

# EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU INCIDENCIA EN EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA UNIÓN EUROPEA

Nuria PASTOR PALOMAR

## SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. MANIFESTACIONES DE LA SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Plano normativo. A) La denominada “cuestión competencial”. B) La Carta de la Unión Europea y el modelo competencial. 2. Plano judicial. A) Las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y sus obligaciones internacionales como fuentes de inspiración del Tribunal de Justicia. B) La cuestión del respeto a los derechos fundamentales en la aplicación por los Estados miembros del Derecho Comunitario. III. A MODO DE RECAPITULACIÓN.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La subsidiariedad en la Unión Europea fue incorporada formalmente en 1992 por el Tratado de Maastricht en tanto que principio general que debe informar la realización de todos los objetivos de la Unión. Uno de estos objetivos es el respeto de los derechos humanos. Sin embargo, no será hasta diciembre de 2000, con la adopción bajo presidencia francesa de la Carta de los Derechos Fundamentales, cuando se proclame formalmente y de modo explícito el principio de subsidiariedad en materia de derechos humanos.

A lo largo de la historia se han realizado diversas formulaciones sobre la idea de la subsidiariedad. De las mismas y, particularmente, de la doctrina social católica, se desprende que su fundamento intelectual es el valor de la libertad personal responsable y de la autonomía individual. Ciertamente, la incorporación del principio en el *corpus* constitucional comunitario no se deriva de la afirmación de valores como la dignidad humana y la libertad. Fue únicamente una respuesta a la profunda transformación en el equilibrio de poderes entre la Comunidad y los Estados miembros. Sin embargo, las raíces del discurso de la subsidiariedad y las del discurso de los derechos humanos se identifican. Ello exige que dicho principio, aplicado a este campo, no se restrinja a su faceta normativa pues posee además una dimensión adicional, de carácter más general.

El concepto de subsidiariedad no es rígido ni preciso. Etimológicamente, el término subsidiariedad deriva del latín “subsidium” del que proviene el adjetivo subsidiario. “Subsidium” viene a significar “ayuda en la reserva”. El Diccionario de la Lengua Española define la subsidiariedad como la “tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias”. A su vez, la subsidiariedad como principio es definida como “(c)riterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma” y proyectado al proceso de integración europea es aquel “que se aplica (...) para limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que los Estados por sí solos no puedan ser eficaces”<sup>1</sup>. De esta manera, la noción de subsidiariedad es una regla de sentido común que “obliga a la instancia más extensa a no suplir a otra de menor ámbito hasta que no se demuestre la incapacidad de esta última para llevar a cabo una determinada acción u obtener el efecto pretendido, pero que también obliga a actuar a la primera cuando se constate esa incapacidad”<sup>2</sup>. La amplitud de esta noción configura el principio de subsidiariedad como principio ambivalente<sup>3</sup> porque sirve tanto para justificar como para limitar la intervención del nivel superior. Se trata de la dimensión positiva y negativa de la subsidiariedad.

El Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) realiza diversas menciones al principio de subsidiariedad. La primera de las referencias la encontramos en el Preámbulo y en el artículo 1 del Tratado cuando se refieren ambos al proceso de creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos. También el artículo 2 TUE, tras enumerar los objetivos de la Unión añade que “se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto al principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. El artículo 5 de este último Tratado (en adelante, TCE), tras referirse al principio de atribución de competencias según el cual la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente el Tratado y de los objetivos que éste le asigna, establece en su apartado 2º que “(e)n los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al princi-

1. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (22ª ed. Madrid, 2001).

2. CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 33.

3. JEPPESEN, T., lo califica como un “Janus-faced concept”. *Vid.* “Subsidiarity: a Janus Head”, *European Studies Discussion Paper*, nº 11 (1995).

prio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario”.

La incorporación del principio de subsidiariedad en el texto del Tratado supone su configuración como principio jurídico, y en cuanto tal organiza el ejercicio de las competencias de carácter compartido atribuidas a la Comunidad<sup>4</sup>. Sin embargo, como apunta SCHILLING tomar la subsidiariedad en serio implica básicamente considerar que junto a la “norma” –expresada en el art. 5 del TCE– existe un “principio” de subsidiariedad, cuyo alcance es más amplio. Para este autor, el principio se extiende al campo completo de las relaciones entre las competencias de la Comunidad y la de los Estados miembros<sup>5</sup>. DE BÚRCA confirmando y ampliando la idea anterior, concibe la noción de subsidiariedad en la Unión como un instrumento que articula y concilia las tensiones entre los intereses de la integración y los de la diferenciación, los de la armonización y la diversidad, los de la centralización y las soberanías estatales<sup>6</sup>. A su vez, los derechos fundamentales en la Unión se sitúan en la

4. Algunos autores defienden el principio de subsidiariedad como principio de atribución de competencias. *Vid.*, entre otros, BARNES, J.: “La distribución de competencias entre la UE y los Estados”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13 (2001), p. 68. Por su parte, LENAERTS y VAN YPERSELE hablan de la función política y jurídica del principio de subsidiariedad. Para estos autores, la función jurídica del principio regula el ejercicio de competencias ya atribuidas a la Comunidad mientras que la función política adquiere su protagonismo en el momento constitucional del reparto de las competencias, cuando se toma la decisión política sobre la titularidad de la competencia, y si ésta será exclusiva o compartida. *Vid.* LEAERTS, K. y VAN YPERSELE, P.: “Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l’article 3 B du traité CE”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 1-2 (1994), pp. 3-85, 8-13. También, CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad...*, *ob. cit.*, pp. 79-81. Para una opinión contraria, *vid.*, entre otros, HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus estados miembros*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 136-137. Este autor considera que esa llamada “función política” de la subsidiariedad estaría más próxima a una formulación del principio de eficacia funcional, que desde el primer momento ha presidido los episodios constitucionales de reparto de competencias en el proceso de integración europeo, junto con las consideraciones relativas al interés nacional y a las relaciones de poder entre los EEMM. *Vid.* también MARTÍN y PÉREZ DE ANCLARES, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 111-126. Sobre el control del principio de subsidiariedad *vid.* MANGAS MARTÍN, A.: “El control del principio de subsidiariedad”, en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, nº 9, Madrid, 2005, pp. 53-79.

5. SCHILLING, T.: “Subsidiarity as a Rule and a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, nº 10/95, p. 25, en <http://www.jeanmonnetprogram.org/>.

6. DE BÚRCA, G.: “Reappraising Subsidiarity’s Significance After Amsterdam”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, nº 7/99, p. 10, en <http://www.jeanmonnetprogram.org/>.

intersección entre las aspiraciones comunes y las particularidades nacionales. Tanto las discusiones sobre los derechos fundamentales como las relativas a la subsidiariedad se refieren al equilibrio entre la integridad del conjunto y la autonomía e identidad de los componentes, esto es, entre la unidad y la diversidad. Es bajo esta dimensión más general donde se observan similitudes subyacentes entre el discurso de la subsidiariedad y el discurso de los derechos fundamentales. Estas similitudes las podemos encontrar en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

La Carta de Niza se refiere expresamente al principio de subsidiariedad tanto en el Preámbulo como en el texto de este instrumento. Así, en el Preámbulo se declara que la Carta “reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y 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”. Por su parte, el artículo 51, relativo al ámbito de aplicación, establece que “(l)as disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”.

