carta acompañado de las previsiones equivalentes⁴³ en: 1) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos 2) la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁴ (DUDH), 3) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵ (PIDCP) 4) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁶ (PIDESC), así cualquier otro documento relevante a los efectos expuestos *supra*⁴⁷. Se incluirán, de igual modo, las fuentes del Derecho de la Unión⁴⁸, así como las previsiones concordantes de la Constitución española de 1978⁴⁹ (Ce), reteniendo, en este caso, la importante advertencia del (nuevo) artículo II-52.4 de la Carta, según el cual: “*Aquellos derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.*”

Derechos Humanos, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002. Pueden consultarse, asimismo, algunas de las decisiones más relevantes de estos órganos/organismos, hasta el año pasado en “Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies”, Documento de la Naciones Unidas: HRI/GEN/1/Rev.6, de 12 de mayo de 2003.

⁴³ En la inclusión de estas correlaciones se tendrá en cuenta no sólo el contenido literal de los artículos, sino también la interpretación que de ellos han realizado los órganos con competencia a tal fin.

⁴⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. La inclusión de la misma responde, más que a su potencial influencia en el grado de protección ofrecido por la Carta, a su carácter informador y posición de referencia en el derecho internacional de los derechos humanos. De igual modo, su inclusión pretende dar una visión completa de esta rama del derecho internacional en tanto que, como es sabido, la Declaración, junto a los dos Pactos que también se recogen, conforman la conocida como *Carta Internacional de los Derechos Humanos*. De entre los muchos estudios dedicados a la Declaración Universal, puede consultarse, para una aproximación de conjunto: ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA: *La Declaración Universal de Derechos Humanos - comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998.

⁴⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Véase nota 42.

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Véase nota 42.

⁴⁷ En este sentido, téngase especialmente presente la mención a la Carta Social Europea en relación a la labor que, en base a ella, realiza el Comité Europeo sobre Derecho Sociales.

⁴⁸ En las fuentes del Derecho de la Unión se integrarán las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en atención a la importancia que la actuación de este Tribunal, a través de la protección pretoriana, desde la Sentencia de 1969 en el asunto *Stauder / Stadt Ulm*, ha realizado en el campo de los derechos fundamentales en la Unión. Cfr. GOSALBO BONO, R.: “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los Derechos Humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, volumen 1, número 1, 1997; ALONSO GARCÍA, R.: “La construcción de los derechos fundamentales comunitarios vía pretoriana: el papel del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales y de las Constituciones de los Estados miembros”, *Gaceta de la U.E.*, número 209, septiembre/octubre 2000; CHUECA SANCHO, A. G.: *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 79 y ss.

⁴⁹ Constitución española, de 27 de diciembre de 1978.

De este modo, se completarán los tres pilares en los que, se ha señalado, se sostiene la Carta.

2.2. Análisis exegético: correlaciones y comentarios.

Tras la Segunda Guerra Mundial, tanto en el ámbito internacional, por influencia de la DUDH, como en el nacional, por el replanteamiento de las tradiciones constitucionales estatales, se potencia un tipo de protección dogmática del ser humano basado en un sistema enunciativo de derechos humanos y libertades fundamentales, pero en el actual proyecto constitucional europeo se introduce un novedoso paradigma: seis valores superiores entorno a los cuáles se reconocen el resto de los derechos; ahora bien, esta técnica, y se recalca de nuevo la matización, no es nueva sino novedosa, ya que bebe de las declaraciones de derechos liberales-burguesas de finales del siglo XVIII, así como de las tradiciones jurídicas anglo-sajona (cartismo o chartismo) y germánica (idealismo jurídico); por tanto, ¿a quién puede atribuirse tal giro o cambio paradigmático? ¿A qué planteamientos responde? ¿Tal vez se trate de un regeneracionismo jurídico fruto de un periodo democrático de paz o un intento por recuperar –sino inventar– unas señas de identidad comunes conducentes a una religión civil europeísta? ¿Por qué se eligió, entonces, la dignidad humana como punto de partida? ¿Sólo por influencia alemana, como se ha sostenido? ¿Por qué se da por asumido su concepto? En este punto, al margen de las respuestas personales, lo fundamental es plantearse las preguntas correctas que conducen al conocimiento exegético.

TÍTULO I: DIGNIDAD.

La referencia a la dignidad humana, desde su concepción como *valor común* y como parte de la *herencia cultural europea*, invita a la reflexión sobre su naturaleza, en cuanto institución cristiana secularizada⁵⁰, pero si se desea una efectiva aceptación generalizada y prolongada en el tiempo, ésta debe poseer una fundamentación científica, basada entonces, no en verdades religiosas sino en certezas *falsables*; luego, en vez de comprender la dignidad humana como un rasgo de similitud con la divinidad, ésta ha de sostenerse en la potencialidad humana de pensar, pues toda persona goza de dignidad por el hecho de ser un ser vivo con capacidad de razonar –aunque luego en el *acto*, dicha igualdad de partida común a todo humano se difumine por las variables cosmológicas (o marco de desenvolvimiento).

⁵⁰ La viabilidad de la teoría de la influencia cristiana de los derechos, pone al descubierto otros influjos religiosos (de religiones positivas terciarias de corte monoteísta verdadero/revelado) sumamente próximos e igualmente dominantes en Europa, como son el judío y el islámico; luego, ¿la influencia es múltiple, entendida entonces de forma positiva (como reacción cultural) y negativa (como contrareacción)?

En todo caso, ha de ser una constante en el estudio de la cuestión: a) la admisión de la pluralidad religiosa europea (más allá de la tolerancia y la reciprocidad), b) la existencia de un prolongado proceso de secularización que ha desdibujado dichos valores originalmente cristianos (pero posteriormente modificados por aportaciones como la del socialismo utópico), c) tales valores sólo informan el proyecto constitucional europeo desde la influencia derivada de las tradiciones nacionales de los Estados parte.

Artículo II-1. Dignidad humana.

“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.”

CORRELACIONES: Aunque es posible encontrar referencias directas a la dignidad en las normas e instrumentos mencionados (i.e. Ce: Art. 10, DUDH: Primer y quinto considerando del Preámbulo, y art. 1, PIDCP: Párrafos segundo y tercero del Preámbulo, artículo 10, PIDESC: Párrafo segundo y tercero del Preámbulo), el sentido, implicaciones, y naturaleza de las mismas no es, bajo criterio probable alguno, similar a la presente previsión.

COMENTARIOS: La inclusión de la dignidad no como principio esencial del que dimanen todos los derechos básicos de la persona (como se menciona en los documentos citados anteriormente), sino como valor, o quizás derecho, autónomo que será respetado y protegido, es especialmente novedosa. La redacción de este artículo - que deja la dignidad en una posición de ambigüedad sobre su naturaleza jurídica-, hace que sea difícil valorar la incidencia que esta referencia autónoma puede llegar a tener, si bien, se suele deducir de ella, de un lado, su aplicación subsidiaria allí donde no haya consagración expresa del derecho al honor⁵¹, y del otro, algo igualmente asumido: que en ningún caso podrá, ya sea en la limitación o en el ejercicio de los derechos recogidos por la Carta, violentarse la propia dignidad humana⁵².

Artículo II-2. Derecho a la vida.

“1. Toda persona tiene derecho a la vida.

2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 15 (Preámbulo)⁵³. CEDH: Art. 2 del CEDH, art. 1 del Protocolo Adicional nº.6 al CEDH⁵⁴, Protocolo nº. 13 al CEDH⁵⁵. DUDH: Art. 1, art. 3. PIDCP: Art. 6, art. 1 del Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP⁵⁶.

⁵¹ Cfr. . DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 30.

⁵² Cfr. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pág. 15.

⁵³ Las disposiciones que figuran entre paréntesis son aquellas que aún no guardando una correspondencia exacta y plena con el artículo de la Carta, presentan una considerable relación sustancial con el mismo.

⁵⁴ Protocolo número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

⁵⁵ Protocolo número 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, destinado a abolir totalmente la pena de muerte, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de febrero de 2002.

COMENTARIOS: La formulación del apartado 1, esto es, el reconocimiento tajante del derecho a la vida, puede plantear algunas dudas inmediatas, en tanto que una mención sin mayor desarrollo deja sin solucionar la plenitud de tal derecho; esto es, ¿se regula un derecho informado por el principio de autonomía individual o por el contrario, prima el de oportunidad? La cuestión, abierta, no es baladí, pues si se opta por el primero, se está reconociendo también el derecho a la muerte, pero sino, sólo existe un derecho positivo restrictivo⁵⁷.

En relación con el apartado 2 hay que señalar que en las explicaciones del *Praesidium* su contenido se interpreta, según lo dispuesto en el ya mencionado artículo II-52.3, asimilándolo al *mismo sentido y alcance* de lo previsto en artículo 2 del Protocolo Adicional nº.6 al CEDH⁵⁸ -permitiéndose, entonces, la pena de muerte en los tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra⁵⁹. Tal y como se formula, el valor preferente que el Preámbulo de la Carta da a estas explicaciones podría decepcionar, en este caso, a aquellos que defienden una perspectiva más *garantista* del derecho a la vida⁶⁰, e incluso podría ser contradictorio con la propia voluntad declarada de la Unión⁶¹, si bien, la entrada en vigor, el 1 de julio de 2003, del Protocolo nº. 13 al CEDH relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia –Protocolo,

⁵⁶ Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de diciembre de 1989.

⁵⁷ Véase comentarios al artículo siguiente.

⁵⁸ “*Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de que se trate.*”

⁵⁹ Cfr. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Carta de los...*, *op. cit.*, págs. 15-16.

⁶⁰ Las referencias a esta cuestión son extremadamente numerosas; a título de ejemplo consúltese la Resolución 32/61 de la Asamblea General de la ONU del 8 de diciembre de 1977, las Resoluciones 1989/64 de 24 de mayo de 1989 y 1996/15 de 13 de julio de 1996 del Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas; O las Observación general al artículo 6 del PIDCP, aprobada por el Comité de Derechos Humanos el 27 de julio de 1982. Sobre este asunto, en perspectiva general, véase el completo trabajo AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Error Capital. La pena de muerte frente a los derechos humanos*, Edai, Madrid, 1999; así como, el más modesto, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “De la pena de muerte al Derecho: reflexiones y marco jurídico internacional sobre la pena capital”, *Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de Guatemala*, número IV, enero/junio 2002.

