



CIUDADANÍA Y VALORES
FUNDACIÓN

**LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA
UNIÓN EUROPEA: LA CARTA Y EL TRATADO DE
LISBOA**

D. Carlos Moreiro. Catedrático Jean Monet de Derecho
Comunitario. Universidad Rey Juan Carlos

Madrid, 25 de enero de 2008

La carta es el producto o la resolución, mejor dicho, a una paradoja que no se podía sostener desde el inicio del proceso de integración europea. Es inconcebible que un conjunto de estados de derecho, de estados democráticos de derecho que se proponen, como ocurrió en el 52 y luego en el 57, constituir a través del derecho internacional, luego supranacional, un proceso de integración económica, política y jurídica entre ellos, no hubieran concebido, desde un inicio, que en algún momento que las normas que se iban a dar desde la estructura supranacional tendrían que impactar, en mayor o menor medida, en los derechos fundamentales de los particulares en general, de los ciudadanos de sus estados miembros en particular. ¿Por qué?, porque la integración europea se ha construido a través de instrumentos jurídicos. Y esto se convirtió en una realidad bastante molesta a partir fundamentalmente de mediados de los años 60 pero sobre todo en los años 70, cuando comienza la famosa rebelión de los tribunales constitucionales de algunos de los Estados Miembros. Me referiré especialmente el caso alemán, en el que en una de sus sentencias más señeras “Solange 1” dicho tribunal puso en el punto de mira nada menos que el principio fundamental a partir del cual se articulaba la integración del derecho comunitario en los estados miembros de la Unión que es “la primacía”. En esa sentencia el Tribunal Constitucional Alemán, a la respuesta de un juez que le había dirigido una cuestión de constitucionalidad, le vino a decir que cada vez que un juez alemán, independientemente de la jurisdicción, tuviera que pronunciarse sobre la aplicación de una norma comunitaria y tuviera dudas sobre la validez de esa norma en la medida que colisionaba con uno o varios de los derechos fundamentales protegidos en la tradición constitucional alemana, el deber del juez, si tenía una idea clara de que la norma comunitaria podía estar “viciada” de validez, la norma comunitaria era inaplicable y había que dar prioridad de aplicación a la norma nacional. En el caso de duda habría que elevar una cuestión de constitucionalidad al tribunal constitucional alemán.

Este pulso que echó el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no sólo se cargaba el principio de primacía sino la utilidad de una de las vías más extraordinarias que están en los tratados que es la cuestión “prejudicial” que es un mecanismo de cooperación y no de sumisión de los jueces nacionales con el tribunal de justicia de las Comunidades Europeas y verdaderamente, y no solo por el contenido de la famosa sentencia “Solange 1”, sino por quien la pronunciaba, el tribunal constitucional alemán, los ecos de esa jurisprudencia, desbordaron con mucho las fronteras alemanas y terminaron impactando en el propio proceso de integración europea.

Tal es así, que la primera modificación de calado que sufrieron los tratados en el año 1986 con el “Acta única europea” aparece como de la nada en el preámbulo del Acta Única Europea un compromiso de la Unión con el respeto a los derechos

fundamentales tal y como se consagran en el convenio europeo de derechos humanos y en las tradiciones constitucionales de los estados miembros.

Como decía Santiago Carrillo de la derecha española en la transición, “la derecha es insaciable”, al igual que los alemanes y algunos otros estados de la Unión que le pedían más a las instituciones y a los estados miembros de la Unión y aquella mención en el preámbulo no sirvió, seguían los conflictos. Existía el peligro de atacar a la seguridad jurídica en la medida en que estaba cuestionado el principio de primacía. Por cierto, que en ningún caso, Alemania fue llevada por la Comisión Europea ante el propio Tribunal de Justicia para ver qué era eso de la rebelión de los tribunales constitucionales, porque todos los poderes del estado, y no sólo el ejecutivo, están obligados a cumplir con los preceptos vinculantes de derecho comunitario europeo.

Como evidentemente la comisión no se atrevía, el caso es que el problema estaba encima de la mesa y se aprovechó la negociación y la aprobación del tratado de Masstrich para dar un salto cualitativo y trasladar esa proclamación que evidentemente siempre estaba en el preámbulo, la parte programática, cito artículo, actual artículo sexto, del Tratado de la Unión Europea.