Pero, además, se puede afirmar que la Carta de Niza constituye un paradigma de cómo la subsidiariedad y los derechos fundamentales confluyen en su preocupación mutua por la unidad en la diversidad. En general, el texto y el contexto de la Carta reflejan dos aspectos del proyecto europeo, aparentemente contradictorios pero estrechamente conectados: la concepción comunitaria de Europa y el particularismo de la identidad nacional y local. Ciertamente, la Carta deja ver el valor y la existencia de un grado significativo de concepción común entre los “pueblos de Europa” cuando se refiere a un futuro “basado en valores comunes”, invocando el “patrimonio espiritual y moral” común europeo y afirmando que el fundamento de la Unión consiste “en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”. Pero del mismo modo, el Preámbulo respeta a continuación la diversidad de “los pueblos de Europa”. En efecto, “(l)a Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como la identidad nacional de los Estados miembros y de la organiza-

ción de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local...”. Yendo más allá del Preámbulo, los derechos sustantivos proclamados en la Carta mantienen esta antinomia al establecer, por ejemplo, en su artículo 22 que “(l)a Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

Ahora bien, la lógica de la subsidiariedad ha estado siempre presente en el campo de los derechos humanos. E importa señalar que sus manifestaciones implícitas se pueden encontrar tanto en el plano normativo como en el plano judicial.

## II. MANIFESTACIONES DE LA SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. *Plano normativo*

#### A. *La denominada “cuestión competencial”*

La aplicación del principio de subsidiariedad en el plano normativo de los derechos humanos requiere partir de la siguiente idea, a saber, la ausencia de competencia general y directa de la Comunidad Europea para legislar en este campo. Esta cuestión ha sido expresamente abordada por el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/94 sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup>. El Tribunal afirma en este Dictamen que “ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de Derechos Humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito” (FJ 27). Afirmación que fundamenta en el sistema competencial comunitario y, más exactamente, en el artículo 3 B del TCE –actual art. 5–, según el cual la Comunidad sólo dispone de competencias de atribución (FJ 23).

El Tribunal examina, además, la posibilidad de utilizar la cláusula de cierre competencial prevista en el art. 235 del TCE –actual art. 308–. Dicha cláusula “tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten ne-

7. Dictamen del TJCE 2/94, de 16 de marzo de 1996, Rec. I-1759. *Vid.* el comentario al Dictamen de la profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)”, *Revista de Instituciones Europeas* (1996/3), pp. 817-838.

cesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos por el Tratado” (FJ 29). Esta disposición, en la que CONSTANTINESCO ve una “subsidiariedad en la subsidiariedad”<sup>8</sup>, está en clara conexión con la dimensión habilitadora de la subsidiariedad ya que permite a la Comunidad actuar allí donde sea necesario para alcanzar un objetivo comunitario<sup>9</sup>. Partiendo del hecho de que entre estos objetivos se encuentra el respeto de los derechos humanos, se podría deducir la posibilidad, implícita en el Dictamen, de recurrir al art. 308 como título competencial válido para aprobar normas o actos comunitarios en materia de derechos fundamentales. Posibilidad, por lo demás, utilizada por la Comunidad en ámbitos ni siquiera mencionados en el Tratado originario. No obstante, el Tribunal condiciona el recurso a dicho artículo al cumplimiento de una serie de requisitos materiales y formales. Y, como a su juicio, éstos no se cumplen hay que descartar esta posibilidad. La vía de ampliación de competencias instrumentales prevista en el art. 308 TCE no puede ser empleada en este ámbito, ya que la modificación que se derivaría de la misma introduciría importantes cambios institucionales que afectarían tanto a la Comunidad como a los Estados, y revestiría, por tanto, naturaleza constitucional, por lo que “dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado” (FJ 35)<sup>10</sup>. En todo caso y como señala GRETSCHAMM, este artículo no

8. CONSTANTINESCO, V.: “La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses États membres. L'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité”, en ENGEL, Ch. y WESSELS, W. (ed), *From Luxembourg to Maastricht: institutional change in the European Community after the Single European Act*, European Unio Verlag, Bonn, 1992, p. 116.

9. Briosia apunta que mientras el artículo 308 TCE presenta una formulación positiva de la subsidiariedad, en el artículo 5 TCE se observa la formulación negativa de la misma. Vid. BRIOSIA, H.: “Subsidiarité et répartition des compétences”, *Revue de Marché Européen*, nº 4 (1992), p. 179. Otros autores, sin embargo, afirman que se está haciendo referencia a realidades distintas, ya que la cláusula del art. 308 TCE permite a la Comunidad actuar en situaciones en las que no se habían previsto los poderes necesarios, mientras que el artículo 5 TCE sólo determina en cada caso si la acción se llevará a cabo a nivel estatal o a nivel comunitario. Vid, en este sentido, TOTH, A.: “The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty”, *Common Market Law Review*, nº 29 (1992), p. 179.

10. Esta doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo en relación a la “problemática constitucional” ha sido matizada por algún sector doctrinal. Así, RODRÍGUEZ, A., en *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 245, ha apuntado que el propio dictamen permitiría invocar la cláusula del art. 308 TCE como título competencial válido para el desarrollo normativo de los derechos fundamentales por las instituciones comunitarias, siempre que se respetasen las condiciones señaladas en el dictamen, a saber: que no suponga el ingreso de la Comunidad en un sistema institucional distinto, que no modifique la posición de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario y

fue previsto para extender de manera capciosa las competencias comunitarias sino que mas bien recoge la expresión de las “competencias subsidiarias” en el sentido de complemento y ayuda<sup>11</sup>.

Con posterioridad, el Tribunal también se ha referido a la “cuestión competencial” en el asunto Grant, en el que afirmó que “si bien el respeto de los derechos fundamentales... constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, estos derechos no pueden, en sí mismos, producir el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad”<sup>12</sup>.

Ahora bien, que la Unión no posea competencia normativa genérica en materia de derechos fundamentales no quiere decir que carezca de poderes en este ámbito. Es más, hay materias en las que el título competencial coincide con el desarrollo de un derecho. Es el caso, por ejemplo, de las libertades comunitarias previstas en los Tratados o, más exactamente, aquellas que la Carta de Niza, en su artículo 15.2, ha elevado al rango de derecho fundamental como son la libre circulación de personas –arts. 39 y ss. TCE–, el derecho de establecimiento –arts. 43 y ss TCE– y la libre prestación de servicios –arts. 49 y ss. TCE–. También en el ámbito de la igualdad, el artículo 13 del TCE autoriza a las instituciones comunitarias a adoptar acciones adecuadas para luchar contra las causas de discriminación previstas en el mismo<sup>13</sup>.

En cualquier caso, el reparto de funciones entre la Unión y los Estados miembros en este campo presenta características propias. Los derechos fundamentales no son competencia propia de la Unión sino una materia que incide en toda su actuación. Esto es, la protección de los derechos humanos en el sistema de la Unión sólo está ligada al ejercicio y desarrollo de las competencias comunitarias. Por lo tanto, para adoptar actos normativos en esta ma-

que no altere de forma sustancial el equilibrio interinstitucional que se exige para la reforma de los Tratados. Esta tesis también es compartida por ALSTON, P. y WEILER, J., *The European Union and Human Rights: Final Project Report on an Agenda for the Year 2000*, Florence, European University Institute, 1998, pp. 79-81.

11. Vid. GRETSCHAMM, K.: “Le principe de subsidiarité: quelles responsabilités á quel niveau de pouvoir dans une Europe intégrée?”, en *Subsidiarité: défi du changement*, Actes du Colloque Jacques Delors, Institut Européen d’Administration Publique, Maastricht, 1991, p. 60.