⁶¹ Entre las muchas declaraciones en este sentido, véase la Declaración de la Presidencia, en nombre de la Unión Europea, con ocasión de la entrada en vigor del Protocolo nº 13 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, de 14 de julio de 2003, en la que vuelve a reiterarse que “*La Unión Europea aspira a que la pena de muerte sea abolida de la legislación y de la práctica de todos los países del mundo, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.*”, Boletín UE 7/8-2003 (URL <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es/200307/p106040.htm>).

señálese, en el que no son, aún, parte muchos de los Estados miembros de la Unión⁶²-sitúa la cuestión en un nuevo escenario interpretativo de prohibición de toda condena o ejecución en tiempos de paz, de guerra o de amenaza inminente de guerra, de lo dispuesto en el artículo II-2.2⁶³.

Artículo II-3. Derecho a la integridad de la persona.

- “1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
— el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,
— la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
— la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
— la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.*

CORRELACIONES: Ce: Art. 15. DUDH: (Segundo considerando del Preámbulo y art. 3). PIDCP: Art. 7. PIDESC: (Art. 15). Otras disposiciones en: Convenio relativo a los derechos humanos y biomedicina⁶⁴ y su Protocolo adicional⁶⁵.

COMENTARIOS: Mientras que el enunciado del apartado 1 no presenta innovaciones destacables, sí es muy novedosa la inclusión del apartado 2 como derecho fundamental. Aunque estas previsiones no se alejan del contenido del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, la existencia de un derecho fundamental en el sentido enunciado aquí es inédito en la historia de los instrumentos de similar naturaleza a la Carta. Su inclusión supone en, última instancia, una consecuencia de la *modernidad* de la Carta, y de su deseo de hacer frente a los *problemas/situaciones actuales*, tal y cómo se expresa en su Preámbulo⁶⁶.

Artículo II-4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes.

⁶² Véase nota 35.

⁶³ Cuestión adicional en este punto es la incomprensible razón que ha llevado a no actualizar las explicaciones del *Praesidium* en este punto, refiriéndose no ya al Protocolo n.º 6 sino al n.º 13; máxime a la vista del importante valor interpretativo que las mismas tendrán como se ha explicado.

⁶⁴ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, adoptado en Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁶⁵ Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, adoptado en París el 12 de enero de 1998.

⁶⁶ En concreto: “*Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y los avances científicos y tecnológicos.*”

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 15. CEDH: Art. 3. DUDH: Art. 5. PIDCP: Art. 7. Otras señaladas disposiciones en la materia son las reconocidas por la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*⁶⁷.

Artículo II-5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

“1.Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2.Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3.Se prohíbe la trata de seres humanos.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 25 (art. 15). CEDH: Art. 4. DUDH: Art. 4. PIDCP: Art. 8. Otras disposiciones en: Convención sobre la Esclavitud⁶⁸ y su protocolo⁶⁹, Convenio sobre el trabajo forzoso⁷⁰, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso⁷¹, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena⁷², Convenio Europeo⁷³.

COMENTARIOS: Si bien, pareciera que estas disposiciones presentan su mayor vigor normativo en relación con los fenómenos de explotación de la inmigración y el inmigrante, la modernidad de la Carta hace preciso un apunte sobre la concordancia del presente precepto y lo previsto en el artículo II-13, de tal suerte que no debería limitarse la interpretación de las prohibiciones contenidas en este mandato a una concepción clásica del trabajo; siendo de tal modo que, en la actualidad, el campo de la investigación e, incluso, el de las “artes” son ámbitos en que, desafortunadamente, es posible encontrar formas - más o menos sutiles, así como perversas- subsumibles en el contenido de este artículo.

De otro lado, siendo una cuestión compleja, parece posible convenir en la naturaleza de (derecho) social de este artículo en lo relativo a la prohibición del trabajo

⁶⁷ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

⁶⁸ Convención sobre la Esclavitud, adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

⁶⁹ Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, adoptado por la Asamblea General en su resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953.

⁷⁰ Convenio sobre el trabajo forzoso, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión.

⁷¹ Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, adoptado el 25 de junio de 1957 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima reunión.

⁷² Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949.

⁷³ Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía, adoptado en Bruselas el 26 de julio de 1995.

forzoso; si bien, en realidad, esta cuestión se redirige al debate sobre la distinción entre este tipo de derechos y los derechos civiles y políticos, e, incluso, entre el concepto de obligaciones progresivas y de obligaciones inmediatas. En este sentido, algunos sectores doctrinales sostienen que esta diferenciación es más difusa de lo que cabría considerar a primera vista, en tanto que el propio alcance y naturaleza de muchos derechos civiles y políticos presenta notables implicaciones en lo económico, social y cultural, y viceversa⁷⁴, lo que haría, de un lado, muy complicada una posible separación entre estas “dos clases” de derechos, y del otro, posibilitaría encontrar, en todo caso, alguna faceta justiciable, de carácter inmediato, dentro de los propios derechos económicos y sociales⁷⁵; alegaciones éstas que suelen apoyarse, cabe destacar, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Airey v. Irlanda*⁷⁶.

Ya en este primer artículo se observa que la Carta continua este criterio incluyendo derechos con carácter social y/o económico en Títulos referidos a derechos con un claro contenido civil y político; tendencia identificable con claridad en los artículos II-12 (que, hay que señalar, incluye el derecho a la libertad sindical dentro del

⁷⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S: “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, 2003, págs. 128-131. Sobre esta cuestión, véanse, entre otras, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Draft International Covenant on Human Rights and measures of implementation: future work of the Commission on Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: A/421 (V), 4 de diciembre de 1950, párr. E. Esta idea se repite en multitud de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo una de las citadas la Resolución 32/130 que declara que “*recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights*”, añadiendo al firme convicción de que “*all human rights and fundamental freedoms are interrelated and indivisible...*” Vid. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Alternative approaches and ways and means within the United Nations System for improving the effective enjoyment of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Documenta de las Naciones Unidas: A/RES/30/130, 16 de diciembre de 1977, preámbulo. Pueden consultarse, igualmente, las Resoluciones 41/117, 43/113, 43/114 y 43/125.

⁷⁵ Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 37-47. Véase, en esta línea, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: “Observación general 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto)”, 14 de diciembre de 1990, en URL <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>, en especial párrs. 10, 11 y 12.

⁷⁶ “*The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation - notably financial - reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions (above-mentioned Marckx judgment, p. 19, para. 41) and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals (see paragraph 24 above). While the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.*” Vid. Caso *Airey v. Ireland*, en URL <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>, párr. 26.

genérico derecho de asociación), II-13, II-14, II-15 (que, es de reseñar, recoge un derecho, de claro asiento social/económico, como es el trabajo, dentro del difuso derecho de libertad profesional), y de manera más incidental en los artículos II-9, II-16, II-17, II-23, II-25, y II-26⁷⁷.

Aún con el reconocimiento expreso de la dificultad de plantear una separación de clara frontera entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, para la consecución del deseo de “*presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos*”⁷⁸, debe sostenerse que hubiese sido más *clarificadora* una separación que hubiese hecho *visibles*, a primera lectura, la naturaleza, aún primaria, de los derechos reconocidos. Si bien es cierto que, estableciendo la Carta un nivel de protección jurisdiccional de, todos aquellos considerados como *derechos*, similar, el problema no es eminentemente jurídico, lo que no obsta para señalar una cuestión adicional, siguiendo a VON BOGDANDY, relativa al propio Preámbulo. Según este autor, la formulación del segundo Considerando del mismo, esto es, la afirmación de la indivisibilidad de la dignidad humana, junto a la elevación del valor solidaridad a la misma altura que valores como la dignidad, la igualdad y la libertad, puede tener un importante efecto interpretativo en relación con los derechos que, de la solidaridad, tal y como se concibe en la Carta, se derivan⁷⁹. Aunque esta reflexión se dirige, de forma más directa, al contenido del Título IV, a cuyo comentario hay que remitirse, es interesante

⁷⁷ Algunos autores incluyen en este punto derechos como la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. II-10), libertad de expresión y de información (art. II-11), la no discriminación (art. II-12), la libertad de circulación y residencia (art. II-45), y el derecho a la tutela judicial efectiva (II-47), en base a que todos ellos *son aplicables en el ámbito social*. Cfr. Vid. GIL Y GIL, J.L. y USHAKOVA, T.: “Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5-2002, (URL <http://www.uv.es/CEFD/5/gil.html>).

En este trabajo, aun compartiendo los conceptos de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, se disiente de esta interpretación maximalista de los derechos sociales, pues lo contrario llevaría a entender que todos los derechos humanos, en tanto aplicables a miembros de una sociedad y, *por ende*, con incidencia en la vida social en la que se desarrollan, serían derechos sociales. A pesar de las deficiencias de la división clásica entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales, y culturales, la distinción entre ambos está asentada normativamente y no se circunscribe al ámbito conceptual sino que posee importantes consecuencias jurídicas que no deben ser desatendidas a través de una yuxtaposición casi absoluta.

⁷⁸ Vid. GRUPO DE EXPERTOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, (URL www.europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/fundamri/report_es.pdf), pág. 11.

⁷⁹ Cfr. VON BOGDANDY, A.: “The European Union is a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”, *Common Market Law Review*, n.º. 37, 2000.

tenerla presenta ya en este punto en relación con los derechos, o principios, de carácter social que es posible encontrar en los artículos anteriores al mismo.

Finalmente, se hace necesario disentir de una cuestión tangencial sostenida en algunos estudios doctrinales⁸⁰: siendo innegable que la Carta incluye tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales, y todo ello en un solo texto, resulta erróneo considerar este documento como el primero en hacerlo, pues ya desde el año 1981, la *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*⁸¹ ha reconocido tanto derechos civiles y políticos⁸², como económicos, sociales y culturales⁸³, con un grado de control jurisdiccional, además, idéntico tras la entrada en vigor del Protocolo de Ouagadougou⁸⁴.

TÍTULO II: LIBERTADES.

La noción de libertad, además de presentar el problema de las reminiscencias cristianas secularizadas que afecta a los seis grandes valores (de sendos Títulos), encuentra una especial complejidad en la determinación de su naturaleza y alcance, así como en su conexión, por el proyecto constitucional europeo, con la noción de seguridad, dando a entender una interpretación dialéctica. Así, de todos los posibles enfoques atribuibles a la regulación de la libertad, puede concebirse ésta (a) distinguiendo la noción contemporánea de la clásica -pues en la actualidad cabe optar entre ser libre y no- y (b) atendiendo a su dimensión positiva o negativa; en consecuencia y en relación inmediata con la propuesta que ofrece la Carta, cabe interpretar su contenido como aquel de naturaleza contemporánea y de alcance positivo, ya que se garantiza el ámbito de autonomía interna del sujeto para poder desarrollar su personalidad con plenitud, tanto individual como colectivamente; si bien, no se atiende su faceta negativa en la plasmación de ciertos ámbitos en los que se prohíbe cualquier injerencia de los poderes públicos.