A pesar de eso, no tenían bastante los defensores de la teoría que en todo caso los actos que adoptara la Unión Europea deberían ser adecuados a los derechos fundamentales tal y como se reconocían y se reconocen en las constituciones tradicionales de los Estados Miembros y se produjo la segunda gran sentencia al Tribunal Constitucional alemán, 10 ó 12 años después de la primera, la Sentencia Solange 2. Solange no era ningún señor ni ninguna señora, tampoco ninguna empresa, Solange para los que habléis alemán se dice “en la medida en tanto en cuanto esto está así...” por eso se ha quedado con el apelativo Solange.

Y entonces el Tribunal Constitucional Alemán matiza, dice, bueno es verdad ya tenemos una proclamación de que la Unión se adhiere al Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y que va a respetar las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros, ese compromiso, es un compromiso que lo estamos palpando en la vida institucional de una forma concreta. EL propio Tribunal de Justicia llevaba ya cerca también de 10 ó 12 años consagrando en forma de principios generales del orden jurídico comunitario, los derechos fundamentales, como instrumentos vinculantes y que además el legislador tenía que tomar en cuenta para adecuar la adopción de las normas a esos actos, Pero dijo el Tribunal Constitucional alemán, todo esto está muy bien, pero no hay una adhesión firme ni unos procedimientos, ni una declaración de derechos, y por consiguiente el juez alemán cada vez que se encuentre en las misma situación que se había planteado Solange 1, por lo menos deberá preguntarme en caso de duda.

Es verdad que de alguna manera retira la prioridad que había dicho de no apliques el acto comunitario porque estaba vez no había, pero pregúntame a mí y yo te diré si esa norma es ajustada o no al derecho conforme a la legalidad interna alemana.

La revolución era menor, pero seguía siendo un pulso al tribunal de Justicia porque quien tiene que tener la última palabra en estos casos es el Tribunal de Justicia de las

Comunidades Europeas, que en este caso opera como Tribunal Constitucional de la Unión.

En resumen, como la situación se hacía cada más insostenible, se aprovechó la famosa celebración de la Conferencia Intergubernamental por la cual se elaboró y se proclamó el Tratado de Niza para que, coincidiendo con la presidencia alemana del Consejo Europeo y también la presidencia alemana de la Unión, primer semestre de 1999, el Consejo Europeo de Colonia, en un acto que desde luego tiene una trascendencia histórica en el proceso de integración de la Unión sin precedentes, convocara la primera convención, porque la primera convención fue la que elaboró el texto fundamental, la parte más importante de la Carta de Derechos Fundamentales, para dotar a la UE de su propia Carta de Derechos Fundamentales.

Esa primera convención que fue presidida por el ex Presidente de la República Federal de Alemania, y catedrático de Derecho Constitucional y el mismo también ex Presidente del Tribunal Constitucional señor Terzo 00.09.20, reunió a grandes expertos juristas, que España mandó al ex Presidente del Tribunal Rodríguez Bereijo que en un tiempo récord, entorno a 9 meses fueron capaces de conseguir de consensuar esta carta de derechos fundamentales prácticamente en su contenido fundamental, en lo que hoy estamos aquí y vamos a analizar a lo largo de esta mañana.