12. STJCE de 17 de febrero de 1998, as. *Grant*, C-249/96, Rec. 1998, p. I-621, p. 45.

13. Competencia que ya ha sido ejercida mediante la adopción de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, de 2 de diciembre de 2000) y la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, de 19 de julio de 2000).

teria, las instituciones tienen que esgrimir una competencia que ya posean en virtud de los Tratados. Y es cuando estas competencias no sean exclusivas de la Unión, cuando entra en juego la dimensión normativa de la subsidiariedad establecida en el artículo 5 del TCE, según el cual “la Unión intervendrá sólo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”. Así que la subsidiariedad como norma no presenta en el campo de los derechos fundamentales ninguna particularidad respecto de otras materias.

A título de ejemplo, la Unión Europea carece de competencias legislativas directas en materia de manipulación genética y nuevas tecnologías. Se trata de una materia cuya competencia está reservada a los Estados miembros. Sin embargo, sí posee competencias –en materia de sanidad pública, investigación o mercado interior– que le proporcionan la base jurídica necesaria para adoptar actos normativos en este ámbito que tiene que ver con el derecho a la dignidad humana y a la integridad de la persona y que complementan a las políticas nacionales en este ámbito<sup>14</sup>. Entre estas normas comunitarias se pueden citar la Directiva 95/46 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales<sup>15</sup>, la Directiva 98/79 sobre productos sanitarios para el diagnóstico in vitro<sup>16</sup> o la Directiva 98/44 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas<sup>17</sup>. Precisamente, esta última Directiva fue objeto de un recurso de anulación presentado ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo*<sup>18</sup>, en el que la parte demandante alegaba la violación del principio de subsidiariedad del artículo 3 B TCE –actual art. 5– con el fin de atacar la base jurídica de la Directiva, el artículo 100 A

14. Vid. NAVAS CASTILLO, A.: “El derecho a la integridad de la persona”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V., *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 268 y ss.

15. Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DO L 281 de 23 de noviembre de 1995.

16. Directiva 98/79 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 1998, sobre productos sanitarios para el diagnóstico in vitro. DO L 331 de 7 de diciembre de 1998.

17. Directiva 98/44 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. DO L 213 de 30 de julio de 1998.

18. STJCE de 9 de octubre de 2001, as. *Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo*, C-377/98, Rec. 2001.

—actual art. 95— y, secundariamente, la insuficiente motivación para demostrar que se tuvo en cuenta tal exigencia. Tras recordar el Tribunal el tenor del apartado 2 del artículo relativo a la subsidiariedad, interpreta dicho artículo entendiendo que “el objetivo de dicha Directiva, que consiste en garantizar el buen funcionamiento del mercado interior evitando, e incluso eliminando, las divergencias entre las legislaciones y prácticas de los diferentes Estados miembros en el ámbito de la protección de las innovaciones tecnológicas, no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros. Por otro lado, puesto que el alcance de dicha protección tiene efectos inmediatos en el comercio (...), por consiguiente, en el comercio intracomunitario, es manifiesto que el objetivo de que se trata podría lograrse mejor, debido a la dimensión y a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario” (FJ32). Finalmente y en relación a la motivación de la Directiva, el Tribunal sostiene que “la justificación de la observancia del principio de subsidiariedad se encuentra implícita pero necesariamente recogida en los considerandos quinto, sexto y séptimo de la Directiva, que ponen de manifiesto que, si no se produce una intervención comunitaria, la evolución de las legislaciones y prácticas nacionales obstaculizarían el buen funcionamiento del mercado interior” (FJ 33).

Ahora bien, es necesario preguntarse si este modelo competencial definido en los Tratados puede verse alterado por la Carta de Derechos Fundamentales una vez que este instrumento adquiera eficacia jurídica vinculante, cuestión que tratamos seguidamente.

### B. *La Carta de la Unión Europea y el modelo competencial*

En las explicaciones al artículo 51 de la Carta elaboradas por el *Praesidium*, se precisa que la misma se aplica a las instituciones de la Unión dentro del respeto del principio de subsidiariedad y a los Estados miembros únicamente cuando actúan en el ámbito del Derecho comunitario. A continuación, se añade que “(e)l apartado 2, junto con la segunda frase del apartado 1, confirman que la Carta no puede dar lugar a una ampliación de competencias y misiones conferidas por los Tratados a la Comunidad y a la Unión”. El *Praesidium* aclara, al respecto, que “se trata de mencionar explícitamente lo que se infiere del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución. Los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que define el Tratado”. En las explicaciones actualizadas de la Carta se concluye

con la siguiente afirmación: “(1)a obligación de las instituciones de la Unión, con arreglo a la segunda frase del apartado 1, de promover los principios establecidos en la Carta sólo se pueden producir dentro de los límites de las citadas competencias”<sup>19</sup>.

Ciertamente, de lo anterior se desprende que la Carta no altera la distribución de poderes ya existente. Se intenta así poner fin a una de las preocupaciones que ha estado presente no sólo en el proceso de elaboración de la Carta sino en los inicios mismos del proyecto europeo: el efecto centralizador que pueden tener las declaraciones de derechos con el consiguiente detrimento de las competencias de los Estados miembros. Temor que queda constatado al contemplar, entre otras, la experiencia constituyente norteamericana con el proceso conocido como de “incorporation” de los derechos fundamentales. Proceso, mediante el cual, el *Bill of Rights* se aplica no sólo a la Federación sino también a los Estados federados, cuya actividad es controlada por la Corte Suprema y en el que, a partir de la inclusión de una cláusula específica en la Enmienda XVI, se autoriza expresamente al Congreso de los Estados Unidos a hacer cumplir mediante la legislación apropiada las previsiones del artículo. Desde entonces, el Congreso ha desarrollado una ingente labor legislativa dirigida a garantizar los derechos fundamentales<sup>20</sup>. Es más, esta incertidumbre se acrecienta si se trae a colación el razonamiento de Alexander HAMILTON. En efecto, refiriéndose a la Constitución norteamericana de 1787 afirmaría: “...Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretende, no son sólo innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que se otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar”<sup>21</sup>.

Siguiendo esta idea, cabría plantearse si la opción por una declaración de derechos omnicompreensiva podría dar lugar a una ampliación subrepticia

19. Nota del *Praesidium*. Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, de 11 de octubre de 2000, reproducido en doc. 4470/00, de 11 de octubre de 2000, pp. 46 y 47. Explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales, en doc. CONV 828/1/03 REV1, de 18 de julio de 2003, p. 47.

20. Sobre este tema se puede consultar LEANERTS, K., *Le Juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 225 y ss.

21. *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 368. Vid. BIGLINO CAMPOS, P.: “Derechos Fundamentales y Competencias de la Unión: El argumento Hamilton”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 14 (enero-abril 2003), pp. 45-46.

de las competencias comunitarias<sup>22</sup>. Se podría argumentar en este sentido que la Carta incorpora derechos muy lejanos a las competencias de la Unión que, por lo tanto, carecería de la posibilidad de vulnerarlos. Sería el caso, entre otros, de la prohibición de la pena capital, la prohibición de torturas, la libertad religiosa, el derecho a contraer matrimonio o fundar una familia, el derecho a la huelga o a una vivienda digna.

Pero a esta incorporación se le puede dar una explicación relacionada con la distinción entre derechos como límites y derechos como prestaciones. Entendidos como límites, adquiere pleno sentido concebirlos como principios generales del Derecho comunitario, tal y como lo ha hecho el Tribunal de Justicia y ha sido recogido tanto en el artículo 6 del TUE como en la Carta de los derechos fundamentales cuando establece en el artículo 51.1 el deber de respetarlos. Los derechos de prestación imponen, además, una actuación positiva, esto es, promover su aplicación tal y como se recoge en el artículo citado. Requieren así un desarrollo normativo en el marco de las competencias definidas en los Tratados. Así entendidos, los derechos fundamentales afectan al orden de competencias pero no son cláusulas habilitadoras de nuevas competencias.

