

DERECHOS HUMANOS Y CIUDADANÍA
EN EL TRATADO DE REFORMA:
LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (*)

ANTONIO PASTOR PALOMAR (**)

(*) Ponencia presentada en el *Seminario sobre «El Tratado de Reforma: Una Constitución sin símbolos»*, 18 y 19 de octubre de 2007. Facultad Ciencias Políticas y Sociología UCM

(**) Profesor titular de Derecho internacional público y relaciones internacionales. Universidad Rey Juan Carlos.

1. LA CARTA DE NIZA EN EL DEFICIENTE SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA.

La protección de los derechos humanos en la UE (Unión Europea) por vía jurisprudencial ha sido calificada por las instituciones comunitarias (1) como *PRETORIANA*, casuística. Resulta obvio que un modelo semejante conlleva problemas de seguridad jurídica, pese a que se haya acumulado un importante ACERVO JURISPRUDENCIAL, que ha ido supliendo el problema de la falta de positivación de los Derechos Fundamentales.

Hoy por hoy, los derechos y libertades fundamentales no son normas positivas sino que el Tribunal de Justicia los reconoce y protege en el caso concreto.

El debate histórico sobre la *mejora del sistema se ha basado en dos propuestas*: la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH de 1950 y la elaboración de un texto normativo propio de la UE: la CDF, adoptada en Niza en diciembre de 2000.

Efectivamente, este primer punto de mi discurso tiene por título: **La Carta de Niza en el deficiente sistema de protección de DDF de la Unión.**

(1) Comunicación de la Comisión sobre la Carta de Derechos Fundamentales: COM/2000/0559 final.

La *Carta de Niza es actualmente un instrumento internacional con gran significado político y con innegable relevancia jurídica*, pues no sólo codifica los DDHH sino que también expresa valores comunes de las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros o de los tratados internacionales relevantes. Así lo han entendido la Comisión, el Consejo, el PE o los Abogados Generales del Tribunal de Justicia.

En la propuesta de Marco Plurianual 2007-2012 de la recientemente creada (1 de marzo de 2007) FRA (*Agencia de los Derechos FF de la UE*) (2) donde se fijan los ámbitos temáticos de la actividad de ésta, se menciona que «la Agenciadebe referirse a los derechos fundamentales en el sentido del artículo 6,2 del TUE, incluidos el CEDH y la Carta Social Europea». Y se añade que estos «derechos fundamentales se reflejan, en particular, en la Carta de Niza, teniendo presente *su estatuto jurídico* y las explicaciones que la acompañan». A mi juicio, estas previsiones reflejan una anticipación consonante con el tenor del Tratado de Reforma.

Sin embargo, es bien sabido que *queda pendiente* que los Tratados comunitarios, como el Tratado de Reforma, *atribuyan los efectos jurídico-formales* que son esenciales a la Carta de Niza.

En este sentido, el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado por todos los Estados miembros el 29 de octubre de 2004, suponía *un paso adelante* al incorporar en su texto la Carta de Niza. De paso, diré que el Tratado de 2004 me parecía positivo para el proceso de integración en muchos otros aspectos, por lo que no me extraña que sea la base principal del Tratado de Reforma.

Por cierto, entiendo que el valor jurídico internacional de la firma de octubre de 2004 se extendió para algunos Estados como España, por lo menos, hasta el Consejo Europeo de junio de 2007 en que se convocó la CIG 2007, para dar salida al período de reflexión con la nueva reforma del Tratado de la Unión. Recordemos, a mayor abundamiento, que son dieciocho los Estados que ratificaron este Tratado de 2004.

(2) COM 2007/0189 de 12 de septiembre de 2007

Las dos últimas ideas me conducen a la siguiente conclusión: el hecho de que el proceso de integración europea sea un estupendo campo de experimentación para el Derecho internacional de tratados no debe implicar, además, la «distensión de sus ligamentos», si se me permite la imagen.

