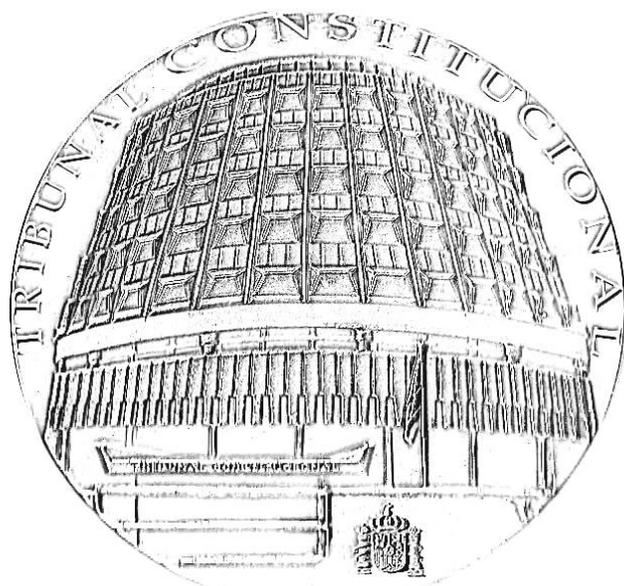


**XVI Conferencia Trilateral
16-18 de octubre 2014
Santiago de Compostela**



**La tutela multinivel de los
derechos fundamentales**

España

LA TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Magistrado Santiago Martínez-Vares García
Letrado Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Sumario:

I. Introducción.

II. La tutela de los derechos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

1. Los antecedentes: La evolución de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea.

1.1 Un primer hito: el reconocimiento por el Tribunal de Justicia de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario.

1.2 Un segundo hito: La extensión del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea a la actuación de los Estados miembros. La importancia de la conexión de la actividad interna con el ordenamiento de la Unión Europea.

1.2.1 La actuación de los Estados miembros como aplicadores del Derecho de la Unión Europea.

1.2.2 La actuación de los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

1.3 Un tercer hito: la explicitación de los derechos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

2. La vigente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2.1. El ámbito de aplicación de la Carta.

2.2 El nivel de protección de la Carta.

III. La tutela de los derechos fundamentales por los ordenamientos jurídicos nacionales.

1. Los derechos fundamentales constitucionales como parámetro de control del Derecho primario (originario) de la Unión Europea.

2. Los derechos fundamentales constitucionales como parámetro de control del Derecho secundario (derivado) de la Unión Europea.

3. Los derechos fundamentales constitucionales como límite a la actuación de los poderes públicos nacionales cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

3.1 La actuación de los poderes públicos nacionales en el ámbito del derecho de la Unión cuando tienen margen de apreciación en la implementación del Derecho de la Unión.

3.2 La actuación de los poderes públicos nacionales sin margen de apreciación en la implementación del Derecho de la Unión.

4. La diversidad de estándares en materia de derechos fundamentales y el juego de la cláusula del respeto de la identidad nacional recogida en el artículo 4.2 del TUE.

IV. La tutela de los derechos por los mecanismos establecidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

I.Introducción.

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dispone que “toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”.

Dos serían, pues, los elementos esenciales que, de acuerdo con aquella Declaración, deben encontrarse asegurados en un Estado constitucional para que pueda considerarse como tal, la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales. Ambos elementos están orientados a la salvaguarda del mismo objetivo, la preservación de la libertad de los ciudadanos frente al poder.

La garantía de los derechos fundamentales en el moderno Estado constitucional se encuentra esencialmente asegurada a través de la inserción en el propio texto constitucional de un catálogo de derechos fundamentales y a través del establecimiento y previsión de mecanismos de garantía de los mismos por parte de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, en los últimos tiempos, la garantía de los derechos, también se viene promoviendo a través de la incorporación de los diversos Estados a nuevos procesos de integración regional en los que se establecen mecanismo propios de garantía de los derechos y que han dado lugar a la existencia, en el caso de Europa, de hasta tres catálogos distintos de derechos fundamentales con su correspondiente sistema de garantía: el contenido en la respectiva Constitución nacional, el contenido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales adoptado en Roma en 1950, y el contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que desde el 1 de diciembre de 2009 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados europeos.