Pero qué curioso, cómo el tratado de Niza, que como todos sabéis se aprobó en el Consejo Europeo de diciembre de 2000 pero no fue firmado hasta febrero de 2001 por los ministros de Exteriores de los Estados Miembros firman un referéndum y que luego tiene que ratificar el Gobierno de cada País Miembro y los procedimientos internos. En el Consejo Europeo de Niza se produce un hecho curiosísimo que ha sido ya además un hecho que se ha venido repitiendo posteriormente y es que por un lado, como bien dijo Antonio Garrigues, el Consejo proclama la Carta de Derechos Fundamentales y por otro lado aprueba el Tratado pero en actos separados y esto es muy importante porque a partir de ese momento y sobre todo de la proclamación solemne interinstitucional que hicieron siete o diez días después, las tres instituciones de la Unión, Consejo, Parlamento y Comisión, la carta de Derechos fundamentales se incorpora al acervo jurídico de la Unión sin fuerza vinculante, porque no se le había reconocido entonces y en ninguna ocasión, y empieza a funcionar como una especie de ovni jurídico comunitario que de vez en cuando es invocado por las partes ante el TP1 ó el Tribunal de Justicia que al principio tímidamente empieza a ser incluido, como siempre por quienes producen los grandes adelantos en las jurisprudencias del Tribunal que son los abogados generales, luego ya sentenciado por el PT1, y finalmente me lo corroboraba el Magistrado Campos por el Tribunal de Justicia en algunas sentencias. Pues bien, así queda la Carta de Derechos Fundamentales y resulta que como el Consejo Europeo en Niza, declaración 23, aleja el tratado, también es un hecho histórico en la trayectoria del proceso de integración, convoca una convención, que en el Consejo Europeo Lequen de octubre de 2001 terminó de cerrar y que comienza a funcionar en febrero de 2002 para elaborar un texto fundamental de la Unión, que no una Constitución de la Unión, esto se lo sacó Vallery Giscard en el mes de octubre de 2002 de la manga. Es decir, la gente que tuvimos la suerte, yo fui asesor jurídico de la Convención durante los dos años que duró, no

íbamos a hacer una constitución, los que tenían un mandato y los expertos que estábamos, íbamos a hacer un texto fundamental que tenía que responder a una serie de preguntas que se planteaban sobre la transparencia, sobre la eficiencia, sobre cómo gobernar Europa en los próximos 15 ó 20 años. Pues bien, qué ocurre, pues que ya existía una carta de Derechos Fundamentales que además era producto de un consenso forjado por personalidades de indiscutible prestigio desde el punto de vista de su capacidad técnico-jurídica y de conocimiento del asunto. Y entonces cuando comienza a funcionar la convención a alguien se le ocurre poner encima de la mesa una pregunta que había hecho Jefferson cuando comienza la convención por la que se elaboró la Constitución de los EEUU. Yo para los que no los habéis leído os recomiendo que os leáis los “collector papers” eso y las cartas que le dirigía a Jefferson personales a su hija son dos cosas de chuparse los dedos y están bien para lecturas de verano. Pues bien, se realiza una pregunta que es “¿una constitución sin declaración de derechos? ¿Cómo vamos a elaborar una constitución si no se hace antes una declaración de derechos?” ¿Que vamos a hablar de los poderes de Estado y nos vamos a olvidar del soberano, que es el que engendra esos poderes y el que de alguna manera tiene que supervisar su funcionamiento? Este mismo problema se lo plantea la Convención, pero a su vez se plantea este problema sabiendo que tiene otro, que es que esa declaración de derechos ya está hecha por una convención anterior. Entonces la convención llega a una conclusión francamente interesante que es incorporar la carta desde el punto de vista del contenido, que es de lo que voy a hablar enseguida, al Tratado Constitucional Europeo pero más que nada porque diga, pues oiga vaya broma, usted coge un texto que ya está aprobado y coge usted y dice que lo ha aprobado aquí si ya está aprobado, entonces se reservan y aquí es donde vienen ya parte de los problemas, que imagino que ya hablará el magistrado en la implementación, se reserva el derecho de opinar las últimas disposiciones de la Carta de Derechos fundamentales, de qué forma va a adquirir esa carta en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

Pues bien, como todos sabéis, se aprueba el Tratado Constitucional en el Consejo Europeo del Otoño del 2004 y el Tratado en su parte segunda integra a la Carta. Esa era la fórmula que se había previsto en el caso de que el Tratado hubiera entrado en vigor para que la Carta adquiriera la fuerza jurídica vinculante del máximo nivel de lo que es la integración de Derecho comunitario en la Unión Europea. Pero ¿qué ocurre? Las peripecias de la Carta no terminan ahí. Que como todos sabéis se producen dos actos fallidos y el Tratado Constitucional no entra en vigor. Y urgentemente cuando se busca una solución al “atolladero constitucional” o la encrucijada constitucional en la que en ese momento se encuentra Europa, se convoca una nueva conferencia intergubernamental y en el Consejo Europeo de junio del año pasado en Bruselas ya se encargan algunos de decir “todo esto está muy bien, pero de entrada vamos a sacar la Carta de los Derechos fundamentales del Tratado y ya veremos qué haremos con la Carta”. La Carta empieza a ser un problema, fijaros qué paradoja tiene el proceso de integración, lo que era una necesidad se convierte en un problema. En el nuevo horizonte de la nueva Europa de 27, dentro de poco a 28 si en el 2010 entra Croacia. Y la conferencia intergubernamental se encuentra con la patata caliente de decir qué hacemos con la Carta. Y ¿qué ha hecho la conferencia intergubernamental con la Carta? Y aquí entro también en la cuestión de su proclamación solemne, de su