Pues bien, fijémonos en el *Tratado de 2004, que remodela el sistema de protección de DDDFF* de la UE con varias realizaciones, junto a la incorporación de la Carta de Niza –en la versión de la CIG 2004– al Derecho originario; a saber:

- Mediante el *fortalecimiento de los valores* de la UE (como el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, y el respeto de los DDHH) que inspiran y se proyectan sobre el conjunto de las políticas y ámbitos de acción de la UE. Más concretamente, la PESC (que incluye la defensa) se sujeta a estos valores por exigencia constitucional.

Así, el Tratado de 2004 mantiene los procedimientos de prevención y sanción cuando exista riesgo claro de violación grave de los principios de la Unión. Recordemos que, con este espíritu, la Comisión Europea amonestó y advirtió, en 2005, al recientemente elegido Presidente de Polonia sobre la posibilidad de aplicar el Tratado de Niza en lo relativo a la suspensión de los derechos de voto del representante polaco en el Consejo (art. 7 del TUE), si realmente se reinstauraba la pena de muerte, eliminada de la legislación nacional en 1997.

Esta proclamación de una ACCIÓN adornada de VALORES puede parecerse retórica y dejarnos insatisfechos, pero no es insignificante en el mundo de las relaciones internacionales. Precisamente, al Presidente polaco se le invocaron los valores de la UE para rechazar su iniciativa.

- Mediante la cláusula habilitante de la *adhesión al CEDH* (Proyecto de Tratado Constitucional art. I-7.2), tras el reconocimiento de la personalidad jurídica a la UE y sin que ello suponga la modificación de las competencias de la Unión.

Lógicamente, esta adhesión requeriría los consentimientos necesarios dentro del sistema del CEDH.

- La *protección se extiende a la actividad* de las instituciones, organismos y agencias de la UE, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.
- *Se mantienen las vías de recurso de los particulares* ante el Tribunal de Justicia, lo que en definitiva implica dos límites: el no abandono del sistema pretoriano y una protección de los DDFD confinada por el principio de atribución de competencias. Sin embargo, la Carta de Niza facilitaría la labor del Tribunal de Justicia y no excluiría la posibilidad del reconocimiento de otros derechos por vía jurisprudencial.

En suma, el principal problema de la Carta de Niza es que *no incluye un mecanismo judicial de control* de la protección de los derechos que proclama, que supondría a la vez modificar el sistema jurisdiccional de la UE. Esta carencia estructural pretende paliarse, en parte, con la adhesión al CEDH.

No olvidemos, por lo demás, otros *parámetros del sistema de protección general*, hoy vigente:

- El juez nacional es quien debe llevar a cabo de manera natural la aplicación del Derecho Comunitario, si bien la apreciación de una eventual violación de DDFD, en el ámbito comunitario, corresponde exclusivamente al sistema comunitario.
- El Tribunal de Justicia no podrá enjuiciar una normativa nacional, ajena al ordenamiento comunitario, y relativa a DDFD (3).
- Debe existir un vínculo suficiente entre la normativa nacional y la comunitaria para que se produzca la relación prejudicial entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia (4).

Las piruetas técnicas no se abandonan en la CIG 2007, pues en una suerte de juego chinesco o de sombras invisibles, en el *mandato* de esta conferencia se especifica que el *artículo relativo a los DDFD* «contendrá una referencia cruzada a la Carta de Niza, que le conferirá un

(3) Sentencia ERT, de 18 de junio de 1991, C-260/89.

(4) Sentencia Kremzov, de 29 de junio de 1997, C-299/95.

carácter jurídico y establecerá su ámbito de aplicación». O sea, *no se incluirá la Carta de Niza en los Tratados, aunque se publicará en el DOUE* (Diario Oficial de la Unión Europea). Desde mi perspectiva, este juego no se corresponde con el simbolismo y el carácter inherente a una eficaz protección de los DDF.

Veamos, a continuación y con algún detalle, cómo ha quedado el régimen jurídico de la Carta de Niza en el Tratado de Reforma.

2. LA CARTA DE NIZA EN EL TRATADO DE REFORMA

El 5 de octubre pasado la Presidencia de la CIG presentó a ésta el Proyecto del Tratado de Reforma, con vistas a su adopción definitiva por los Jefes de Estado o de Gobierno, el 18 de octubre.