Como correctamente se ha señalado por Alonso García, la proliferación de instrumentos normativos, nacionales e internacionales, sobre derechos fundamentales que un juez debe manejar en el marco de un litigio concreto forma parte del quehacer ordinario de la judicatura, lo que ya no es tan ordinario es que cada instrumento normativo tenga su propio intérprete supremo, y que además tal intérprete supremo pueda estar llamado a intervenir, en el marco del litigio del cual está conociendo el juez (incidiendo en la resolución del caso) o tras su resolución (revisando la resolución dictada)¹.

La pluralidad de catálogos y la pluralidad de instancias garantizadoras de los mismos plantea, así, una serie de interrogantes en la articulación del funcionamiento de todo el sistema de protección; interrogantes a los que se han dado diferentes respuestas dependiendo de cual sea la perspectiva y el órgano que las dé.

Dedicaremos los próximos epígrafes a examinar como se garantizan los derechos fundamentales por parte de los diversos instrumentos normativos, nacionales e internacionales, sobre derechos fundamentales.

¹ ALONSO GARCIA, R., El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales. Madrid. 2014. P. 15

Como se ha señalado hoy día resulta del todo punto imposible comprender adecuadamente el alcance material de la protección de los derechos fundamentales en un concreto ordenamiento jurídico nacional sin encuadrarlo a la vez en el marco que conforman los tribunales internacionales encargados de la protección de los mismos en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica. WP IDEIR nº 14 (2012)

II. La tutela de los derechos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha supuesto el otorgamiento de eficacia jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; catálogo propio de derechos fundamentales que desde entonces vincula a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Sin embargo, la historia de la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión tiene unos antecedentes previos a aquella fecha que merecen ser brevemente recordados.

1. Los antecedentes: La evolución de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea.

1.1 Un primer hito: el reconocimiento por el Tribunal de Justicia de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario.

El Tratado de Roma de 1957 por el que se fundó la Comunidad Económica Europea carecía de una explícita declaración de derechos que limitase tanto la actuación de las instituciones comunitarias que en él se

creaban como la de los Estados miembros cuando aplicasen el derecho adoptado por aquellas².

El Tratado de Roma sólo se refería expresamente a unos pocos y concretos derechos. Así, por ejemplo, se refería en su articulado al derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad (hoy recogida en el art. 18 TFUE), al derecho a la igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo (hoy recogida en el art. 157 TFUE), al derecho a la no discriminación entre productores y consumidores en el ámbito de la Política Agrícola Común (hoy recogida en el art. 40.2 TFUE) o a las denominadas libertades básicas del mercado interior (que garantizan la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)³.

Ante la ausencia de una tabla explícita de derechos, el Tribunal de Justicia, a finales de los años 60 y principios de los 70 del pasado siglo, desarrolló la doctrina de la existencia en el ordenamiento jurídico comunitario de una tabla implícita de derechos fundamentales limitadores

² La Constitución Federal norteamericana de 1787 también se promulgó sin una declaración de derechos. Los federalistas sostenían que la limitación del poder federal derivaba del hecho de que sus competencias eran enumeradas, y el ejercicio de tales competencias difícilmente era susceptible de vulnerar derechos de los ciudadanos, y por tanto se hacía innecesaria la aprobación de una tabla de derechos.

De manera coincidente en el "Informe sobre los Derechos Fundamentales en la creación y aplicación del Derecho Comunitario" de 1976, elaborado a raíz de la sentencia *Solange I*, la Comisión desechaba la creación de una Carta de derechos propia para la Comunidad alegando que mientras las competencias de la Comunidad Económica Europea no se extendiera a materias más políticas en las que su acción tuviese una incidencia más directa sobre la vida de los ciudadanos se podía prescindir de ella. En RUBIO LLORENTE, F., "Mostrar los Derechos sin Destruir la Unión" en *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*. Madrid. 2002. p. 124.

Sin embargo, en el caso de los Estados Unidos de América las críticas suscitadas durante el proceso de ratificación de la Constitución en algunos Estados federados llevarían a la aprobación en 1791 de una auténtica tabla de derechos, limitadora del poder federal, contenida en las diez primeras enmiendas que se adicionaron al texto fundamental

³ DE WITTE "The Past and the Futures Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights" en *The EU and Human Rights*, coord. Alston, Bustelo y Heenan. Oxford University Press. 1999.

de la actuación de las instituciones europeas⁴ [y de los estados miembros cuando aplicasen el derecho comunitario] al considerar a aquellos como parte integrante de los principios generales del derecho comunitario.