La distinción entre derechos como límite y derechos de prestación ha sido el razonamiento seguido por muchos autores<sup>23</sup> y ha resultado decisivo en el seno de la Convención que elaboró la Carta. Esta distinción, como apunta Jean Paul JAQUÉ, ya estuvo presente en el Dictamen 2/94 del TJCE, puesto

22. Vid. RUBIO LLORENTE, F., "Mostrar los derechos sin destruir la Unión", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64 (2002), p. 51.

23. Entre otros, FERNÁNDEZ TOMÁS, A., "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de protección", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 214 (2001), 15, p. 25; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "Unión Europea, Democracia y Derechos Humanos", en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2003, pp. 48 y ss.; Id.: "Derechos Humanos y Unión Europea", en Díez DE VELASCO VALLEJO, M., *La Unión Europea tras la reforma*, Santander, 2000, pp. 89-103; Díez-PICAZO, L.: "Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Tribunales de Justicia*, 5 (2001), p. 26; ROLDÁN BARBERO, J.: "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 16 (septiembre-diciembre 2003), pp. 975 y ss.; BIGLINO CAMPOS, P.: "Derechos fundamentales y competencias de la Unión...", *ob. cit.*, pp. 47-50 y 59-68; y "Derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros: algunos problemas de conexión (1)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69 (septiembre-diciembre 2003), pp. 395-396; FONSECA MORILLO, F.: "La gestación y el contenido de la Carta de Niza", en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.), Civitas, Madrid, 2002, p. 98.

que éste diferenció entre la obligación de respetar los derechos, que es general, y la existencia de ámbitos determinados de acción, definidos por las competencias atribuidas a la Unión. Por ello, señala el autor citado, el hecho de que la Unión carezca de competencias en materia de libertad religiosa, no excluye la posibilidad de que pueda violarla si al dictar normas sobre política agraria no tiene en cuenta las exigencias que algunas religiones imponen para el sacrificio de animales destinados al consumo<sup>24</sup>. Además, como se desprende del asunto *Prais*<sup>25</sup>, es posible que actividades en principio ajenas al ejercicio de un derecho puedan incidir en él. En este caso, la convocatoria por las instituciones comunitarias de concursos y oposiciones para selección del personal podría vulnerar el ejercicio de la libertad religiosa si no se tomaba en consideración fechas que podían resultar inconvenientes por razones de orden religioso. Como señala el comisario VITORINO, que formó parte de la Convención y posteriormente presidió el Grupo II de la Convención europea, no se trata de investir a la Unión con una competencia en materia religiosa, sino que la libertad religiosa sea tenida en cuenta y respetada a la hora de desarrollar políticas europeas que pudieran afectarle<sup>26</sup>. El Informe Final del Grupo II afirma significativamente al respecto: “(e)l hecho de que la Carta contenga derechos en ámbitos en los que la Unión no tiene, o apenas tiene competencias, no es contradictorio, dado que, aunque se limiten las competencias de la Unión, la Unión debe respetar en todos sus actos todos los derechos fundamentales, incluidos los que se refieren a ámbitos en los que carece de competencia legislativa”<sup>27</sup>.

En definitiva, la inclusión en la Carta de algunos derechos que, en principio, nada tienen que ver con las competencias de la Unión<sup>28</sup>, suponen nuevos

24. JACQUÉ, J. P.: “La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne”, *Revue Universelle de l’Homme*, nº 1-2 (2000), p. 6.

25. STJCE de 27 de octubre de 1976, as. *Vivien Prais contre Conseil des Communautés européennes*, C-130/75, Rec. 1976, pp. 1589 y ss.

26. VITORINO, A.: “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne”, *Revue du Marché Unique Européen* (2001-3), pp. 27-64.

27. Informe Final del Grupo II de la Convención para el futuro de Europa. Doc. CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002, p. 5.

28. Como apunta Rubio Llorente, es posible establecer alguna conexión entre las competencias de la Unión y los derechos aparentemente ajenos a ellas. En el caso del derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, por ejemplo, su incorporación a la Carta puede justificarse bien por su relación con la competencia que los artículos 29 y 31 TUE atribuyen a la Unión para adoptar normas marco sobre delitos y penas en los ámbitos de terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico de drogas, bien por las atribuciones que el artículo 7 TUE le otorga para supervisar el respeto de los Estados miembros a los derechos humanos. *Vid.* RUBIO LLORENTE, F.: “Mostrar los derechos...”, *ob. cit.*, pp. 35-36.

límites a la actividad normativa y administrativa de las instituciones comunitarias. Y esto merece una valoración positiva. Los derechos fundamentales no son un título competencial autónomo y, por lo tanto, no alteran el sistema comunitario de distribución de competencias existente. Se puede decir, así, que la Carta es plenamente respetuosa con el modelo competencial vigente en la Unión. Este modelo se ve afianzado en las previsiones del Tratado Constitucional. El artículo II-111 del Tratado incorpora, en términos muy similares, el artículo 51 de la Carta<sup>29</sup>. Pero, además, en las disposiciones relativas a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, en particular en el artículo II-112 del Tratado, se incorporan nuevos apartados que robustecen la responsabilidad principal del Estado en materia de derechos fundamentales. Según el apartado 4 de dicho artículo “(e)n la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. Por su parte, el apartado 6 del artículo afirma que “(s)e tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta”. Como aclara el *Praesidium* en las Explicaciones actualizadas del texto de la Carta, este apartado “remite a los diferentes artículos de la Carta que, en aras de la subsidiariedad, hacen referencia a la legislación y prácticas nacionales”<sup>30</sup>.

Añádase a lo anterior lo establecido en el apartado 2 del citado artículo, esto es, “(l)os derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ella”. Además y en referencia a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, el apartado 2 del artículo I-9 afirma que dicha adhesión “no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución”<sup>31</sup>.

29. El artículo II-111 del Tratado Constitucional establece, en su apartado 1, que “(l)as disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias” y, añade “dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las otras Partes de la Constitución”. Según el apartado 2 del artículo, “(l)a presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución”.

30. CONV 828/1/03 REV 1, de 18 de julio de 2003, p. 52.

31. Según el Informe Final del Grupo II “Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH” de la Convención Europea, “el ‘ámbito de aplicación’ jurídico de la adhesión de la Unión al

Finalmente, en el artículo II-111 del Tratado Constitucional se incorpora el apartado 5 según el cual “(l)as disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos 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 podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”. Esta disposición, sin embargo, puede obligar a matizar lo anteriormente señalado en relación con el debate competencial ya que como ha señalado la profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ, el precepto citado puede ser interpretado “como base habilitante de una incipiente competencia normativa de las instituciones de la Unión en materia de derechos fundamentales”<sup>32</sup>.

De cualquier modo, en el sistema competencial vigente en la Unión, los derechos humanos no son materia o competencia propia de la Unión sino un campo insertado entre las demás. La competencia normativa genérica en este campo sigue estando reservada a los Estados. En aquellos casos en que las instituciones de la Unión invoquen una competencia atribuida por los Tratados y ésta no sea exclusiva opera el principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 del TCE. Ahora bien, una cosa son las competencias legislativas y ejecutivas de las instituciones y órganos de la Unión y, otra distinta, la competencia del Tribunal de Justicia para asegurar el respeto de los derechos fundamentales. A esta última cuestión vamos a hacer referencia a continuación. Más exactamente, a la presencia del principio de subsidiariedad, en su dimensión más general, en el plano judicial de la Unión Europea.