Artículo II-6. Derecho a la libertad y a la seguridad.

⁸⁰ Cfr. PI LLORENS, M.: *La Carta de los derechos...*, *op. cit.*, en especial pág. 46.

⁸¹ Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana

⁸² Artículos 3 a 14 de la Carta Africana.

⁸³ Artículos 15 a 18 de la Carta Africana. Siendo cierto, no obstante, que el número de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos es muy reducido, y sorprendiendo la ausencia de mención a derechos tan relevantes como el derecho a la alimentación, el agua, la seguridad social o la vivienda, la posterior actuación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha ampliado sustancialmente el catálogo de los mismos. Cfr. HEYNS, C.: "La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos", en GÓMEZ ISA, F. (director) y PUREZA, J. M.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, págs. 607 y ss.

⁸⁴ Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en la 34 sesión de la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno en Burkina Faso, el 8-10 de junio de 1998. Entró en vigor el 25 de enero de 2004, tras convertirse Comoras en el decimoquinto Estado que lo ha ratificado.

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.”

CORRELACIONES: Ce: Preámbulo, art. 17. CEDH: Art. 5. DUDH: Art 3. PIDCP: Art. 9. Otras disposiciones en: Tratado de la Unión Europea⁸⁵.

COMENTARIOS: Es criticable la ausencia de enumeración de los derechos implícitos en este artículo, tal y cómo se hace en el resto de los textos mencionados (con excepción de la DUDH). Hubiera sido de desear que, de forma expresa, se recogieran los derechos relativos a las condiciones de detención preventiva, a la información del motivo de la detención y de los derechos del detenido, a la reparación en caso de detención ilegal/arbitraria, etc.; así como, por supuesto, al procedimiento de *habeas corpus*. Es evidente, para el versado en el mundo de las leyes, que todos estos derechos están incluidos en las menciones del artículo II-6, mas, recordando las palabras del Dictamen del Comité de las Regiones, la Carta debería estar redactada de forma *sencilla, directa y fácilmente comprensible, libre de la jerga burocrática y jurídica que con frecuencia desfigura los documentos constitucionales oficiales*, todo ello en aras de *dar respuesta al problema de la falta de confianza pública*⁸⁶, lo que hace que la formulación, breve hasta el exceso, de este artículo resulte incompatible con dichas necesidades -que aquí se comparte- y, por ello, censurable en este trabajo.

Véase además lo mencionado en los comentarios iniciales al Título VI.

Artículo II-7. Respeto de la vida privada y familiar.

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 18. CEDH: Art. 8. DUDH: Art. 12. PIDCP: Art. 17.

Artículo II-8. Protección de datos de carácter personal.

“1.Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2.Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3.El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

⁸⁵ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992.

⁸⁶ Cfr. COMITÉ DE LAS REGIONES: “El proceso de elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, CHARTE 4153/00 CONTRIB 40.

CORRELACIONES: Ce: Art. 18. CEDH: (Art. 8). DUDH: (Art. 12). PIDCP: (Art. 17). Otras disposiciones en: Tratado Comunidad Europea⁸⁷, Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos⁸⁸, Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁸⁹.

COMENTARIOS: La inclusión de un derecho como el presente, calificado por la doctrina como *habeas data*, conducente a garantizar el acceso a los datos personales y su rectificación, ha de señalarse como novedoso en relación con otros textos de naturaleza similar a la Carta, y valorarse positivamente en vista a la enorme importancia que la información adquiere va adquiriendo día a día. Su elevación a derecho fundamental denota, de otro lado, la modernidad –al menos su vocación– de la Carta y su adecuación a las nuevas realidades y situaciones que la misma ha de enfrentar.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-9. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia

“Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 32, (art. 39). CEDH: Art. 12 (art. 5 del Protocolo adicional n°⁹⁰). DUDH: Art. 16 (art. 25). PIDCP: Art. 23. PIDESC: (Art. 10, art. 11).

COMENTARIOS: Resulta destacable que, a la inversa que en el resto de textos citados, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia no aparezca ligado a la mención del *hombre y la mujer*. Aparentemente podría considerarse esta redacción como *neutral*, si bien, en el debate actual, más pareciera aproximarse a las tesis que sostienen que nada debería impedir a las parejas homosexuales casarse y fundar una familia (máxime si se lee junto con el artículo II-23). En este orden de ideas, es importante hacer notar la ausencia de referencias a otra figura como la *unión o pareja de hecho*, compleja

⁸⁷ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, atiéndose al texto junto con las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.

⁸⁸ DO n° L 281 de 23.11.95.

⁸⁹ Convenio N° 108 del Consejo, de 28 de Enero de 1981, de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

⁹⁰ Protocolo n°. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984.

cuestión que está generando en el seno de los Estados miembros una duplicidad normativa e institucional⁹¹.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-11 y II-12.

Artículo II-10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

“1.Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2.Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 16. CEDH: Art. 9. DUDH: Segundo considerando del Preámbulo, art. 18. PIDCP: Art. 8, art. 18.

COMENTARIOS: Este es un derecho sumamente especial, ya que expresamente asume de forma simultánea su condición de libertad –quizá por un error nominalista de partida en los trabajos de preparación de la DUDH, ya que es el documento que ha influido en el resto de textos internacionales posteriores, salvo, en este punto, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹², que aunque responde a una estructuración distinta (dos preceptos en vez de uno), igualmente comete idéntico fallo-, y a un mismo tiempo, reconoce su naturaleza tripartita, distinguiendo entre el pensamiento (entendimiento activo positivo basado en las ideas, las reflexiones y las ocurrencias), la conciencia (entendimiento activo negativo frente a toda ingerencia no deseada en el ámbito de autonomía privada del individuo) y la religión (entendimiento pasivo activo basado en las creencias civiles y religiosas, propiamente). De cualquier manera, su mayor especialidad radica en el objeto de su protección, pues, a pesar de su larga tradición, difícilmente el Derecho puede entrar a regular el fuero interno de cada cual y en cambio, así se lo propone.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ-BAYON, A.: “Universalizing the Human Right to marry“, en *Diversity and Distinction Harvard’s Common Ground* (vol. 8, nº 3, Spring 2003), pp. 3-4 y 26. “Estudio de la reciente normativa española sobre uniones de hecho”, parte II en *Boletín Jurídico* (nº 39), 1-15 mayo 2002 (URL www.derecho.com) y parte I en *Boletín Jurídico* (nº 38), 16-30 abril 2002 (URL www.derecho.com), así como en *Documentos y Doctrina*, marzo 2002 (URL www.fiscalia.org), marzo 2002.

⁹² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948

Artículo II-11. Libertad de expresión y de información.

*“1.Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2.Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.”*

CORRELACIONES: Ce: Art. 20. CEDH: Art. 10. DUDH: Segundo considerando del Preámbulo y art. 19. PIDCP: Art. 19. Otras disposiciones en: Directiva 89/552/CE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva⁹³, Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros⁹⁴, jurisprudencia del TJCE⁹⁵.

COMENTARIOS: Es importante, en relación con el apartado 2, dejar constancia que el artículo II-52.5 establece que:

“Las disposiciones de la presente Carta que contenga principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrá alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.”

Esta previsión, además de fijar el *carácter no inmediato* de estos principios⁹⁶, y dotar a los tribunales de la importante y necesaria competencia para garantizar la coherencia en la aplicación de los mismos, presenta un régimen de desarrollo, que ha de leerse en conexión con la premisa del artículo II-51.1, cuyo límite parece encontrarse el artículo II-51.2⁹⁷; límite que, debe señalarse, en muchos casos, pudiera debilitar la propia previsión y, por extensión los propios principios. De otro lado, se ha señalado, este apartado deja patente algo presente, expresamente, en los artículos II-9 y II-10, y ya detectado, en líneas generales, por la doctrina en la versión de la Carta en Niza: el continuo reenvío al Derecho de la Unión, o al de los Estados miembros, lo que, aún siendo natural en las declaraciones constitucionales de derechos, obliga a considerar un marco de reflexión matizado a la hora de declarar el carácter novedoso de muchos

⁹³ DO n° L 298 de 17.10.1989.

⁹⁴ Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, anexo al texto consolidado del Tratado de la Comunidad Europea.

⁹⁵ Véase, asunto C-288/89, sentencia de 25 de julio de 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

⁹⁶ Véase el comentario general al artículo II-5 y al Título IV.

⁹⁷ Esta cuestión se ha analizado ya en la nota 40.

“derechos” mayoritariamente así considerados⁹⁸; junto a ello, la remisión a las legislaciones nacionales y de la Unión puede plantear dudas sobre otro de los objetivos iniciales de la Carta: la seguridad jurídica, entendida, no en este planteamiento como principio general, innegable, sino en relación directa con la voluntad de la Carta y su redacción definitiva. La presente reflexión puede aplicarse, con menciones expresas o implícitas, a los artículos II-8.2 y 3, II-9, II-10.2, II-12.2, II-13, II-14.2 y 3, II-16, II-17.2, II-18, II-21.2, II-22, II-23, II. 24.2, II-25, II-26, II-27, II-28, II-30, II-34, II- 35, II-36, II-37, II-38, II-45.2, II-47, II-48.2 y II-49.

En todo caso, debe aclararse que ésta no es una crítica estricta a este artículo, que, no obstante, ha sido considerado como un intento de evitar la *justiciabilidad* de los derechos económicos y sociales⁹⁹; pues, a criterio de los autores, en última instancia no supone más que una consecuencia del propio artículo II-51.2, sobre el que, entonces, habría que enfocar estos argumentos.

Véase además lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5 y II-12.

Artículo II-12. Libertad de reunión y de asociación.

“1.Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2.Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 21, art. 22 (art. 6). CEDH: Art. 11. DUDH: Art. 20. PIDCP: Art. 21, art. 22. PIDESC: Art. 8. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. PI LLORENS, M.: *La Carta de los derechos...*, *op. cit.*, págs. 58-59.

⁹⁹ Cfr. DE BÚRCA, G.: “Fundamental Rights and Citizenship”, en WITTE, B. (editor): *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, e-book publicado en abril de 2003 (URL <http://www.iue.it/RSCAS/e-texts/200304-10RefConsTreaty.pdf>).