formato jurídico, que a la hora de la verdad es lo que importa, porque estamos hablando de integrar instrumentos de nivel supranacional en el nivel interno de los reglamentos jurídicos de los Estados Miembros.

Pues se sacan de la manga una fórmula, que a mi modo de ver, y vuelvo a coincidir con Antonio Garrigues, me lo decía aquí al dirigirse al estrado, desde luego la Carta nos va a dar mucho de comer a los abogados y también a los profesores porque ¿qué es lo que ha hecho el Consejo Europeo? Pues lo que han hecho y al final la conferencia intergubernamental, es reconocer fuerza jurídica vinculante a la Carta pero no han dicho cómo, a través de una mera declaración, de una disposición del Tratado de Reforma.

¿Quién va a atribuir la fuerza jurídica vinculante de facto a la Carta de Derechos Fundamentales? los operadores jurídicos, principalmente, no exclusivamente, los jueces de los Estados Miembros. También por su puesto, el Tribunal de Justicia, cada vez que se tenga que pronunciar sobre cada una de las disposiciones de la Carta en el caso de que haya sido invocada en algunos de los procedimientos de los cuales se entiende.

Y ¿qué problemas plantea esto? Yo ya lo estoy viendo venir, que va haber disposiciones de primera y segunda categoría. Que va haber verdaderos derechos y libertades y otras que no sabría muy bien cómo definir, habrá que esperar a ver que pasa el tiempo que quedará ahí como sustratos ideológicos de cómo nos gustaría que fuera el proceso de integración de Derecho comunitario. Pero quién va a decir eso en última instancia no va a ser el legislador, el legislador, sólo en la medida en que se adopten actos de Derecho institucional que desarrollen derechos de la Carta. Los que permitan ese desarrollo mediante actos de derechos institucional. Quién va a decir eso principalmente son los jueces, los jueces a nivel interno y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a nivel supranacional.

Por qué se produce esta complejísima integración de la Carta en el sistema de los que son el Derecho originario y sobre todo el Derecho comunitario vinculante. Porque la Carta tiene muy mal acomodo desde el punto de vista de su contenido, de lo que proclama, de lo que persigue, en el ordenamiento interno de los Estados. Es una carta de los Derechos Fundamentales que va dirigida, a las instituciones de la Unión que la tienen que respetar, pero también a Estados Miembros que a fecha de hoy tienen ya al menos tres instrumentos jurídico internacionales o internos que les controla el ejercicio del poder y decisiones que toman en materia de Derechos Fundamentales que son el Convenio Europeo de Derechos Humanos, todos los Estados Miembros de la Unión se han adherido al Convenio; los instrumentos internacionales, sobre todo al alcance universal que tiene suscrito; Pacto de Derechos civiles y políticos; Pacto de Derechos internacionales, económicos, sociales y culturales, tratados de una discriminación de género; tratado contra la tortura... etc., etc... Y por último, los derechos proclamados en sus propias constituciones y que han desarrollado sobre todo la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales. Ahí hay que acomodar una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Y por eso ha sido tan difícil encontrar un medio solemne de proclamarla, de encajarla, a mi modo de ver yo creo que debería de estar en el tratado. Yo creo que el hecho de que la Carta haya salido de los tratados ha sido un

peaje a pagar a los gobiernos que estaban dispuestos a bloquear la intergubernamental si la Carta se hubiese quedado en los Tratados. Pero bueno, por lo menos la Carta ya está, ya se le reconoce una fuerza política vinculante, y en el momento, a partir del año 2009, esperemos que el tratado de Reforma entre en vigor, tanto el tratado de la Unión como el tratado del funcionamiento de la Unión empezará a dar, espero, los frutos que todos creemos sinceramente que puede dar.