CEDH se limitaría a las cuestiones en las que la Unión es competente; no entrañaría, pues, una ampliación de competencias de la Unión, ni mucho menos, el establecimiento de una competencia general de la Unión en materia de derechos fundamentales. Por lo tanto, únicamente se generarían obligaciones ‘positivas’ de actuación de la Unión para dar cumplimiento al CEDH en la medida en que el Tratado contemple competencias de la Unión que permita tal actuación”. A su vez, “la adhesión de la Unión al CEDH no afecta a las posiciones que cada uno de los Estados miembros haya adoptado respecto del CEDH, reflejadas, concretamente, en sus decisiones individuales sobre la ratificación de determinados protocolos adicionales, en las reservas que formularon en el momento de ratificar el CEDH o sus protocolos adicionales, y en su derecho a adoptar medidas de derogación específicas”. *Vid.* CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002, pp. 13 y 14. También, el estudio del Consejo de Europa, documento de trabajo núm. 8, apartado 26, confirmado por los jueces Skuris y Fischbach, documento de trabajo núm. 9, doc. CONV 295/02, de 26 de septiembre de 2002.

32. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Los derechos humanos en el Proyecto de Constitución Europea: breve nota introductoria”, iustel.com. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3 (enero 2004), p. 19; ID.: “Los derechos humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 121-126.

## 2. Plano judicial

### A. *Las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y sus obligaciones internacionales como fuentes de inspiración del Tribunal de Justicia*

Como es sabido, los Estados fundadores de la Comunidad no le atribuyeron explícitamente competencia para la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Esta protección fue competencia reservada a los Estados. Sin embargo, éstos constataron que las instituciones comunitarias sí podían vulnerar, en el ejercicio de sus competencias, derechos fundamentales reconocidos por los Derechos nacionales. Hecho que los Estados no estaban dispuestos a aceptar, como tampoco lo estaban a renunciar a su propia competencia. De esta forma, sería a través de los derechos fundamentales como podría cuestionarse la primacía del Derecho comunitario y su aplicación uniforme en el territorio de la Comunidad. El riesgo que ello suponía, llevó al Tribunal de Justicia a atribuirse esta función de protección de los derechos fundamentales. Y lo haría, ante la carencia de competencia expresa, acudiendo a la categoría de los principios generales del Derecho Comunitario<sup>33</sup>, e inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, aunque en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad<sup>34</sup>. Posteriormente, el Tribunal identificaría su segunda fuente de inspiración en los instrumentos internacionales en la materia a los que los Estados miembros se han adherido<sup>35</sup>. Como apunta SALINAS DE FRÍAS, en la medida en que estos Tratados internacionales impregnan con sus valores el sistema normativo y los órdenes constitucionales de los Estados parte, al especificar esta fuente, en realidad se individualiza un elemento inherente al anterior. Esto es, el recurso a esta fuente de inspiración, especialmente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, es la consecuencia lógica de que las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros sean incorporadas al sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión<sup>36</sup>.

33. STJCE de 12 de noviembre de 1969, asunto *Stauder c. Ciudad de Ulm*, 26/69, Rep. 69, p. 425.

34. STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

35. STJCE de 14 de mayo de 1974, asunto *Nold Kholen-und Baustoff-grosshandlung c. Commision*, 4/73, Rep. 73, p. 508.

36. SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares S.L., Granada, 2000, pp. 80-81.

El hecho de que el Tribunal recurra a estas fuentes de inspiración, implica que “no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las constituciones de estos Estados”<sup>37</sup> o por la Convención<sup>38</sup>. Ahora bien, los Derechos nacionales que incorporan estas tradiciones y la Convención de Roma sólo son fuentes, aunque privilegiadas, de inspiración. No son, por lo tanto, fuentes formales del Derecho comunitario, cuyos textos el Tribunal pueda aplicar directamente. Únicamente en el supuesto, previsto en el Tratado Constitucional, de que la Unión se adhiriera al Convenio Europeo, este instrumento sería en sí mismo aplicable y de manera directa por el Tribunal. La acción de las instituciones comunitarias quedaría, de esta forma, sometida al control externo garantizado por el Tribunal de Estrasburgo. Situación que resultaría similar a la que existe en los Estados miembros, formando parte de sus tradiciones constitucionales comunes en materia de derechos humanos. Entraría, así, en juego el principio de subsidiariedad propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en base al cual, los sistemas internacionales de protección de los derechos entran en funcionamiento cuando fallan los sistemas estatales de protección. En este caso, el sistema de la Unión y de modo sectorial, esto es, constreñido a las materias de competencia de la Unión que le han sido atribuidas por los Estados. Esta idea de subsidiariedad no es propiamente la que preside el entramado político y jurídico de la Unión Europea en el contexto de los derechos humanos, aunque sí comparten las mismas bases ideológicas.

Esta construcción jurisprudencial ha sido introducida formalmente en el TUE de 1992. En su artículo 6, apartado 2 establece que “(1) la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y 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”. Construcción jurisprudencial que, en la medida en que toma en consideración e incorpora los Derechos nacionales derivados de estas tradiciones, constituye una muestra ilustrativa de la interacción de los derechos humanos y del principio de subsidiariedad que concilia entre la unidad y la diversidad, la integración y la diferenciación.

37. Entre otros, asunto *Nold* citado.

38. Por ejemplo, asunto *ERT*, en el que equipara la Convención de Roma a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. No sucede lo mismo con el resto de los instrumentos internacionales aunque sí “aportan indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”. STJCE de 18 de junio de 1991, asunto *ERT*, C-260/89, Rec. I-2925, p. 41. También, *vid.* asunto *Nold* citado.

Ahora bien, es la idea de unidad la que condiciona el recurso a las tradiciones constitucionales de los Estados. Como señala el Tribunal de Justicia, “la introducción de criterios de apreciación particulares, dependientes de la legislación o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al afectar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, tendría inexorablemente por efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad”<sup>39</sup>. Se exige, por lo tanto, que la incorporación de los conceptos nacionales sea funcional y limitada. Esta incorporación no plantea especiales problemas a la hora de identificar los derechos específicos que se han de proteger en el sistema de la Unión, gracias a los valores que comparten los Estados miembros. El problema reside, entonces, en la determinación del alcance de la protección pues es aquí donde las divergencias nacionales son mayores<sup>40</sup>. Resulta incompatible con la idea de supranacionalidad que el Tribunal de Justicia convierta en un derecho fundamental comunitario el mínimo común –lo que es común en todas las Constituciones nacionales– o el concepto más amplio –el concepto nacional que otorga mayor protección al particular, aunque se trate de un derecho sólo reconocido en una Constitución–. De ahí que el Tribunal, a la hora de determinar el estándar comunitario de protección, se vea constreñido a utilizar un criterio selectivo. Esto es, un criterio que partiendo de la comparación de los Derechos nacionales que incorporan esas tradiciones, selecciona el concepto nacional más adecuado a las particularidades de la Comunidad, a su estructura y objetivos<sup>41</sup>.

39. Entre otras, STJCE de 13 de diciembre de 1979, asunto *Hauer*, 44/79, Rec. 1979, p. 3744.

40. Vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A.: “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (1997), pp. 335-336; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993, pp. 203-224; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “Derechos Humanos y Unión Europea”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV (2000), pp. 381-387; BESSELINEK, L. F.M.: “Entrapped by the maximun standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union”, *Common Market Law Review*, nº 35 (1998), pp. 629-680.