¹⁰⁰ *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, aprobada en la cumbre de Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989. A pesar de que este texto no goza de fuerza vinculante directa, el artículo 136 del Tratado de la Comunidad Europea lo asume como propio estableciendo que: “La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.”* Sobre la Carta Comunitaria, véase MONEREO, J. L.: “Carta Comunitaria de derechos

COMENTARIOS: El deseo explícito de la Convención a la hora de redactar la Carta de no distinguir, estructuralmente, entre derechos subjetivos y principios programáticos¹⁰¹ encuentra de nuevo una plasmación patente en este artículo. Aunque la mención del apartado 2, así como la del II-11.2, resulta muy conveniente en el deseado proceso de profundización política de la Unión, consolidación de la democracia y, en cierto modo, de la ciudadanía europea, es de reseñar que su inclusión en este artículo puede resultar confusa por su carácter, puede entenderse, declarativo o programático más que directamente exigible. Esta llamada de atención es aplicable, igualmente, con grado a veces no equiparable, a los artículos mencionados en el artículo anterior (y extensible a los artículos II-31, II-32, II-33 y II-39) y en última instancia, supone declarar cierta divergencia de criterio respecto al deseo general de la Convención mencionado *supra*, en el entendimiento de que puede socavar el destacable esfuerzo de presentar un texto en el que de forma clara se hagan visibles los derechos que la Unión se compromete a garantizar y, si se puede acudir a la justicia en su defensa¹⁰².

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, y II-11.

Artículo II-13. Libertad de las artes y de las ciencias.

“Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 20, (art. 44). CEDH: (Art. 10). DUDH: Art. 19, (art. 27). PIDESC: Art. 15.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los **artículos II-5**, II-11 y II-12.

Artículo II-14. Derecho a la educación.

“1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así

sociales fundamentales de los trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 56, noviembre/diciembre 1992.

¹⁰¹ Cfr. *Informe Final del Presidente del Grupo II...*, *op. cit.*, pág. 18; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: “La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union européenne: Quelle valoy ajoutée, quel avenir”, *Revue du Marché Commun et de l’union européenne*, nº. 443, 2000.

¹⁰² Cfr. GRUPO DE EXPERTOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: *Afirmación de los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, en especial, págs. 12-13.

como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 27. CEDH: Art. 2 del Protocolo Adicional nº.1 al CEDH¹⁰³. DUDH: Art. 26. PIDESC: Art. 13 ,(art. 14). Otras disposiciones en: Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Carta social europea¹⁰⁴.

COMENTARIOS: Caben destacarse dos cuestiones en relación con este artículo: de un lado, la novedosa inclusión de la *formación profesional permanente* en el clásico derecho a la educación; de otro, la ampliación de lo que se ha denominado como *derecho a la objeción de conciencia educativa* a las convicciones, no sólo religiosas, sino también filosóficas y pedagógicas. Ampliación, apúntese, que a falta de una delimitación más clara, no deja de plantear ciertas reservas sobre su verdadera virtualidad.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-11 y II-12.

Artículo II-15. Libertad profesional y derecho a trabajar

“1.Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.

2.Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro.

3.Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.”

CORRELACIONES: Ce: Preámbulo, art. 35, art. 38, (art. 19). DUDH: Art. 23, (art. 13). PIDESC: Art. 6. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea; Carta social europea, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, jurisprudencia TJCE¹⁰⁵.

COMENTARIOS: La inclusión en el apartado 2 de este articulado de la mención a los ciudadanos de la Unión, hace preciso realizar un comentario sobre el ámbito personal de

¹⁰³ Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en París el 20 de marzo de 1952.

¹⁰⁴ Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961.

¹⁰⁵ Véanse, asunto 4/73, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold KG / Comisión*; asunto 44/79, sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer / Land Rheinland-Pfalz*; asunto 234/85, sentencia de 8 de octubre de 1986, *Criminal proceedings against Sélér*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

aplicación de los derechos reconocidos en la Carta¹⁰⁶. La opción escogida por la Convención, conexas posiblemente con el contenido del artículo II-51.2, supone una definición casuística de la titularidad de cada uno de los derechos enunciados, con lo que será necesario acudir al texto concreto de cada artículo para establecer si sus beneficiarios son todos los seres humanos (i.e. art. II-2), los ciudadanos de la Unión Europea (i.e. art. II-39) o los residentes en la propia Unión (i.e. art. II-42). Así mismo, existe una serie de artículos en los que se atribuyen derechos a categorías específicas de personas (artículos II-14.3, II-23, II-24, II-25, II-26, II-27, II-28, II-30, II-31, II-32, II-38) previsiones en las que, hay que señalar, no se realiza la distinción mencionada arriba, con lo que ha de asumirse que su titularidad correspondería a todo ser humano incluido en las mismas.

En todo caso, hay que plantear cierta prevención acerca de la idoneidad de esta técnica en relación al deseo de dotar de mayor *presencia* a estos derechos, recordando, además, una de las razones que impulsaron la redacción de la Carta, esto es, que “...no basta con definir claramente los derechos fundamentales; para que tengan un impacto real, las personas que intentan afirmarlos en la Unión Europea tienen que saber exactamente quiénes están cubiertos...”¹⁰⁷.

No hay que olvidar, retomando el contenido del artículo II.52.2, que, en cualquiera de los tres supuestos mencionados, el ámbito subjetivo de aplicación de estos derechos se circunscribe a aquellas personas a las que pueda aplicárseles el Derecho de la Unión, o que tengan la capacidad para invocarlo, como ha puesto de relieve, en perspectiva crítica, FERNÁNDEZ TOMÁS¹⁰⁸.

Respecto al apartado 3, es necesario comentar que la aparentemente ambigua redacción de este artículo esconde, en realidad, algo que se denuncia en este trabajo: las formulaciones *que estén autorizados a trabajar*, así como *condiciones laborales equivalentes* suponen, en última instancia, la negación de un derecho al trabajo en iguales condiciones para los nacionales de terceros Estados respecto a los ciudadanos de

¹⁰⁶ En relación con el aspecto concreto, esto es, a la libertad de buscar empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro de la Unión, véase los comentarios al artículo II-45.

¹⁰⁷ Vid. GRUPO DE EXPERTOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: *Afirmación de los derechos fundamentales...*, op.cit., pág. 12.

¹⁰⁸ Cfr. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de derechos fundamentales...*, op. cit, págs. 68-78.

la Unión; suponen, en definitiva un compromiso más que leve de la Carta con aquellos inmigrantes que llegan a la Unión en busca de una vida y un trabajo mejores.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-16, II-21, II-23, II-45.

Artículo II-16. Libertad de empresa.

“Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

CORRELACIONES: Ce: Preámbulo, art. 38. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, jurisprudencia TJCE¹⁰⁹.

COMENTARIOS: La mención a la libertad de empresa, derecho sin claro asidero expreso en anteriores textos internacionales de derechos humanos, obliga a poner atención a una cuestión que puede hacerse extensiva al resto del articulado de la Carta. El texto no presenta un claro posicionamiento respecto al ámbito de aplicación personal de los derechos reconocidos, en relación con la cuestión de si estos se circunscriben a las personas físicas o se extienden también a las personas jurídicas. Los artículos II-42, II-43 y II-44 hacen mención expresa a las personas jurídicas, tal y como se reconoce en el Tratado de la Comunidad Europea, lo cual aclara el ámbito de aplicación personal de estos derechos, pero no permite prejuzgar su carácter exclusivo. Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido la existencia de derechos fundamentales en relación con las personas jurídicas¹¹⁰, pero no siendo éste un asunto resuelto con carácter general, habrá que esperar a la interpretación que se haga de la referencia genérica de la *persona* en la Carta para establecer qué derechos (además de los mencionados), y hasta qué punto, son concretamente aplicables a las personas jurídicas.

Véase además lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-11 y II-12.

Artículo II-17. Derecho a la propiedad

¹⁰⁹ Véanse, asunto 4/73, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold KG / Comisión*; asunto 230-78, sentencia de 27 de septiembre de 1979, *Eridania*; asunto 151/78, sentencia de 16 de enero de 1979, *Sukkerfabriken Nykøbing*; asunto C-240/97, sentencia de 5 de octubre de 1999, *Spain / Comisión*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

¹¹⁰ En este sentido, es obligada la referencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold KG / Comisión*.

“1.Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

2.Se protege la propiedad intelectual.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 33. CEDH: Art. 1 del Protocolo Adicional nº.1,

DUDH: Art. 17. PIDESC: Art.15. Otras disposiciones en: Jurisprudencia TJCE¹¹¹.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-11 y II-12.

Artículo II-18. Derecho de asilo.

“Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 13. DUDH: Art. 14. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo II-11.

Artículo II-19. Protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

“1.Se prohíben las expulsiones colectivas.

2.Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.”

CORRELACIONES: Ce: (Art. 13). CEDH: Art.3, Art. 4 del Protocolo adicional nº.4¹¹², (art. 1 del Protocolo Adicional nº.7). PIDCP: (Art. 13, Art. 1 del Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP). Otras disposiciones en: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹¹³ y su Protocolo de 1967¹¹⁴, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

COMENTARIOS: El principio de no devolución (“non-refoulement”) reconocido en el párrafo 2 incorpora todo el desarrollo que el mismo ha tenido desde, al menos, la

¹¹¹ Véase, entre otros, asunto 44/79, sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer / Land Rheinland-Pfalz*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

¹¹² Protocolo nº. 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963.

¹¹³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Ginebra el 28 de julio de 1961.

¹¹⁴ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

previsión del artículo 33 del Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Es de destacar la superación de la insatisfactoria redacción del artículo 3 de la Convención contra la Tortura, sustituyéndose la criticada mención a la necesidad de existencia de *razones fundadas para creer* que una persona *estaría en peligro de ser sometida a tortura*¹¹⁵, por la más restringida de “*corra un grave riesgo*”. La inclusión de la pena de muerte en este apartado responde al propio desarrollo, ampliamente aceptado, de este principio¹¹⁶.

TÍTULO III: IGUALDAD.

Los derechos que, bajo este valor, se incluyen en la Carta, van más allá de una comprensión clásica de la igualdad, pues sustancialmente mezcla la igualdad con la pluralidad, y formalmente, atiende a categorías específicas de población (i.e. mujeres, ancianos, discapacitados, etc.), que sin ser minorías -sobretudo dentro de la Unión- reciben un trato especializado rayando la *sectorialidad*. Todo ello sitúa en una posición de difícil equilibrio la noción de igualdad, pues ésta, propiamente, sólo es exigible como igualdad jurídica (ante el Derecho y las instituciones públicas), pero no así como igualdad fáctica (o materialización cotidiana constante del valor), pues ello sólo es el impulso de una utopía meramente deseable y por tanto orientadora –además de confundirse así la naturaleza de medio, y no de fin en sí mismo, que tiene la igualdad, así como el resto de valores superiores seleccionados por la Carta. En definitiva, parece una crítica dura y regresiva la que aquí se manifiesta, pero la intención es otra; claro que el aseguramiento de la pluralidad y la protección específica de grupos de población es relevante, pero el rechazo de cualquier discriminación, en

¹¹⁵ En concreto, el artículo 3 establece que: “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”

Téngase en cuenta que pese a los criterios de interpretación expuestos por el Comité contra la Tortura (véase “General comment N.º 1: Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22”, Documento de las Naciones Unidas: A/53/44, anexo IX), la expresión de cuando haya razones fundadas para creer ha llevado a algunos países a considerar que es necesario que las posibilidades de que una persona sea torturada deben ser mayores que las de que no lo sea, de tal suerte que la persona debería demostrar, con pruebas objetivas, que existe una mayor probabilidad (esto es, más del 50%) de que será sometida a tortura si es devuelta al Estado en cuestión.