En efecto, ante la falta de reconocimiento en el Tratado original y en sus sucesivas modificaciones de una tabla explícita de derechos fundamentales, la jurisprudencia del Tribunal acabaría radicando su reconocimiento implícito -hasta el reconocimiento de una tabla explícita de derechos en el Tratado de Lisboa (2009)- en los denominados principios generales del derecho comunitario⁵.

Para J. H. Weiler el sometimiento del poder de las instituciones europeas a los límites derivados de los derechos fundamentales no sería sino una consecuencia inevitable tras la afirmación por el Tribunal de Justicia de los principios de supremacía, de eficacia directa y de los poderes implícitos. El mensaje que enviaba el Tribunal de Justicia con su construcción jurisprudencial en torno a los derechos era que la acumulación de poder en la Comunidad (hoy Unión Europea) a la que llevaba la doctrina del propio Tribunal como consecuencia de la aplicación de los tres principios mencionados no quedaría desprovista de control⁶. En efecto, habría sido necesario, en una situación de falta de legitimidad democrática directa de las instituciones europeas, y tras haberse reconocido la preeminencia del derecho europeo sobre el derecho interno, el sometimiento de la actividad de las instituciones europeas a los límites derivados de los derechos fundamentales. Sometimiento que, y de acuerdo

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969, 29/69, asunto *Stauder* y Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, 11/70, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁵ Tal jurisprudencia habría sido forzada, según un sector doctrinal, por el Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Constitucional Italiano, MANCINI, "A Constitution for Europe". 26 *Common Market Law Review* 595. 1989. pag. 611.

⁶ WEILER, J.H.H, *Europa, fin de siglo*. CEPC. Madrid. 1995. Pp. 32 y ss.

con el principio de primacía, sólo podría ser fiscalizado por el Tribunal de Justicia⁷.

Así, la legitimidad del proceso mismo de integración requería la protección de los derechos individuales frente a la actuación de un nuevo poder, el comunitario, que se afirmaba jurisprudencialmente que se imponía al derecho interno y que estaba además aquejado de un importante déficit democrático. El reconocimiento de la existencia de límites al poder público europeo derivados de la aplicación jurisdiccional de los derechos fundamentales contribuiría así a otorgar legitimidad a todo el proceso de integración⁸.

Sin embargo, el camino hasta llegar a tal reconocimiento no fue tan evidente; el Tribunal de Justicia en sus primeros pronunciamientos se mostró reticente a aceptar que los derechos fundamentales formasen parte del parámetro de control al que tenía que acudir para juzgar la “constitucionalidad/legalidad” de los actos de las instituciones europeas.

En efecto, en los asuntos *Stork c. Alta Autoridad* (1959)⁹ y *Comptoirs de Vente c. Alta Autoridad* (1960)¹⁰ se había alegado por dos sociedades alemanas la vulneración por determinadas medidas adoptadas por la Alta Autoridad de la CECA de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución alemana y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán¹¹. En ambos casos el Tribunal de

⁷ FROWEIN, SCHULHOFER & SHAPIRO, "The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration" en *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*. vol I. M. Cappelletti, M. Seccombe & J. Weiler eds. 1986.

⁸ LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e Integración: El fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la RFA*. CEPC. Madrid. 1996.

⁹ STJ de 4 de febrero de 1959, 1/58, asunto *Stork*.

¹⁰ STJ de 15 de junio de 1960, asuntos acumulados 36,37 y 38/58 y 40/59, *Comptoirs de Vente*.

¹¹ Se trataba de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libre elección de una profesión u oficio, y del derecho de propiedad privada.

Justicia se consideró incompetente para pronunciarse sobre la vulneración del derecho nacional, lo que suponía en la práctica desestimar la consideración de que los derechos fundamentales constitucionales fuesen parámetro para juzgar la actuación de las instituciones europeas¹². Ciertamente, reconocer que los derechos fundamentales recogidos en el derecho interno alemán suponían un límite a la actuación de las instituciones comunitarias supondría reconocer la subordinación del derecho europeo a los derechos constitucionales internos y supondría poner en cuestión el incipiente principio de primacía que habría de ser consagrado por el Tribunal de Justicia poco después en la sentencia *Costa c. Enel* (1964)¹³.