41. Vid. ARNOLD, R.: “Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 53 y ss. Este autor pone de manifiesto que el método selectivo ha llevado a que la influencia de los derechos fundamentales nacionales sobre los derechos fundamentales comunitarios haya disminuido considerablemente. El método comparativo, por el contrario, asegura una mayor consideración hacia los conceptos nacionales.

Por su parte, la idea de diversidad exige que el sistema comunitario ofrezca un nivel de protección al menos idéntico al que proporcionan los sistemas nacionales. De no ser así, la aplicación incondicional del principio de primacía del Derecho Comunitario en el ámbito de los derechos fundamentales –que no ha sido aún plenamente aceptada por ningún Tribunal Constitucional de los Estados miembros– podría verse, de nuevo, cuestionada<sup>42</sup>.

Cabe preguntarse si la Carta de los Derechos Fundamentales puede romper el delicado equilibrio entre los derechos fundamentales comunitarios y los reconocidos por los sistemas nacionales. Efectivamente, el hecho de que la Unión posea su propia declaración de derechos podría dar lugar a un distanciamiento de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Sin embargo, como afirma el profesor RODRÍGUEZ BEREJO, “la Carta expresa mejor que ningún otro cuerpo o documento jurídico comunitario lo que es la cristalización de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, puestas de manifiesto a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando ampara –art. 6.2 del TUE– los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho comunitario”<sup>43</sup>. De esta manera, la Carta aun meramente proclamada y no incorporada a los Tratados, adquiere la eficacia jurídica que le otorga el artículo 6 del TUE, convirtiéndose en fuente de inspiración del Tribunal de Justicia para alcanzar decisiones en materia de derechos fundamentales. El Tribunal dispone, así, de un punto de referencia más concreto para determinar en cada caso un derecho fundamental comunitario. En definitiva, se ha dado un paso más en pos de la seguridad jurídica que, con la Carta, es mayor que en el pasado<sup>44</sup>. Pero el lu-

42. En este sentido, *Vid.* las sentencias de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, asunto *Solange* de 29 de mayo de 1974 y asunto *Frontini* de 27 de diciembre de 1973, respectivamente. También su evolución jurisprudencial materializada, entre otros, en el asunto *Solange II* de 23 de junio de 1998, en el caso alemán y, en los asuntos *Gratinal* de 8 de junio de 1984 y asunto *Fragd* con fecha 21 de abril de 1989, en el caso italiano.

43. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos”, en FERNÁNDEZ SOLÁ, N. (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 35.

44. Sobre el valor jurídico de la Carta *vid.* ALONSO GARCÍA, R.: “Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de Derechos de la Unión Europea”, en AA.VV., *Carta Europea de Derechos*, Cuadernos de derecho nº 17, Eusko-Ikaskuntza, San Sebastián, 2002, pp. 49-62; CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), pp. 7-26; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Unión Europea, Democracia y Derechos humanos”..., *ob. cit.*, pp. 44 y ss; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de protección”, *ob. cit.*, pp. 15-30; *Id.*: *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia,

gar central que ocupan los derechos fundamentales en la Unión requiere que esta seguridad sea la máxima. Y ésta sólo puede ser proporcionada por un Tratado que tenga rango constitucional. Es decir, por la Constitución Europea. Sólo así se puede dar respuesta adecuada a problemas tan delicados y difíciles como las relaciones entre la Carta y los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente las Constituciones en las que se plasman esas tradiciones estatales. De ahí, que la Carta haya sido elaborada *como si* fuese a tener carácter jurídico vinculante e integrarse en los Tratados.

Al analizar las disposiciones de la Carta, se observa que es constante el reenvío a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y a las prácticas y legislaciones estatales. Ya en el Preámbulo, se afirma la existencia de unos valores comunes pero “dentro de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local”. Y añade el Preámbulo que “(l)a 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...”. A su vez, son numerosos los derechos reconocidos en la Carta, de acuerdo con las legislaciones y prácticas nacionales que regulan su ejercicio<sup>45</sup>. También las Explicaciones del *Praesidium* sobre el texto de la Carta se refieren en distintas ocasiones a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>46</sup>.

A su vez, el artículo 53 de la Carta, relativo al nivel de protección, dispone que “(n)inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho

2001, pp. 79-100; MARTÍN Y PÉREZ DE ANCLARES, J.: “La protección de los Derechos Fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza”, *Anuario Jurídico de La Rioja* (2000-2001), pp. 404-405; ROLDÁN BARBERO, J.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE...”, *ob. cit.*, pp. 947-952.

45. Así, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia –art. 9–; el derecho a la objeción de conciencia –art. 10.2–; la libertad de creación de centros docentes –art. 14.3–; la libertad de empresas –art. 16–; el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa –art. 27–; el derecho de negociación y de acción colectiva –art. 28–; la protección en caso de despido injustificado –art. 30–; el derecho a la seguridad social y a la ayuda social –art. 34–; el derecho a la prevención y asistencia sanitaria –art. 35– y el derecho a acceder a los servicios de interés económico general –art. 36–.

46. En concreto, cuando se refiere a los siguientes derechos: objeción de conciencia –art. 10.2–, educación –art. 14–, propiedad –art. 17–, igualdad ante la ley –art. 20–, protección del medio ambiente –art. 37– y, principio de legalidad y proporcionalidad de delitos y penas –art. 49–. CHARTE 4487/00 CONVENT 50 de 11 de octubre de 2000.

de la Unión, el Derecho Internacional y los Convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, 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”. De esta forma, aun poseyendo la Unión su propia declaración de derechos, el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales debe ser definido teniendo en cuenta los estándares nacionales e internacionales. Esta toma en consideración de las exigencias nacionales se ve confirmada en las previsiones del Tratado Constitucional. Dicho Tratado recoge el artículo 53 de la Carta en términos muy similares –art. II-113–. Además, inspirándose en el artículo 6 del TUE, la Constitución establece que “(l)os derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Los derechos recogidos en la Carta no son, por lo tanto, *numerus clausus*, sino *apertus*, permitiendo, a través de la categoría de los principios generales, su adaptación constante a las preferencias y exigencias de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión. La estrecha relación entre los derechos fundamentales comunitarios y los nacionales se ve reforzada por los dos nuevos apartados –4 y 6– del artículo II-112. El apartado 4 convierte a las tradiciones constitucionales en parámetro interpretativo de los derechos reconocidos en la Carta que se deriven de estas tradiciones. El apartado 6 de este artículo afirma que “(s)e tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta”.

En definitiva, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión no sólo no supone una emancipación de éstos respecto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros sino que las confirma abiertamente. Es plenamente congruente y respetuosa, por lo tanto, con el principio de subsidiariedad.