¹¹⁶ Entre las muchas menciones sobre la ampliación de este principio a la pena de muerte, quizás merezca la pena escoger una, que recoge este principio firmemente asentado, realizada en el seno del Consejo de Europa, por su actualidad, por la temática en la que se enmarca y por, resulta obvio a estas alturas, la íntima relación de esta organización internacional con la Unión Europea: “2. El Estado que ha recibido una demanda de asilo tendrá la obligación de asegurarse de que la eventual devolución del demandante a su país de origen o a otro país no le expondrá a la pena de muerte, a la tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes. Ocurre lo mismo en caso de expulsión. 3. Se prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros. 4. En cualquier caso, la ejecución de la expulsión o devolución deberá hacerse en el respeto de la integridad física y de la dignidad de la persona en cuestión, evitando todo trato inhumano o degradante.” Vid. COMITÉ DE MINISTROS: “Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo”, Aprobadas por el Comité de Ministros el 11 de julio de 2002 en la 804ª reunión de los Delegados de los Ministros (URL http://www.coe.int/T/E/Human_rights/lineasdir.asp).

consideración literal, vulnera la paradójica naturaleza de la misma igualdad –al menos de la jurídica- ya que requiere de cierto grado diferenciador casuístico en su materialización; de ahí que se incida en esta idea, pues el contenido del presente Título está jugando en todo momento en un *terreno de arenas movedizas* no ajeno a fuertes tensiones y polémicas.

Artículo II-20. Igualdad ante la ley.

“Todas las personas son iguales ante la ley.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 14. DUDH: Quinto considerando del Preámbulo, art. 1, art. 7. PIDCP: art. 26 (art. 3). PIDESC: (art. 3). Otras disposiciones en: Jurisprudencia TJCE¹¹⁷.

Artículo II-21. No discriminación.

*“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones específicas.”*

CORRELACIONES: Ce: Art. 14. CEDH: Art. 14. DUDH: Art. 2, art. 7, (art. 23). PIDCP: Art.2, art. 26 (art. 3). PIDESC: Art. 2, art. 7, art. 10, (art. 3). Otras disposiciones en: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹¹⁸, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación¹¹⁹, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹²⁰, Tratado de la Comunidad Europea, Directiva 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹²¹, Directiva 2000/78/CE del Consejo

¹¹⁷ Además de reconocer este derecho, la jurisprudencia del TJCE lo ha elevado a Principio Fundamental de Derecho Comunitario. Véanse, asunto 283/83, sentencia de 13 de noviembre de 1984, *Racke / Hauptzollamt Mainz*; asunto C-15/95, sentencia de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast / Unicopa and Coopérative du Trieux*; asunto C-292/97, sentencia de 13 de abril de 2000, *Karlsson and others* (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

¹¹⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

¹¹⁹ Convenio (No. 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima segunda reunión.

¹²⁰ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

¹²¹ DO n° L 180/22 de 19.7.2000.

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹²².

COMENTARIOS: Podría llamar la atención la redacción del artículo II-21.1 que al tiempo que amplía la previsión del artículo 14 CEDH (refiriéndose a supuestos como la discriminación por patrimonio, discapacidad, o características genéticas) elimina la referencia a la nacionalidad colocándola en el apartado 2 que, justamente referido a esta cuestión, añade una cláusula de exclusión relativa a las disposiciones de la Constitución que, es conocido, contienen excepciones a este principio general. El sentido de este artificio jurídico no responde a otra cuestión que la relativa al trato de no los “no nacionales de la Unión” o, dicho de otro modo, al trato respecto de los inmigrantes. Con este desglose, debe entenderse, se intenta hacer compatible el derecho a no ser discriminado, de todo ser humano, tal y como se formula, con las situaciones de trato, desigual, respecto a los nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión (véase artículo II-45.2). A pesar de la defensa de esta necesidad desde ciertas interpretaciones, podría exigirse de la Carta, como documento actual y con vocación de fuerte y extensa protección de los derechos básicos de la persona, un mayor compromiso respecto al trato, no discriminatorio, basado en criterios de nacionalidad; criterios, no es necesario explicarlo, más importantes en la actualidad en una Unión convertida en tierra de acogida de inmigrantes de todo el globo.

Véase también los comentarios los artículos II-11, II-15 y II-23.

Artículo II-22. Diversidad cultural, religiosa y lingüística.

“La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.”

CORRELACIONES: Ce: Preámbulo, art. 3, art. 9 (art.16). CEDH: (art. 9). DUDH: (art. 26). PIDCP: (art. 20, art. 27). PIDESC: (art 13). Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, Tratado de la Unión Europea.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11, II-12 y artículo siguiente.

Artículo II-23. Igualdad entre hombres y mujeres.

¹²² DO n° L 303/16 de 2.12.2000

“La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 32, art. 35. CEDH: Art. 5 del Protocolo adicional nº.7 (art. 14 del CEDH,). DUDH: Quinto considerando del Preámbulo, art. 16. PIDCP: Art. 3, art. 23. PIESC: Art. 3, art. 7. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, Carta Social Europea, en su versión de 1996, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo¹²³, jurisprudencia del TJCE¹²⁴.

COMENTARIOS: La parquedad en la formulación del primer párrafo, que, se sostiene, hubiera sido más correcto haber recogido bajo el tríptico: (a) la igualdad de trato en el acceso al trabajo, (b) la igualdad de retribución, y (c) la igualdad de condiciones de desarrollo laboral¹²⁵; no debe desviar la atención sobre la afortunada redacción del segundo párrafo, en el sentido de no plasmar el impropio concepto de “discriminación positiva” –que no es más que una negación en sus términos- en favor del de *medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado*¹²⁶. Si bien de

¹²³ DO nº L 39 de 14.02.1976.

¹²⁴ Véase nota 117.

¹²⁵ Cfr. BARDAND, C.: “Gender Equality in the European Union: a balance sheet”, en ALSTON, P.: *The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, 1999; ELLIS, E.: *European Community Sex Equality Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

¹²⁶ A pesar de la discrepancia conceptual de los autores de este trabajo sobre la “discriminación positiva”, que pretender calificar de “positivo” una figura, la “discriminación” que, en su esencia y naturaleza, es necesariamente negativa o lesiva (ya que, por definición, supone una distinción no justificada, ni razonable, ni objetiva, ni proporcional, y que no busca ningún resultado legítimo), en el seno de la Unión esta expresión es ampliamente aceptada, caracterizándola como una especie del género de las acciones positivas y de las discriminaciones directas. Véase, en este sentido, la confusa, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-409/95, de 17 de octubre de 1995, *Eckhard Kalanke / Freie Hansestadt Bremen*, y más en concreto las posteriores Sentencias en el asunto 450/93, de 11 de noviembre de 1997, *Helmut Marschall / Land Nordrhein – Westfalen* y asunto C-158/97, de 28 de marzo de 2000, *Georg Badeck / Hessische Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Essen*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>) -por su relevancia, véase el comentario a la sentencia *Marschall* en GÓNZALEZ JIMÉNEZ, J.: “La discriminación positiva hacia la mujer respecto al acceso al empleo: la sentencia *Marschall* del T.J.C.E. de 11 de Noviembre de 1997”, *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, B-133, mayo, 1998-.

En resumen, el motivo de la no inclusión del concepto de “discriminación positiva” en este artículo parece deberse, más bien, a la clasificación que se sostiene sobre este tipo de medidas, considerando a las acciones positivas como el criterio más inclusivo a los efectos mencionados, y no al criterio defendido anteriormente.

este modo se asienta un principio muy discutido en el pasado reciente¹²⁷, esto, es de esperar, no va a obstar en el mantenimiento del escenario de problemas sobre la legalidad o pertinencia de estas acciones dentro de los Estados miembros: Así, aun considerando la trayectoria de la Unión en este campo¹²⁸, muchos Estados se han mostrado reticentes, cuando no directamente opuestos, a este tipo de acciones y/o políticas¹²⁹. Posiblemente, la formulación, más que nada aclaratoria, de este párrafo se base, justamente, en esta controversia que haría que un reconocimiento de este tipo de medidas como un derecho hubiera sido, aunque quizás positivo, imposible.

La referencia, de otro lado, exclusiva a motivos de género para justificar dichas acciones puede resultar insatisfactoria en vista a la inexistencia de una declaración similar en relación con otros grupos, o minorías, en franca situación de *infra* representación. Aunque el sentido, más directo, de esta indicación del precepto pareciera dirigirse a cuestiones como el sistema de cuotas en las instituciones, organismos y agencias de la Unión, el primer párrafo del artículo abre el campo de aplicación a otros ámbitos en los que, es de sostener, hubiera sido deseable una declaración expresa, conexa con el artículo II-22, relativa al resto de colectivos en clara desventaja representativa, tal y como figura, por el ejemplo, en las Directivas 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000¹³⁰, y 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000¹³¹; máxime teniendo presente importantes fenómenos de múltiple impacto como el de la inmigración.

¹²⁷ Lo que ha llevado a algunos autores a caracterizar a la Carta como “progresista” en este punto, véase ÚBEDA DE TORRES, A.: “La política de empleo de la UE y la igualdad entre hombres y mujeres: un desafío al futuro de Europa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, número 15, mayo-agosto, 2003, págs. 707-708.

¹²⁸ Sobre la misma, véase ÚBEDA DE TORRES, A.: “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo a la luz de la jurisprudencia del T.J.C.E.”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 97.

¹²⁹ Véase, *ibid.*, en relación a la posición España, Alemania e Italia, en especial págs. 194-198.