Este Proyecto sigue fielmente el preciso mandato previsto en el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio. En efecto, el mandato y el Proyecto de Tratado presentan el **artículo 6** con el mismo tenor; a saber:

1. *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de 2000, tal como fue adaptada en 2007, en la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

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

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

2. *La Unión se adherirá al CEDH. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*
3. *Los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.*

De la anterior disposición destaco la atribución de un *valor convencional internacional a la Carta de Niza*, lo que es positivo, por las razones antes mencionadas. Sin embargo, en perjuicio de los particulares, *las instituciones de la Unión seguirán sin disponer de una competencia específica* que sirva para garantizar la efectividad de los derechos y libertades. En la misma línea, *la adhesión al CEDH no podrá suponer una modificación indirecta de las competencias de la Unión*. Por último, se mantienen la complejidad e inseguridad derivadas de la conceptualización de los derechos fundamentales, del CEDH y los reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, como *principios generales*.

Las previsiones anteriores no están exentas de dificultades de aplicación. Por ello, en el Proyecto de Tratado presentado por la CIG en octubre también se incluyen una serie de *Protocolos* especialmente relevantes para este tema:

Protocolo nº 5 relativo a la *adhesión de la UE al CEDH*, que regula el ‘acuerdo’ de adhesión de la UE al sistema del CEDH, con el fin de contemplar las especificidades de la Unión como Organización internacional de integración, que ha llegado a crear una Comunidad de Derecho.

Concretamente, se alude a que el «acuerdo de adhesión» estipulará la *presentación correcta de recursos individuales* frente a los Estados miembros o frente a la Unión, según corresponda. A este respecto, conviene recordar los problemas que ya está habiendo en el sistema del CEDH en relación con el objeto de ciertas demandas de particulares que atribuyen a los Estados miembros la responsabilidad de la violación de DD.FF. por actos de las instituciones comunitarias: por ejemplo, el asunto *Senator Lines*.

Tras la adhesión de la UE al sistema del CEDH las dificultades de *delimitación del ámbito comunitario respecto del nacional* no pueden descartarse.

En el Protocolo 5 se intenta, igualmente, garantizar que la adhesión al CEDH *no afecte a la situación particular de los Estados miembros*

respecto del CEDH o de sus Protocolos: por ejemplo, la falta de consentimiento a algún Protocolo normativo, o la fórmula

Protocolo nº 7, titulado expresivamente: sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales a Polonia y al Reino Unido. Más tarde abordaremos este punto, que merece un tratamiento separado.

Además de Protocolos el Acta Final contiene Declaraciones. En la **Declaración con el numeral 29** se reitera que la Carta de Niza tendrá «carácter jurídicamente vinculante» y que con ella se confirman los DDFD del CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Igualmente, se establecen las reservas sobre el sistema de competencias de atribución.

La Declaración 29 parece recalcar que la Carta no crea nuevos derechos ni principios sino que hace más visibles los ya reconocidos en la Unión.

Otra **Declaración** pertinente es la número **51**, que como se refiere específicamente a la situación de Polonia en relación con la Carta de Niza, vamos a estudiarla en el siguiente apartado.

3. LA EXCEPCIÓN POLACA Y BRITÁNICA A LA CARTA DE NIZA

Bajo el Derecho internacional de tratados, el Protocolo 7 sobre la aplicación de la Carta de DDFD a Polonia y Reino Unido, o la Declaración 51 de Polonia relativa a la misma Carta son *instrumentos para fomentar la participación y de paso flexibilizar o modular el contenido de un tratado multilateral*.

Ahora bien, el Protocolo 7 es un acuerdo de todos los Estados miembros, anejo al TUE y al Tratado de Funcionamiento de la UE, que contempla un régimen particular para Polonia y Reino Unido. La Declaración 51 es un acto unilateral de Polonia.

Ambos instrumentos parecen contribuir a la *asimetría y fragmentación de las obligaciones*, aunque también sirven para disolver las

reticencias de los Estados que se han mostrado más recelosos en la negociación del Tratado de Reforma.