B. *La cuestión del respeto a los derechos fundamentales en la aplicación por los Estados miembros del Derecho comunitario*

El principio de subsidiariedad también está presente cuando se refiere al control del respeto de los derechos fundamentales que realiza el Tribunal de Justicia sobre la actividad de los Estados miembros. El apartado 1 del artículo 51 de la Carta de Niza, relativo a su ámbito de aplicación, establece que sus disposiciones “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión,

respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando aplican el Derecho de la Unión”. La Carta de Niza resuelve así las dudas ocasionadas por los Tratados de Maastricht y Amsterdam, relativas al ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y la exclusión del control jurisdiccional cuando se trata de actuaciones estatales. En efecto, el artículo 6.2 del TUE –ex. art. F.2– cuando se refiere al respeto de los derechos fundamentales sólo menciona a la Unión y no a los Estados miembros. Además, no incluye este precepto entre los sometidos al control del Tribunal. Inclusión que sí realiza el Tratado de Amsterdam aunque precisando que “respeto de la actuación de las instituciones” –art. 46 *d* del TUE–. Como señala LENAERTS, esta puntualización no es un intento de desautorizar la jurisprudencia del Tribunal, sino una posible advertencia para que se actúe con cautela. Esto es, se trata de impedir que el Tribunal asuma una competencia general de control sobre la actividad de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales, con independencia del grado de conexión con el ordenamiento jurídico comunitario<sup>47</sup>. En cualquier caso, la Carta de Niza, fiel a la jurisprudencia del Tribunal, aclara la cuestión: el Tribunal no tiene poder para examinar el respeto de los derechos fundamentales cuando los Estados miembros actúan al margen del Derecho comunitario, esto es, en ejercicio de sus propias competencias. Es preciso, por lo tanto, que la actividad estatal tenga un elemento de conexión con este ordenamiento jurídico, esto es, que entre en el ámbito del Derecho comunitario<sup>48</sup>.

Sin embargo, la Carta de Niza parece no seguir la jurisprudencia del Tribunal comunitario en la cuestión relativa a la extensión del control del respeto de los derechos fundamentales cuando se trata de actuaciones estatales. Si se comparan el tenor literal del artículo 51.1 de la Carta y las decisiones judiciales, se observa que la coincidencia no es total. En efecto, el Tribunal de Justicia ha reconocido su jurisdicción al respecto en dos situaciones. Por un lado, cuando los Estados aplican el Derecho comunitario, bien mediante su desarrollo legislativo o a través de su ejecución. En estos casos, los Estados actúan como órganos de la Unión y, por lo tanto, la compatibilidad de su acción con los derechos fundamentales es susceptible de control por el Tribunal<sup>49</sup>. Por

47. LENAERTS, K.: “Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union”, *Columbia Journal of European Law*, nº 1 (2000), p. 21.

48. *Vid.* entre otras, STJCE de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, asuntos acumulados 60 y 61/84, Rec 1985, p. 26.

49. *Vid.* SSTJCE de 13 de julio de 1989, asunto *Wachauf*, 5/1988; 24 de marzo de 1994, asunto *Bostock*, C-2/92; 13 de abril de 2000, asunto *Karlsson y otros*, C-292/97 y 12 de diciembre de 2002, asunto *Rodríguez Caballero*, C-442/00.

otro lado, el Tribunal controla el respeto a estos derechos cuando los Estados “derogan” el Derecho comunitario. Esto es, cuando para salvaguardar intereses de orden interno, deciden no aplicar una norma comunitaria acogiéndose a una excepción prevista en este ordenamiento. Así, cuando se autoriza a los Estados la posibilidad de restringir las libertades comunitarias por razones de orden público, seguridad y salud pública<sup>50</sup>. Sin embargo, el artículo 51.1 de la Carta, al referirse exclusivamente al supuesto en que los Estados aplican el Derecho comunitario, parece excluir del control del Tribunal de Justicia las actividades de los Estados que exceptúan la aplicación del Derecho comunitario. Si fuera así, gran parte de las actuaciones de los Estados miembros escaparían del control del Tribunal de Luxemburgo.

Esta falta de correspondencia entre el tenor literal del precepto de la Carta y las sentencias del Tribunal de Justicia ha sido interpretado de distinta manera por la doctrina. Mientras que algunos autores consideran que hay una total consonancia entre la fórmula empleada por el artículo citado de la Carta y la jurisprudencia del Tribunal<sup>51</sup>, otros dan un carácter más restrictivo al artículo 51.1<sup>52</sup>. Según DE BÚRCA, esta interpretación restrictiva del precepto parece ser confirmada tanto por los trabajos preparatorios de la Carta como por las Explicaciones a su texto elaboradas por el *Praesidium* de la Convención<sup>53</sup>. En efecto, en el proceso de elaboración del artículo 51 de la Carta se utilizaron diversas expresiones como “trasponer o aplicar”, “en el marco de aplicación” o “en el ámbito de Derecho de la Unión” y, sin embargo, se adopta finalmente la expresión “aplicación” del Derecho de la Unión.

A su vez, si se acude a las Explicaciones al texto de la Carta, en el comentario al artículo 51 se señala que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los de-

50. Vid. SSTJCE de 28 de octubre de 1975, asunto *Rutili*, C-36/5; 26 de junio de 1997, asunto *Familiapress*, C-368/95; 18 de junio de 1991, asunto *ERT*, C-260/89.

51. En este sentido, DEL POZO RUIZ, F.: “Diez notas a propósito de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 7/8 (Suplemento) (2001), p. 96. También, LÓPEZ CASTILLO, A.: “Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 113 (2001), pp. 64-65.

52. Así, MATÍA PORTILLA, F.J.: “La eficacia de la Carta de Niza”, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, edit. por el autor, Civitas, Madrid, 2002, p. 160; WATHELET, M.: “La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue”, *Cahiers de Droit Européen*, 5-6 (2000), p. 589. ALONSO GARCÍA, R.: “The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Jean Monnet Working Papers*, nº 4/02, p. 4, [www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org).

53. DE BÚRCA, G.: “The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights”, *European Law Review*, nº 26 (2001), pp. 134 y ss.

rechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el marco del Derecho comunitario”. Entre esta jurisprudencia, se citan exclusivamente los asuntos *Wachauf* y *Karlsson*, que se refieren a la vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales comunitarios cuando aplican Derecho comunitario. Finalmente, precisa que “este principio, tal y como se consagra en la Carta, se aplica a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión”<sup>54</sup>. Sin embargo, en las Explicaciones actualizadas del texto de la Carta sí se hace alusión al asunto *ERT* en el que se cuestiona el respeto a los derechos fundamentales comunitarios de una medida estatal que excepciona el Derecho comunitario<sup>55</sup>. Además, otros autores se apoyan precisamente en las citadas Explicaciones para llegar a una solución contraria al carácter restrictivo del artículo 51.1 de la Carta. En este sentido, ALONSO GARCÍA pone de manifiesto que la noción “en el marco del Derecho comunitario” es la más cercana a la de “ámbito de aplicación del Derecho comunitario” utilizada por el Tribunal de Justicia en los asuntos *Kremzow* y *Annibaldi* y que lo hace en un sentido negativo<sup>56</sup>. Esto es, no quedan sometidas al control de los derechos fundamentales que realiza el Tribunal de Justicia las actividades estatales que no guarden una conexión comunitaria. Por el contrario, este control sí alcanza a las medidas nacionales que presentan elementos de conexión, es decir, tanto cuando aplican el Derecho comunitario como cuando lo derogan o excepcionan. En este último supuesto, los Estados no actúan propiamente dentro de sus competencias exclusivas sino que, al tratarse de materias contempladas en los Tratados, estamos ante competencias comunitarias. Es el principio de subsidiariedad el que permite a los Estados miembros adecuar el Derecho comunitario en la mayor medida posible al contexto existente de las tradiciones jurídicas y políticas de los Estados. Pero no sería congruente con la decisión de los pueblos de Europa de compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes que las medidas estatales que

54. CHARTER 4487/00 CONVENT 50, de 11 de octubre de 2000, p. 46.

55. CONV 828/1/03 REV 1, de 18 de julio de 2003, p. 46. *Vid.* también la nota de información CHARTE 4111/00, en cuyo ap. II. 4 se establece que la Carta se “adaptará a la jurisprudencia del Tribunal, según la cual los Estados miembros deben respetar los derechos fundamentales desde el momento en que actúan en el ámbito de aplicación de los Tratados ya sea para aplicar el Derecho comunitario (o de la Unión) o para derogarlo (TJCE. Sentencia de 16.6.1991, C-260/89, Rec. I-2925, punto 43)”.