Vamos con el contenido de la Carta. Cuando uno lee la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, se encuentra como con todo texto jurídico, medianamente digno, con una disposición en títulos que van de menos a más, desde el punto de vista de la importancia, de la trascendencia de los derechos que se protegen. Seis títulos dedicados a declarar derechos y libertades y un último título, el título séptimo en el cual se nos explica en la propia Carta cómo habrán de funcionar los poderes públicos pero sobre todo los operadores jurídicos cuando tengan que implementar, que aplicar la Carta. Y primera unidad, segundo libertades, tercero igualdad, cuarto solidaridad, quinto ciudadanía, sexto justicia. Una primera valoración del conjunto de derechos y libertades que se proclaman en estos títulos nos lleva a distinguir necesariamente entre lo cuantitativo y lo cualitativo. Insisto que estoy hablando del contenido. Desde el punto de vista cuantitativo se puede decir que no existe en el mundo actualmente en el mundo ningún acuerdo internacional o supranacional, en este caso, de reconocimiento de derechos y libertades que englobe tantos derechos y libertades primera, segunda tercera y hasta cuarta generación donde Europa es pionera, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que es verdaderamente, desde este punto de vista, un instrumento que revoluciona el panorama jurídico internacional.

En cuanto al análisis cualitativo del contenido de la Carta, se puede distinguir claramente entre derechos que han sido proclamados y que están ahí para ser cumplidos con fuerza jurídica vinculante y entre meros principios que en algunos casos podemos denominar principios dispositivos porque creo que verdaderamente van a atar de pies y manos al legislador comunitario pero que en otros casos, simplemente son principios orientativos o incluso incitativos en una técnica que se utiliza mucho en las Naciones Unidas, sobre todo porque la mayoría de sus principios se refieren a ello, cuando se legisla, cuando se adoptan actos, en el ámbito económico, social y cultural.

Bien, precisamente desde este punto de vista de análisis cualitativo de la Carta, yo distinguiría entre tres partes. Por un lado, la que nos dan los títulos uno a tres y el título sexto. Es decir, los que se refieren a la dignidad, a la libertad, a la igualdad y a la justicia. Aquí la mayoría de los derechos y libertades que se consagran en estos títulos están consagrados en términos imperativos. ¿Por qué? Porque la mayoría de ellos se inspiran en el Convenio Europeo de Derechos Humanos excepto los que de manera excepcional se inspiran en convenios internacionales suscritos por la mayoría o la práctica totalidad de los Estados Miembros en disposiciones de los tratados comunitarios o en principios generales del ordenamiento comunitario que han sido proclamados como tales por el Tribunal de Justicia. Si hiciéramos un desglose sin ninguna duda la mayoría de las disposiciones de los títulos de uno a tres y sexto, son las que están redactadas en términos imperativos, porque la mayoría, insisto, a veces incluso el texto son reiterados, blanco sobre negro, igual que como figura en el Convenio Europeo de derechos Humanos y porque protegen derechos de primera y

segunda generación. En este sentido las excepciones, es decir, las que aun teniendo una finalidad imperativa no recogen con la misma contundencia a la proclamación del derecho, son las que se inspiran en los convenios internacionales en disposiciones de los tratados comunitarios y en los principios generales del ordenamiento jurídico.

Varios ejemplos. En convenios internacionales, el artículo 24 de Carta que se refiere a los derechos del niño y que obviamente está inspirado en el Convenio de Nueva York del año 89. Por cierto, los niños, que al igual que los ancianos, son mencionados por primera vez en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea. Lo cual supone un salto cualitativo también sin precedentes en la medida en que se convierte en objetivo directo de la acción de las instituciones de la Unión y por lo tanto del proceso de integración europeo.

En el segundo caso, las disposiciones de la Carta que se inspiran en disposiciones de tratados comunitarios tenemos el artículo 16 que se refiere a libertad de empresa.

Y el tercero, las que se inspiran en principios generales del orden jurídico comunitario, tenemos el artículo 23 que proclama la igualdad entre mujeres y hombres.