¹³⁰ En cuyo Considerando 17 se establece que: “*La prohibición de discriminación no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con un origen racial o étnico determinado y dichas medidas pueden permitir la existencia de organizaciones de personas de un origen racial o étnico concreto cuando su finalidad principal sea promover las necesidades específicas de esas personas.*”

¹³¹ En la cual se señala, Considerando 26, que: “*La prohibición de discriminación no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con una religión o convicciones, una discapacidad, una edad o una orientación sexual determinadas, y dichas medidas pueden permitir la existencia de organizaciones de personas de una religión o convicciones, una discapacidad, una edad o una orientación sexual determinadas organizarse cuando su finalidad principal sea promover de las necesidades específicas de esas personas.*”

En perspectiva general, la ausencia de declaraciones, principios o, incluso, derechos, referidos concretamente a la inmigración y los inmigrantes es, desde el punto de vista aquí sostenido, abiertamente criticable atendiendo a la imperiosa necesidad de reafirmar el compromiso de la Unión con la inmigración, así como su vocación de proteger los derechos de todos los que llegan a sus fronteras, sobre todo, de aquellos más desprovistos de medios para su defensa, como reza el Preámbulo del Proyecto de Constitución. En este sentido, la mención genérica del artículo II-22 es, a todas luces, insuficiente.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-11, II-12, II-15, y II-21.

Artículo II-24. Derechos del menor

“1.Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2.En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3.Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 39 (art. 48). DUDH: Art. 25. PIDCP: Art.24 (art. 23). PIDESC: Art.10. Otras disposiciones en: Convención sobre los Derechos del Niño¹³², Carta social europea, en su versión de 1996.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-25. Derechos de las personas mayores.

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 50. Otras disposiciones en: Carta social europea, en su versión de 1996, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

COMENTARIOS: La importancia de la existencia de una mención expresa a las *personas mayores* en la Carta -pues recuérdese que Europa, y más sensiblemente la Unión, es un espacio en progresivo envejecimiento- debe matizarse atendiendo a la

¹³² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York el 31 de marzo de 1989.

formulación de este artículo que, además de lo explicado, denota cierto reconocimiento implícito de que tal ámbito está aún por consolidarse entre las competencias de la Unión.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-11 y II-12.

Artículo II-26. Integración de las personas discapacitadas.

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 49. Otras disposiciones en: Carta social europea, en su versión de 1996, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Directiva 2000/78/CE del Consejo.

COMENTARIOS: La reflexión, en este punto, es similar a la mencionada en el artículo anterior, si bien, en este caso, es de agradecer la referencia explícita a los discapacitados como colectivo acreedor de un especial deber de protección y atención, y criticable la sola referencia al derecho a *beneficiarse de medidas que garanticen*, en detrimento del reconocimiento de un verdadero derecho a *su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-5, II-11 y II-12.

TÍTULO IV: SOLIDARIDAD.

Quizá sea éste el valor más secularizado, y por consiguiente desdibujado, en relación con el mandamiento cristiano católico de caridad, aunque no tanto así en su vertiente protestante, donde se combina con el ideal fraterno, y se proyecta finalmente en el humanismo ilustrado; en cualquier caso, múltiples y de marcada impronta han sido las influencias doctrinales laicas posteriores, destacando las aportaciones de los socialistas utópicos (BABEUF, BLANC, BLANQUI, FOURIER, OWEN, PROUDHON, TRISTAN, SAINT-SIMON) –pese a su reinterpretación posterior, llevada a cabo por los socialdemócratas (BERSTEIN, LUXEMBURGO)-, además de las reivindicaciones de movimientos activistas como los “diggers”, los “chartistas”, los sindicalistas, el movimiento obrero, etc. Desde una exposición sintética como la presentada, y combinándola con un ejercicio comparativista, un valor así bien recuerda la teoría de la imitación de la religión civil estadounidense: la promoción de una identidad común basada en un patriotismo político (frente a nacionalismos étnico-culturales), defensor de la democracia y sus instituciones, del individuo y sus derechos, y del impulso de un proyecto común del que todos puedan beneficiarse (adagio: “la suma de intereses individuales potencia la consolidación del bien común”). Pues bien, doctrina actual tan diversa entre sí (como ARON, LIJPHART o SARTORI) y

tan coincidente en sus planteamientos, entiende la solidaridad como el gran valor informador del sistema de producción capitalista, pues si los Gobiernos no median para su efectividad (art. 9 Ce), la democracia entonces no es sostenible - la idea no es nueva, pues ya era señalada en el siglo XIX por OFNER- de ahí la necesaria protección de dos agentes económicos fundamentales, como son los trabajadores y los consumidores.

Ahora bien, aunque el Título apunta en la dirección explicada, en cambio, si se atiende al contenido de alguno de los preceptos de los que consta, se puede observar la dialéctica académica no resuelta y tocante a la naturaleza de los derechos sociales, que enfrenta *posturas evolutivas y dogmáticas*. Las primeras, bien por planteamientos condescendientes o transaccionales, reconocen la existencia de una protección de derechos como resultado de una serie de procesos no acabados aún; mientras, las segundas apuestan por una concepción innata de los derechos, por lo que no es relevante preguntarse por su trayectoria, sino por los textos que los recogen. Tal disquisición se proyecta en la Carta en cuanto que, de un lado, se redactan los preceptos en tono condescendiente (además de programático y progresivo), al mismo tiempo que se expresa un positivismo consolidado, fruto de la interpretación extensiva de órganos y organismos internacionales (véanse las *consideraciones preliminares* de este epígrafe).

COMENTARIOS: Se hace preciso un comentario general sobre este Título que, sin olvidar lo explicado en el artículo II-5, amplíe el ámbito de reflexión. Este Título, de sorprendente nombre, incluye, de forma sistemática, derechos económicos y sociales sobre cuya redacción recayeron las mayores cautelas en el seno de la Convención. Estas cautelas, o *temores básicos*, posiblemente llevaron a que la fusión mencionada entre principios programáticos y derechos directamente justiciables en las comentarios al artículo II-12, adquiriera en este Título carta de naturaleza. Se quería evitar, de un lado, que la formulación de estos derechos pudiera terminar imponiendo un modelo de política social y económica contraria a las necesarias tendencias de flexibilización de las economías europeas en un mercado globalizado; del otro, se temía que de estos artículos se pudiera derivar obligaciones financieras para los Estados de la Unión¹³³. Estos dos temores se materializaron en dos obstáculos: uno político, según el cual, “*la Unión no puede desarrollar un estado social que cuesta caro, y que frena el crecimiento*”¹³⁴, y el otro jurídico, esto es, que “*los derechos sociales no son justiciables en el sentido tradicional del término*”¹³⁵. Si, a pesar de ellos, recordamos, como se enunció, la voluntad de no distinguir, estructuralmente, principios y derechos y, más concretamente en este punto, tenemos presente el deseo de no configurar los derechos sociales como

¹³³ Cfr. RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 192, 2001, págs. 13 y ss.

¹³⁴ Vid. GIL Y GIL, J.L. y USHAKOVA, T.: “Los derechos sociales en...”, *op. cit.*

¹³⁵ Vid. *Íbid.*

meros principios programáticos¹³⁶, es posible entender el difícil, y a veces confuso, equilibrio que el contenido de los artículos de este Título presenta.

Así, en este Título pueden encontrarse: 1) artículos con fórmula de reconocimiento supeditada a “*los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales*” (artículos II-27, II-28, II-30, II-34, y II-36)¹³⁷; 2) artículos que pueden identificarse como auténticos derechos exigibles directamente ante los tribunales (artículos II-29, II-31, II-33.2 y, parcialmente, II-32 y II-35); 3) principios programáticos (artículos II-33.1, II-37, II-38 y, parcialmente, II-35). Es necesario, entonces, reiterar que, a pesar de las dificultades enunciadas, y del esfuerzo de la Convención, la plasmación de los derechos derivados del valor Solidaridad en este Título es, directamente, opuesta a los deseos de conseguir un texto con una enunciación clara, sencilla y fácilmente interpretable de los derechos fundamentales exigibles en la Unión.

Véase también los comentarios a los artículos II-5, II-11 y II-12.

Artículo II-27. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa.

“Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.”

CORRELACIONES: Ce: (Art. 7). Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, Carta social europea, en su versión de 1996, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad¹³⁸, Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y

¹³⁶ Cfr. BRAIBANT, G.: “La Charte des droits fondamentaux”, *Droit social*, n°.1, 2001, enero, en especial pág. 72.

¹³⁷ Fórmula que, debe entenderse, no responde esencialmente a los temores expresados respecto a un aumento de los gastos sociales de los Estados miembros, sino a cautelas sobre el modelo social a establecerse en los mismos. Lo contrario llevaría a preguntarse el porqué de no de incluir cláusula similar en los artículos II-26 y II-27 que, aún bajo forma de principio programático, suponen, necesariamente, obligaciones financieras para los Estados miembros y la propia Unión.

Véase también los comentarios al artículo II-27.

¹³⁸ DO n° L 061 de 05.03.1977.

consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria¹³⁹, Directiva 98/59/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos¹⁴⁰, Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea¹⁴¹.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-28. Derecho de negociación y de acción colectiva.

“Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 37, art. 28. CEDH: Art. 11. DUDH: (art. 23). PIDCP: (Art. 23). PIDESC: Art. 8. Otras disposiciones en: Carta social europea, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-29. Derecho de acceso a los servicios de colocación.

“Toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación.”

CORRELACIONES: Ce (Art. 40). DUDH: (Art. 23, art. 25). PIDESC: (Art. 6) Otras disposiciones en: Carta social europea, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Artículo II-30. Protección en caso de despido injustificado.

“Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

CORRELACIONES: Otras disposiciones en: Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, Directiva 80/987/CEE sobre la

¹³⁹ DO n° L 254 de 30.09.1994.

¹⁴⁰ DO n° L 225 de 12.08.1998.

¹⁴¹ DO n° L 80 de 23.03.2002.

aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario¹⁴², Carta social europea, en su versión de 1996.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-31. Condiciones de trabajo justas y equitativas.

“1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 40. DUDH: Art. 24, (art. 23). PIDESC: Art. 7. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, Carta social europea, versión de 1961 y versión revisada de 1996, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Directiva 89/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo¹⁴³, Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹⁴⁴.

COMENTARIOS: Aun teniendo presentes las circunstancias y dificultades generales enunciadas al comienzo de este Título, llama la atención la redacción del apartado 2 de este artículo que, sin grandes exageraciones, podría equiparse a las demandas y logros de principios del siglo XIX. Tal y como se formula, hay que afirmar que dentro de un derecho establecido en términos tan amplios, nada parecería impedir jornadas de más de 8, 10, 12, etc., horas laborables si, se considera, permitieran periodos de *descanso diarios o semanales*. No obstante, debe interpretarse, a la luz de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y de los instrumentos internacionales en la materia, que esta redacción responde, más que nada, a los deseos y, en cierta medida, necesidades, de un mercado laboral con altos grados de flexibilización lo que, aún con sus indiscutibles efectos positivos, puede ser objeto de crítica desde enfoques de defensa de los derechos Véase también lo mencionado en los comentarios al artículo II-12.

¹⁴² DO n° L 283 de 20.10.1980.

¹⁴³ DO n° L 183 de 29.06.1989.