56. ALONSO GARCÍA, R.: “Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2002, p. 155.

exceptúan o derogan el Derecho comunitario escapan del control a los derechos fundamentales que realiza el Tribunal de Justicia.

No obstante, la delimitación del concepto “ámbito del Derecho comunitario” sigue planteando algunas dificultades. Ello es así no sólo por el carácter funcional del sistema competencial de la Unión, sino también porque, en los ámbitos de competencias concurrentes, los Estados conservan la competencia pero sólo pueden ejercerla hasta que la Comunidad no actúe. En estos casos, según algunos autores, los actos de los Estados no quedan completamente al margen del Derecho comunitario y, por lo tanto, deben ser también sometidos al control de los derechos fundamentales que realiza el Tribunal de Justicia<sup>57</sup>. Hasta el momento, el órgano judicial comunitario no ha hecho suya esta interpretación extensiva del concepto “ámbito del Derecho comunitario”<sup>58</sup>, que reduciría la autonomía de los Estados miembros y, por lo tanto, no sería congruente con las exigencias del principio de subsidiariedad.

En cualquier caso, el control de los derechos fundamentales que el Tribunal de Justicia realiza sobre la actividad de los Estados miembros sí es respetuoso con la dimensión limitativa de subsidiariedad, puesto que es de menor intensidad que el que ejerce cuando se trata de actuaciones de las instituciones comunitarias. Se exige que la medida estatal tenga una conexión comunitaria. Sin embargo, este control es de idéntica intensidad para los Estados como para las instituciones comunitarias cuando se trata de derechos “genuinamente fundamentales” por ser “constitutivos de la Unión”<sup>59</sup>. Precisamente por ello, estos derechos no sólo aparecen configurados como principios generales del Derecho comunitario, sino que también aparecen recogidos en normas de Derecho originario, dotándoles así de una primacía incondicionada. El control de estos derechos que ejerce el Tribunal vincula así a los Estados miembros aun cuando actúen en su propio ámbito competencial y, por lo tanto, no presenten elementos de conexión con el Derecho comunitario<sup>60</sup>. Es ésta, sin duda, una manifestación de la vertiente positiva de la subsidiariedad.

57. Vid. WEILER, J. H. H.: “Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals. A critique”, *European Journal of International Law*, nº 1 (1992), pp. 79 y ss. LENAERTS, K.: “Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union”, *Columbia Journal of European Law*, nº 1 (2000), pp. 22-23.

58 Vid. STJCE de 30 de septiembre de 1987, asunto *Demirel*, 12/86.

59 Vid. BIGLINO CAMPOS, P.: “Derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros: algunos problemas de conexión (1)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69 (septiembre-diciembre 2003), pp. 393-395.

60. En efecto, el Tribunal ha realizado el control de derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario como la libre circulación, la igualdad de trato o el derecho a la intimidad sobre actuaciones meramente estatales en diversos asuntos. Vid. SSTJCE

### III. A MODO DE RECAPITULACIÓN

La enseñanza que a mi entender se desprende de las consideraciones anteriores es que el principio de subsidiariedad en la Unión, aplicado al campo de los derechos humanos, exige no restringirlo a su faceta normativa pues posee una dimensión adicional, de carácter más general. Bajo esta dimensión se observan similitudes subyacentes entre el discurso de la subsidiariedad y el discurso de los derechos fundamentales. La subsidiariedad en la Unión actúa como instrumento que articula y concilia las tensiones entre los intereses de la integración y los de la diferenciación, los de la armonización y los de la diversidad, los de la centralidad y los de las soberanías estatales. A su vez, los derechos fundamentales en la Unión se sitúan en la intersección entre aspiraciones comunes y particularidades nacionales.

A partir de estas ideas, se puede afirmar que el principio de subsidiariedad ha estado siempre presente en el campo de los derechos fundamentales. Podemos encontrar manifestaciones de la subsidiariedad tanto en el plano normativo como en el judicial. En el plano normativo de los derechos humanos, la Unión carece de una competencia general y directa pero puede adoptar actos normativos en este campo una vez constatada la existencia de competencia por la invocación de una base jurídica habilitante. Cuando esta competencia no sea exclusiva de la Unión, opera la dimensión normativa de la subsidiariedad, tal y como es definida en el artículo 5 del TCE. La aplicación de la subsidiariedad como norma en el campo de los derechos fundamentales no presenta, por lo tanto, ninguna particularidad respecto de otras materias. En el plano judicial el espíritu de la subsidiariedad preside todo el desarrollo de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión, a través de dos vías. Una atañe a las fuentes en las que se inspira el Tribunal para alcanzar decisiones en materia de derechos fundamentales, toda vez que toma en cuenta e incorpora los conceptos nacionales derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los instrumentos internacionales en que participan estos Estados. La otra vía tiene que ver con la cuestión del respeto a los derechos fundamentales cuando los Estados aplican el Derecho Comunitario. Ello es así porque el control que realiza el Tribunal sobre la actividad estatal es congruente con el principio de subsidiariedad, ya que es de menor intensidad que el que ejerce cuando se trata de las instituciones comunitarias.

de 12 de junio de 2003, asunto *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, C-112/00; 19 de junio de 2003, asunto *Pasquín*, C-34/02; 20 de mayo de 2003, asunto *Rechnungshof*, C-465/00, C-138/01 y C-139/01.

En fin, la Carta de los Derechos Fundamentales ha hecho explícitas estas manifestaciones de la subsidiariedad en el campo de los derechos humanos. Sus disposiciones, así como las previsiones del Tratado Constitucional, son respetuosas con la idea de subsidiariedad. Se pone así el debido énfasis en una Europa “unida en la diversidad”.

### **Resumen**

Este artículo trata sobre la aplicación del principio de subsidiariedad a la protección de los derechos humanos en el marco de la Unión Europea. Esta aplicación tiene dos dimensiones: una dimensión normativa, en primer lugar y una dimensión más general, en segundo lugar. En el plano normativo, la subsidiariedad no presenta ninguna particularidad. En tanto que norma, la subsidiariedad –formulada en el artículo 5 del TCE– es operativa una vez que se comprueba la existencia de una competencia a través de la invocación de la pertinente norma jurídica y siempre que se trate de una competencia no exclusiva de la Unión. En el plano judicial, el principio intenta conciliar la tensiones entre la unidad y la diversidad. En este plano la subsidiariedad está presente tanto en las fuentes que utiliza el Tribunal para la adopción de decisiones en materia de derechos humanos, como en el respeto de estos derechos cuando son los Estados miembros quienes aplican el Derecho comunitario.

### **Résumé**

Cette article porte sur l'application du principe de subsidiarité à la protection des droits de l'homme dans le cadre de l'Union Européenne. Cette application a deux volets: un volet normatif, premièrement; et un autre volet plus général, deuxièmement. Sur le plan normatif, la subsidiarité ne présente aucune particularité. En tant que norme, la subsidiarité –formulée dans l'article 5 du TCE– opère une fois qu'on constate l'existence d'une compétence moyennant l'invocation de la pertinente base juridique et à la condition qu'il s'agisse d'une compétence non exclusive de l'Union. Sur le plan judiciaire, le principe essaie la conciliation des tensions entre l'unité et la diversité. Sur ce plan la subsidiarité est présente tant dans les sources utilisées par la Cour de Justice pour l'adoption de décisions en matière de droits fondamentaux que dans le respect de ces droits lorsque les Etats membres appliquent le Droit Communautaire.