Igual un segundo grupo de derechos y libertades proclamados en la Carta, los que desde mi punto de vista lo han sido de una forma mucho más difusa y que también pienso que van a plantear los mayores problemas a la hora de su implementación. Ojo, ya los plantearon durante la celebración de la segunda convención, porque fijaros, y cuento una breve anécdota relacionada con el contenido. La segunda convención tuvo que vivir la guerra de Irak, yo estaba en la sala los días de las reuniones y vi cómo se palpaba la tensión en el ambiente, pues bien, nunca corrió peligro la celebración de la convención como consecuencia de la partición prácticamente en dos de Estados que estaban a favor y en contra de la guerra de Irak. Y sin embargo, en el único momento en el que la convención estuvo a punto de estallar fue cuando la delegación británica amenazó con abandonar las negociaciones como consecuencia del alcance que se le quería dar al derecho a la huelga. Estoy hablando de este segundo grupo de disposiciones, título sexto, derechos de solidaridad. La mayoría de estos derechos están inspirados en instrumentos de softlaw tales como la carta social europea, el Pacto internacional de Derechos Económicos sociales y culturales de las Naciones Unidas. Y en menor medida algunas disposiciones del derecho institucional de la Unión Europea o del acervo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunità Europeas.

Voy a poner dos ejemplos, una de un derecho de segunda generación y otra de un derecho de cuarta generación sobre el que volveré más adelante. Un derecho inspirado en la Carta Social Europea dentro de este sexto título de solidaridad es el artículo 33 que proclama la conciliación entre la vida familiar y la vida profesional y que es el que ha dado origen por ejemplo a algo que hoy en día nos parece normal pero que ha sido una verdadera conquista social, que es el permiso parental, que además no distingue entre géneros, lo puede pedir la madre o lo puede pedir el padre. Hay otras disposiciones que ya no se inspiran directamente en la carta social europea sino en el acervo, especialmente en el Derecho constitucional pero también los softlaw que habían venido produciéndose dentro de la Unión. Que son disposiciones como las que

nos encontramos en el artículo 36 a la que se refiere al acceso de los servicios de interés económico general.

Por último, el tercer grupo de disposiciones es el título quinto, los derechos de ciudadanía. Miren ustedes, o yo no sé nada de ciudadanía o yo no sé nada de Derechos Fundamentales. Pero la primera cosa que pensé ya en el Derecho constitucional o en teoría del derecho cuando te hablan de la naturaleza jurídica de los derechos de ciudadanía y de los derechos fundamentales es que intrínsecamente son dos cosas completamente distintas, que no opuestas. Los derechos fundamentales son derechos irrenunciables que detienen las actuaciones del poder público en el caso en que estas se extralimiten y dañen el derecho. Los derechos de ciudadanía son derechos que en un momento determinado pueden suspender el poder público, piensen en el derecho de la libre circulación o piensen por ejemplo en el derecho del sufragio pasivo, en el caso de que seas objeto de una condena penal. Por consiguiente, no estamos hablando ya de las mismas cosas porque la finalidad tampoco es la misma, los derechos de ciudadanía son derechos de legitimación y participación en las decisiones del poder. Los derechos fundamentales son otra cosa.

Pues bien, nos encontramos con que el título quinto de la Carta de los Derechos fundamentales integra los derechos de ciudadanía que ya están proclamados y recogidos en los vigentes tratados, los que se están aplicando después de Niza, pero además añade uno más. El derecho a una buena administración y cambia el orden jerárquico, es decir, la forma en la que están citados. Por ejemplo el derecho de queja ante el Defensor del Pueblo se cita antes del derecho de Petición.

La ciudadanía de la Unión es un objetivo del proceso de integración desde el Tratado de Maastricht porque además los derechos de ciudadanía tal y como están consagrados actualmente en los tratados están en el núcleo duro. Desde Maastricht lo único que se ha hecho ha sido ir añadiendo derechos al estatuto de la ciudadanía de la Unión. Pues bien nos encontramos con la gran paradoja que en una carta Derechos Fundamentales se proclaman derechos de ciudadanía.

Entonces, ¿cómo se va a invocar, como derecho fundamental, el artículo 45 de la Carta que proclama la libertad de circulación y residencia? ¿cómo se puede proclamar como un derecho fundamental, algo que de entrada, en su propia proclamación del estatuto de ciudadanía de la Unión, está ya sujeto a dos tipos de limitaciones, por un lado las limitaciones de orden y seguridad pública que expresamente prevé el tratado y por otro lado las disposiciones que se derivan de los actos institucionales que ha desarrollado este derecho, en el caso concreto de la residencia, el estar protegido por cobertura sanitaria y el tener medios suficientes para poder sobrevivir en el territorio de otro estado miembro en el cual quiere residir?. Desde mi punto de vista me parece inconcebible proclamar como un derecho fundamental un derecho de ciudadanía que ya de entrada está sujeto a importantísimas limitaciones previstas unas en el Tratado y otras en el derecho de vida.