¹⁴⁴ DO n° L 307 de 13.12.1993.

Artículo II-32. Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo.

“Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 39. PIDCP: (Art.24). PIDESC: Art. 10. Otras disposiciones en: Carta social europea, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo¹⁴⁵, Convención sobre los Derechos del Niño.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo II-12.

Artículo II-33. Vida familiar y vida profesional.

*“1.Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.
2.Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.”*

CORRELACIONES: Ce: Art.39. DUDH: Art. 16, art. 25, PIDCP: Art 23. PIDESC: Art. 10. Otras disposiciones en: Carta Social Europea, versión de 1961 y versión revisada de 1996, Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia¹⁴⁶, Directiva 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre permiso parental concluido por la UNICE, el CEEP y la CES¹⁴⁷.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo II-23.

Artículo II-34. Seguridad social y ayuda social.

“1.La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

¹⁴⁵ DO n° L 216 de 20.08.1994.

¹⁴⁶ DO n° L 348 de 28.11.1992.

¹⁴⁷ DO n° L 145 de 19.06.1996, véase también Directiva 97/75/CE en DO n° L 10 de 16.01.1998.

2. *Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales.*

3. *Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.”*

CORRELACIONES: Ce: Art. 41, (art. 47). DUDH: Art. 22, art. 25. PIDESC: Art. 9, (art. 11). Otras disposiciones pueden consultarse en: Tratado de la Comunidad Europea; Carta social europea, versión de 1961 y versión revisada de 1996; Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores; Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad¹⁴⁸; Reglamento (CEE) n° 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad¹⁴⁹.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-35. Protección de la salud.

“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 43. DUDH: (Art. 25). PIDESC: Art. 12. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, Carta social europea.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-36. Acceso a los servicios de interés económico general.

“La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con la Constitución, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.”

CORRELACIONES: Ce: (art. 40), DUDH: (Art. 22). PIDESC: (Art. 11). Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

¹⁴⁸ DO n° L 149 de 05.07.1971.

¹⁴⁹ DO n° L 257 de 19.10.1968.

Artículo II-37. Protección del medio ambiente

“Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 45. PIDESC: Art. 12. Otras disposiciones: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: Es posible identificar este apartado como consecuencia o desarrollo directo del Preámbulo, en tanto que en él se establece que :

“ La Unión (...) trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible (...) El disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones”¹⁵⁰.

Véase también lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

Artículo II-38. Protección de los consumidores.

“Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 51. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: La historia de la Unión justifica la inclusión de este precepto cuya existencia en textos internacionales de naturaleza análoga a la Carta es prácticamente inexistente. Si bien, es de destacar su pertinencia en atención a la importancia actual de la figura, y derechos, de los consumidores, esta afirmación debe ser evaluada, tal y como se ha mencionado, en atención a la naturaleza jurídica que de la redacción de este artículo puede extraerse.

Véase además lo mencionado en los comentarios a los artículos II-11 y II-12.

TÍTULO V: CIUDADANIA.

El mantenimiento de la teoría de la influencia cristiana de los derechos encuentra un importante escollo en este punto, pues el corriente valor no es cristiano propiamente, ya que el cristianismo es una religión de vocación ecuménica (no está sujeta a raza, condición social, etc.), aunque, bien es cierto, por fenómenos como el *Cesaropapismo*, el *Hierocratismo* o el *Jurisdiccionalismo absolutista*, sí ha tenido una consideración histórica sumamente relevante (*“cuius regio, eius religio”*), influyendo en la ciudadanía hasta fechas recientes. Su inclusión responde, en última instancia, a los deseos de la propia Convención de recoger

¹⁵⁰ El subrayado es un añadido de la presente colaboración.

los derechos, de forma sistemática, propios de la ciudadanía europea -si bien, estos se presentan, curiosamente, también a lo largo de l resto de valores o Títulos. En todo caso, es de sostenerse que la connotación que la Carta aporta a la ciudadanía puede conllevar una vulneración indirecta de los otros valores superiores; esto se explica desde el momento en que al hablar de una ciudadanía, su contraparte es la del no ciudadano o extranjero; y en este punto hay que tener en cuenta, además, que los orígenes de este concepto, en el devenir de la Unión, está íntimamente ligado a importantes principios como el de la libertad de circulación o residencia.

Artículo II-39. Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo.

“1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

2. Los diputados del Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 23 (art. 13, art. 68). CEDH: (Art. 3 del Protocolo adicional nº1). DUDH: Art. 21. PIDCP: Art. 25. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo siguiente y al artículo II-12.

Artículo II-40. Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales.

“Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 13 (art. 23). CEDH: (Art. 3 del Protocolo adicional nº1). DUDH: Art. 21. PIDCP: Art. 25. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: Siendo una cuestión quizás menor, es de apuntar la posibilidad de haber fusionado este artículo con el anterior, simplificando así el contenido de la Carta que, como se ha explicado, debería ser ampliado en otros puntos.

Artículo II-41. Derecho a una buena administración.

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
 - la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 121 (art. 103). CEDH: (Art. 13). Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, jurisprudencia del TJCE¹⁵¹.

COMENTARIOS: Este derecho, que puede entenderse como otra faceta del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo II-47, recoge, por primera vez, a nivel de derecho fundamental, un principio que aún esencialmente construido jurisprudencialmente se presente en este artículo en una formulación sistemática extensiva, en la que prima una concepción de la administración basada en principios como la transparencia, la razonabilidad e, incluso, el diálogo con el *administrado*. Es de recibo reconocer la importancia de este artículo para los objetivos y finalidades que, se ha señalado, se buscaban al redactar la Carta. La previsión del artículo II-41 facilita, sustancialmente, el conocimiento y, por *ende*, invocación de los derechos del particular respecto de la administración de una Unión en exceso compleja y de difícil aprehensión.

Véase también los comentarios iniciales al Título VI.

Artículo II-42. Derecho de acceso a los documentos.

“Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, organismos y agencias de la Unión, cualquiera que sea la forma en que estén elaborados.”

CORRELACIONES: Ce: (Art. 105). Otras disposiciones: Tratado de la Comunidad Europea.

¹⁵¹ Véanse, entre otros, asunto C-255/90, sentencia de 31 de marzo 1992, *Burban / Parliament*, así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, asunto T-167/94, *Nölle / Council and Comisión*. Las manifestaciones concretas de este derecho, recogidas en los dos primeros apartados del mismo, se pueden encontrar en: asunto 222/86, sentencia de 15 de octubre de 1987, *Unectef / Heylens*; asunto 374/87, sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem / Comisión*; asunto C-269/90, sentencia de 21 de noviembre de 1991, *Technische Universität München / Hauptzollamt München-Mitte*; así como en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de diciembre de 1994, asunto T-450/93, *Lisrestal and others / Comisión*; asunto T-167/94, sentencias de 18 de septiembre de 1995, *Nölle / Council and Comisión*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

COMENTARIOS: Esta novedosa inclusión debe leerse en conexión con el artículo II-8 y, en definitiva, como consecuencia del mismo.

Véase también lo mencionado en los comentarios al artículo II-16.

Artículo II-43. El Defensor del Pueblo.

“Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones, organismos o agencias de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal de Gran Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.”

CORRELACIONES: Ce: (Art. 54). Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo II-16.

Artículo II-44. Derecho de petición.

“Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 29. DUDH: (Art. 22, art. 29). Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo II-16.

Artículo II-45. Libertad de circulación y de residencia.

“1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2. De conformidad con lo dispuesto en la Constitución, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 19, (art. 139). CEDH: Art. 2 del Protocolo adicional nº 4. DUDH: Art. 13. PIDCP: Art. 12. Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea.

COMENTARIOS: La formulación del apartado 1 de este artículo, que reconoce el derecho a circular y residir libremente a todo ciudadano de la Unión en cualquier territorio de los Estados miembros, además de superar la antigua identificación exclusiva con el “trabajador” o el “trabajo” como titular de este derecho, presenta una arista ha destacar, que ha ser tenido en cuenta en relación al contenido del artículo II-

15.2: Parecería fuera de discusión que la configuración conformada por estos dos artículos no deja espacio alguno a propuestas del tipo “período transitorio” para hacer plena la libertad de circulación de trabajadores de los nuevos miembros de la Unión, actuales o futuros, sin embargo, el mantenimiento de las cláusulas en los Tratados de Adhesión que hacen depender, de comienzo durante los dos primeros años, el acceso a los mercados de trabajo de los actuales miembros de las legislaciones y políticas nacionales de estos y de los acuerdos bilaterales que hayan concluido con los nuevos Estados¹⁵², presenta una paradoja que, a pesar de la previsión del artículo II-52.1 y 2, se avista, puede transformarse en complejo problema una vez estos Estados entren a formar parte de la Unión -y de sus “intereses generales”- y la Carta adquiera la fuerza jurídica que, dentro del Proyecto de Constitución, está llamada a poseer; máxime considerando un escenario de (mal)uso político de la misma ante las, seguras, reclamaciones de los ciudadanos de estos nuevos Estados.

Véase también lo mencionado en los comentarios al artículo II-11.

Artículo II-46. Protección diplomática y consular.

“Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.”

CORRELACIONES: Ce: (Art. 42). Otras disposiciones en: Tratado de la Comunidad Europea, Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁵³, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁵⁴.

TÍTULO VI: JUSTICIA.

Es posible identificar este valor como uno de los más conflictivos, pues da lugar a dos disputas no resueltas como son: a) desde un punto sustancial, destaca la falta de incidencia significativa de la secularización en la justicia, que mantiene su *última ratio* en la conexión político-jurídica y la religioso-cultural; b) desde un punto de visto formal, puede plantearse la duda acerca de la influencia que ha de tener la justicia como valor informador de la Carta, ya que el juez, en la aplicación del documento, se puede hallar en la disyuntiva de mantener la primacía de la ley (criterio típicamente europeo-continental), frente al activismo judicial (del derecho común anglo-americano).

¹⁵² Cfr. URL http://europa.eu.int/comm/enlargement/enlargement_es.htm; http://europa.eu.int/comm/employment_social/free_movement/es2-pr-pdf.pdf.

¹⁵³ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, adoptada en Viena el 18 de abril de 1961.

¹⁵⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, adoptada en Viena el 24 de abril de 1963.