Estas modificaciones al contenido de un tratado multilateral no deben afectar a los derechos u obligaciones de las demás partes ni a la coherencia e integridad del tratado. Además, estamos ante la regla *Inclusio Unius, Exclusio Alterius*.

En el **Protocolo 7** el **preámbulo** nos ofrece los siguientes comentarios críticos:

Se considera que el artículo 6 del Tratado de Reforma requiere que la Carta sea «aplicada e interpretada por los tribunales de Polonia y del Reino Unido de estricta conformidad con las explicaciones a que se refiere dicho artículo».

- Se recuerdan las obligaciones de Polonia y del Reino Unido en virtud del Tratado de Reforma y el Derecho de la Unión en general.
- Se desea precisar la aplicación de la Carta en relación con la legislación y la acción administrativa de Polonia y del Reino Unido, y con la posibilidad de acogerse a ella ante los tribunales de estos dos países.
- Se reafirma que el presente Protocolo no afecta a los demás Estados miembros ni a las demás obligaciones comunitarias asumidas por Polonia y el Reino Unido.

En consecuencia, en el **artículo 1** se estipula que «la Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la UE ni de ningún tribunal de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o RU no son compatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma. Y por ello «la Carta no crea derechos defendibles en justicia aplicables a Polonia o al Reino Unido», salvo si esos derechos se han contemplado en su legislación nacional.

Y en el **artículo 2** se añade que «en la medida en que una disposición de la Carta se refiera a prácticas y legislaciones nacionales, sólo se

aplicará en Polonia y RU en la medida en que los derechos o principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o RU».

En esta línea, la **Declaración de Polonia**, con el numeral 51, precisa que «la Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, el Derecho de familia, la protección de la dignidad humana y el respeto de la integridad humana física y moral».

4. REFLEXIONES FINALES

La lectura de estas disposiciones me sugieren los siguientes comentarios, que en su mayoría responden a que atisbo *dificultades prácticas en la aplicación del Protocolo 7*. Tan sólo señalaré alguna de estas dificultades a través de la comparación con el Derecho vigente. Esto me servirá a modo de conclusiones o **reflexiones finales**:

- Con el vigente Tratado de Niza de 2001 el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar una normativa nacional, ajena al ordenamiento comunitario, y relativa a DDFE, pues ha de existir un vínculo suficiente entre lo nacional y lo comunitario que permita la vía prejudicial.
- El Protocolo 7 impide que el Tribunal de Justicia o cualquier tribunal polaco o británico, enjuicien la acción legislativa y administrativa nacionales de esos Estados miembros, en materia de DDFE, sobre la base de la compatibilidad de la Carta; es decir, no es posible aun existiendo el vínculo.
- Más claramente, la Carta no crea derechos defendibles en justicia aplicables a Polonia y Reino Unido, en la parte de la Carta titulada como solidaridad. Esto es así porque la legislación británica, por ejemplo, no reconoce el derecho a la huelga en el sentido del artículo 28 de la Carta.
- Tales derechos sólo serán defendibles como Derecho interno y no como Derecho de la Unión.
- Si existe coincidencia material entre el Derecho de la Unión y el de Polonia o Reino Unido, y ya que el Preámbulo del

Protocolo 7 afirma que su contenido no afectará a las demás obligaciones que el Derecho de la Unión dirige a Polonia y Reino Unido, puede no ser fácil la exclusión aplicativa de la Carta en virtud de la primacía y la aceptación del acervo comunitario por todos los Estados miembros.

- Se dificultarán todavía más las relaciones entre DDFE y derechos de ciudadanía, que no saldrán por ello reforzados para un ciudadano comunitario que resida y trabaje en Polonia y Reino Unido.
- La excepcionalidad en este estatuto jurídico crea en la Unión dos tipos de ciudadanos, los que residan en Polonia y Reino Unido y los demás. No es tanto un problema de nacionalidad británica y polaca como de disfrute de derechos humanos según los territorios de la Unión.