Lo más surrealista es lo del artículo 46, primero porque proclama algo que no es verdad, la *protección diplomática y consular*. Qué es esto de la protección diplomática y consular... que un jurista no llame a las cosas por su nombre me parece muy grave.

No es verdad en ningún caso, ni en la actual redacción de tratados ni en la futura redacción, un instrumento como son los tratados comunitarios pueden garantizarnos a los nacionales de los Estados Miembros esa supuesta protección diplomática y consular que además la responsabilidad recaería en las delegaciones diplomáticas o consulares de otros Estados Miembros cuando nos encontremos en un tercer Estado en el cual no exista una delegación diplomática o consular de nuestra nacionalidad.

La mayoría de los Estados Miembros no reconocen a sus propios nacionales la protección diplomática, sólo, que yo sepa, la constitución portuguesa lo reconoce. Por consiguiente, cómo vas a proclamar como un derecho fundamental algo que no existe. De entrada, qué es lo que existe dentro del marco de la ciudadanía de la constitución. Una cosa que se llama la asistencia diplomática y consular, pero que a diferencia del resto de los derechos de ciudadanía es la única que hasta la fecha se ha desarrollado por un instrumento que no es supranacional y que por lo tanto no puedes invocar ante el tribunal de Justicia. La Comisión en un momento determinado no puede vigilar el cumplimiento por los Estados de ese deber, de esa responsabilidad. EL derecho a la asistencia diplomática y consular tal y como está actualmente en el Tratado ha sido desarrollada por una decisión de los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo de Ministros. Está sujeto a un montón de limitaciones tanto desde el punto de vista de los supuestos que están tasados en los cuales puedes invocar esa supuesta asistencia consular, como desde el punto de vista de los requisitos que tiene que cumplir el particular para que el Gobierno del Estado Miembro que le de esa asistencia, en un momento determinado esté obligado a dársela, entre otras la suficiencia de medios. Por consiguiente me parece un absoluto despropósito.

Concluyo, si tuviera que resumir con una definición cómo entiendo los derechos y libertades que proclama la Carta de Derechos Fundamentales, yo diría que son unos derechos que se proclaman a la Carta “Una carta que proclama derechos a la carta”. Proclama derechos a la carta porque de entrada el espacio geográfico en el que se va a implementar ya no es uniforme, genera una situación de geometría variable, léanse el protocolo anexo al tratado de Reforma, sobre la aplicación de la Carta en Polonia y el Reino Unido. Por lo tanto, es una carta a la carta, habrá ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda y se supone que los derechos fundamentales no son derechos de ciudadanía sino que son derechos de las personas, de las personas que en un momento determinado se encuentran sujetos a una jurisdicción, una jurisdicción que puede ser nacional, o supranacional, dependiendo del acto que estemos hablando.

Segundo, son derechos a la carta porque si leéis bien sobre todo las disposiciones finales, lo que hace la carta es proclamar umbrales mínimos que en la mayoría de los casos, salvo en el Reino Unido, ya vienen dados por el desarrollo interno de disposiciones constitucionales o por la adhesión de los gobiernos de los Estados Miembros al convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Una carta a la carta porque sólo algunos de los derechos proclamados en la misma, especialmente los del título primero, lo serán de forma vinculante y gozarán de una especial protección pero habrá otros, sobre todo los que se proclaman en forma de

principios, que para su invocación y protección necesitarán de un acto de desarrollo normativo, de entrada supranacional y quizá, dependiendo del acto del que estemos hablando de derecho interno.

Y por último una carta a la carta porque existen algunos derechos que me recuerdan a las justas poéticas que se escribieron en la constitución de Cádiz de 1812 cuando una de sus disposiciones rezaba “que los españoles sean justos y benéficos”. ¿Acaso no suena a lo aparecido en el artículo 36 de la Carta cuando dice que la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general?

Muchas gracias!