COMENTARIOS: Llama la atención la brevedad, cuantitativa y cualitativa, de este Título, hasta el punto de que en él no se contienen derechos recogidos, por ejemplo, en el CEDH y sus Protocolos, así como en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Así, es patente la falta de referencias al derecho a una doble instancia en causas penales, tal y como se establece en el artículo 2 del Protocolo nº. 7º al CEDH¹⁵⁵, al derecho, conexo con lo previsto en el artículo II-41.3, a una indemnización por error judicial, tal y como se fija en el artículo 3 del Protocolo nº 7º al CEDH¹⁵⁶ o en el art. 121 Ce, así como al derecho a no ser encarcelado por el incumplimiento de obligaciones contractuales, asentado en el art. 1 del Protocolo nº 4 al CEDH¹⁵⁷ o el art. 25 Ce. Si bien, anteriormente, el TJCE ha utilizado, en estas cuestiones, la técnica de la remisión a los Derechos nacionales de los Estados miembros¹⁵⁸, por la naturaleza de la Carta, una vez incluida en el Proyecto de Constitución, así como por lo ya explicado en el epígrafe 2.1, esta posible *vía de escape* no resulta ya satisfactoria. De ahí que, entonces, se defienda la necesidad de incluir, en este Título, menciones a estos derechos totalmente asumidos por las tres fuentes según las que, recuérdese el contenido del Preámbulo, la Carta *reafirma* los derechos que recoge.

Artículo II-47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

¹⁵⁵ “1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultados de un recurso contra su absolución.”

¹⁵⁶ “Cuando una sentencia penal condenatoria firme resulte posteriormente anulada o se conceda una medida de gracia porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial, la persona que haya sufrido la pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a la ley o al uso vigente en el Estado respectivo, excepto cuando se pruebe que la no revelación en tiempo oportuno del hecho desconocido fuere imputable total o parcialmente a dicha persona.”

¹⁵⁷ “Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual.”

¹⁵⁸ Véanse, por ejemplo, asunto 46/87, sentencia del 21 de septiembre de 1989, *Hoechst / Comisión*; asunto 85/87, sentencia del 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux / Comisión*; asunto 97/87, sentencia del 17 de octubre de 1989, *Dow Chemical Ibérica and others / Commission*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

CORRELACIONES: Ce: Art. 24, art. 119. CEDH: Art. 6, 13. DUDH: Art. 8, art. 10. PIDCP: art. 14. Otras disposiciones en: Jurisprudencia del TJCE¹⁵⁹.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo II-11.

Artículo II-48. Presunción de inocencia y derechos de la defensa.

“1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 24. CEDH: Art. 6. DUDH: Art. 11. PIDCP: Art. 14.

COMENTARIOS: Al igual que en los artículos II-39 y II-40, es de sostener la pertinencia de una integración del contenido de este artículo con las previsiones del anterior.

Véase además lo mencionado en los comentarios al artículo II-11.

Artículo II-49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas.

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 25, CEDH: Art. 7. DUDH: Art. 11. PIDCP: Art. 15.

COMENTARIOS: Véase lo mencionado en los comentarios al artículo II-11.

Artículo II-50. Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.

¹⁵⁹ Respecto al derecho a un recurso efectivo ante un juez, véanse, asunto 222/84, sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*; asunto 222/86, sentencia de 15 de octubre de 1987, *Unectef / Heylens*; asunto C-97/9, sentencia de 3 de diciembre de 1992, *Oleificio Borelli / Comisión*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

“Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.”

CORRELACIONES: Ce: Art. 25. CEDH: Art. 4 del Protocolo adicional nº.7. PIDCP: Art. 14. Otras disposiciones en: Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen¹⁶⁰, jurisprudencia del TJCE¹⁶¹.

3.- Conclusiones.

I.- Debido a la complejidad que ha alcanzado el proceso integrador europeo actual, en el que se enmarca la propia Carta, la mejor propuesta cognitiva es la que ofrece el Realismo analítico jurídico, ya que a) permite una visión interdisciplinar (principalmente politológica, jurídica y social), b) aporta una diversidad de técnicas de investigación científico-sociales (siendo el más adecuado para abordar la realidad de la Carta el enfoque exegético), c) hace posible el aprovechamiento de experiencias previas similares.

II.- Tras diversas vacilaciones sobre las competencias de la Unión en el campo de los derechos básicos del ser humanos, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea supone un hito histórico en el proceso de integración europea. Su incidencia en la voluntad de poner fin al *déficit de libertad* y el *déficit democrático* de la Unión es innegable; su vocación de compromiso jurídico con la protección de los derechos fundamentales en los que afirma asentarse la Unión, plausible; su repercusión en los futuros Estados que deseen adherirse a la Unión, seguro; y, en definitiva, tanto su proceso de elaboración, como su incardinación en el Proyecto de Constitución Europea, suponen un claro reflejo del cambio en las sensibilidades políticas europeas.

III.- Resulta llamativo que la Carta apueste por un regeneracionismo transformador del paradigma de reconocimiento y protección de los derechos humanos, pues el énfasis no se pone ya en la enunciación de derechos y libertades, sino en los supuestos valores superiores que los informan. Una propuesta así despierta la elucubración de teorías como la influencia cristiana en los derechos o la imitación de la religión civil

¹⁶⁰ Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

¹⁶¹ Véase, entre otros, asunto 18/65, sentencia de 5 de mayo de 1966, *Gutmann / Commission EAEC*. (URL <http://www.curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>).

estadounidense, lo cual y según como se interprete y ofrezca a la *ciudadanía europea* puede ser beneficioso o completamente perjudicial: cierto es que la mejor vía de transmisión de conocimientos son las creencias, y mucho más fácil aún es su tarea de difusión, si se imitan las estructuras dogmáticas, como las que las religiones positivas terciarias ofrecen (i.e. cristianismo); pero esto es igualmente un arma de doble filo, pues tal posibilidad únicamente es operativa para la fase de divulgación, que no para la de investigación y formulación, ya que en un momento así es fundamental un científicismo garante de un mínimo de racionalidad aséptica y sistémica; luego, si la Carta ofrece puentes a interpretaciones conducentes a una revitalización religiosa, ello no ha de confundir a sus investigadores científico-sociales.

IV.- En cuanto al articulado de la Carta, éste responde en líneas generales -salvo alguna escasa aunque notable excepción- a un destacable esfuerzo de adaptación de las normas jurídicas sobre derechos humanos a la realidad actual, de desarrollo progresivo de las mismas, así como de sistematización del difuso, complejo, contraproducente y hasta farragoso reconocimiento de los derechos fundamentales por parte del Derecho de la Unión.

V.- La voluntad de configurar la Carta como un documento que hiciera más visibles los derechos fundamentales protegidos en la Unión, se logra sólo parcialmente siendo 1) la no distinción, estructural, entre principios programáticos y derechos directamente exigibles; 2) la no clasificación de derechos en base a los titulares de los mismos; 3) la inclusión de derechos con claro carácter social en Títulos dedicados a derechos civiles y/o políticos, elecciones que acaban por palidecer esa visibilidad necesaria.

VI.- La abundante remisión a la legislación de los Estados miembros, así como a las normas del Derecho de la Unión, 1) oscurece el alcance de los derechos recogidos; 2) obliga a matizar la naturaleza novedosa de muchos de los derechos reconocidos; 3) plantea problemas respecto a la seguridad jurídica interpretada según la voluntad de la Carta, puesto que son muchos los supuestos en que no se sabe a ciencia cierta (debido al momento preciso del proyecto y su desarrollo normativo), si se está ante una *cláusula abierta* (pudiendo resultar abusivo el uso de la analogía y la sensación de incertidumbre), *de remisión interna* (dando lugar a diferencias de trato según cada Estado) o *en blanco* (resultando un cheque de confianza excesivo sin todas las garantías deseables).

VII.- La formulación de ciertos derechos, como los relativos a los discapacitados, la no discriminación, la igualdad entre hombre y mujeres o las condiciones de trabajo justas y equitativas, son vagas, problemáticas e, incluso, contraproducentes. En conexión con la audacia vanguardista en el reconocimiento de otros derechos, ha de llamarse la atención sobre estos puntos oscuros, solicitando una concepción más precisa y garantista de los mismos.

VIII.- La distinción, práctica, entre principios y derechos no está suficientemente aclarada tal y como se formula, sobre todo en el ámbito de los derechos económicos y sociales. Las explicaciones que señalan en el artículo II-51.1 en relación con el supuesto de que los derechos deben *respetarse* y los principios *observarse*, no contribuyen a esclarecer esta cuestión; y las previsiones de los artículos II-51.1, II-51.2 y II.52.5 conforman un escenario complejo de armonizar.

IX.- La Carta presenta un complicado equilibrio en lo tocante a los derechos sociales, que a veces bordea lo confuso, e incluso, lo paradójico. A pesar de las dificultades existentes en este campo, una delimitación más clara, en un tema tan sensible y fundamental, podría haber supuesto un paso definitivo para acabar con el tantas veces denunciado *déficit social* de la Unión.

X.- El articulado del Título relativo a la *Justicia* es demasiado breve y sería necesario recoger algunos derechos reconocidos en los Protocolos al CEDH. En esta línea, el artículo II-6, derecho a la libertad y la seguridad, roza la criptografía para el lego en Derecho, por lo que es preciso demandar un reconocimiento expreso y detallado de todos los derechos implícitos en el mismo, máxime en un tema tan importante como es el de los derechos del detenido.

XI.- Es de lamentar la ausencia de un mayor compromiso en el articulado de la Carta hacia las minorías o colectivos en clara situación de desventaja y, muy especialmente, respecto a los nacionales de terceros Estados que llegan a la Unión ya para residir o para trabajar. En momentos tan complejos como los actuales, hubiera sido de desear, por no decir de exigir, una posición más garantista respecto a los inmigrantes que vienen en busca de una vida *digna* a la Unión –valga la alusión al valor marco de la Carta-, así

como una declaración expresa de la Unión como tierra de acogida –en la línea de la conclusión III.

En este sentido, las referencias del Preámbulo del Proyecto de Constitución son tan insatisfactorias como desafortunada la auto-configuración de Europa como *un continente portador de civilización*, que recuerda a planteamientos eurocentristas anacrónicos.

XII.- A través de las previsiones del Título VI la Carta integra definitivamente a la Unión en los sistemas, universal y regional, de protección de los derechos humanos. Siendo éste un hecho muy positivo, no deja de plantear problemas sobre 1) la posible ampliación de la eficacia de los Protocolos al CEDH a Estados miembros no parte de los mismos; 2) la exigencia de considerar sólo los convenios internacionales en los que sean parte *todos* los Estados miembros en cuanto al nivel de protección de los derechos recogidos en la Carta; 3) futuras divergencias entre una interpretación *extensiva* que se extraiga de las instituciones, órganos y organismos internacionales con competencia a tal fin; 4) muy sensiblemente, el abandono, a partir de la década de los 90s, de aquella lógica de la “*mutal assured destruction*” entre el TEDH y el TJCE puede plantear tensiones interpretativas sobre las que habrá que estar especialmente atento.