Sin embargo, para preservar la legitimidad del proceso de integración sin poner al tiempo en cuestión el naciente principio de primacía del derecho comunitario era necesario radicar los derechos fundamentales como límites a la actuación del nuevo poder público europeo en algún lugar.

¹² De la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el principio de primacía establecida en la Sentencia de 15 de julio de 1964, 6/64, asunto *Costa c. Enel*, se derivaría la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional alemán entrase a considerar si el derecho comunitario estaba vulnerando los derechos fundamentales contenidos en la Constitución alemana.

¹³ Y que supone que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo. Por lo tanto, el Derecho europeo tiene primacía sobre los Derechos nacionales. En consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea. El Derecho nacional no se anula ni deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido.

El Tribunal de Justicia fundamentó su concepción en el hecho de que “a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado, y que se impone a sus jurisdicciones”. Para el Tribunal de Justicia “... la transferencia operada por los Estados, de su orden jurídico al comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del tratado, provoca... una limitación definitiva de sus derechos soberanos, contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de comunidad”.

El giro trascendental se produjo en la sentencia *Stauder* (1969)¹⁴ en la que el Tribunal de Justicia afirmó que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto debía asegurar el propio Tribunal de Justicia¹⁵. Era, por tanto, el propio derecho comunitario, en sus principios generales, la fuente del reconocimiento de los derechos fundamentales, lo que hacía innecesario tener que acudir a los derechos nacionales para determinar los límites de la actividad comunitaria, salvaguardándose así, simultáneamente, el principio de primacía del derecho europeo y la legitimidad del propio proceso de integración.

Este giro doctrinal fue confirmado y desarrollado en la paradigmática sentencia *International Handelsgesellschaft* (1970)¹⁶. En aquella resolución, el Tribunal de Justicia reiterará que no es posible que los derechos internos se invoquen como límite a la actuación de las instituciones europeas, al afirmar el Tribunal que “el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario”¹⁷. Para el Tribunal de

¹⁴ STJ de 12 de noviembre de 1969, 29/69, asunto *Stauder*.

¹⁵ Apartado 7 “La disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de hacer peligrar los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal”

¹⁶ STJ de 17 de diciembre de 1970, 11/70, *International Handelsgesellschaft*. A pesar del reconocimiento de los derechos fundamentales como límite de la actividad de las instituciones europeas en *Stauder* y en *Handelsgesellschaft* los Tribunales Constitucionales italiano y alemán cuestionaron con posterioridad a aquellas el principio de supremacía del derecho comunitario si éste vulneraba los derechos fundamentales garantizados en las constituciones nacionales y dedujeron su competencia para controlar la constitucionalidad del derecho comunitario mientras no existiese una certeza jurídica más fuerte de la protección de los derechos fundamentales que la derivada de las sentencias del Tribunal de Justicia. Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano, *Frontini*, de 27 de diciembre de 1973 y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974.

¹⁷ Para el Tribunal de Justicia “al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin

Justicia “la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario”¹⁸. Así, una vez desechado que los derechos fundamentales nacionales puedan constituirse en canon para apreciar la validez de los actos de las instituciones europeas y afirmado que el único canon aplicable es el propio derecho comunitario -salvaguardándose así la primacía del derecho europeo-; considera el Tribunal de Justicia que es necesario examinar si se ha vulnerado una garantía análoga (a la existente en los derechos nacionales) presente en el derecho comunitario. Para el Tribunal de Justicia, confirmando la doctrina establecida en *Stauder* (1969), el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto asegura el propio Tribunal. Para el Tribunal de Justicia la protección de estos derechos corresponde al juez comunitario, el cual debe inspirarse en “las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”¹⁹.

Poco después, en la sentencia *Nold* (1974) el Tribunal de Justicia afirmará que para conformar los criterios de aplicación de estos derechos fundamentales presentes en los principios generales del derecho comunitario junto a “las tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros el juez europeo deberá acudir también a “los Tratados internacionales, relativos a la protección de los derechos del hombre en los que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido”²⁰,

perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma”, apartado 3.

¹⁸ Apartado 3. Para el Tribunal de Justicia “la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad”

¹⁹ Apartado 4.

²⁰STJ de 14 de mayo de 1974, 4/73, asunto *Nold v. Comisión*. En *Nold* es importante destacar que junto a la referencia a los tratados internacionales se concretaba la idea de la tradiciones constitucionales comunes cuando se afirmaba por el Tribunal que “no podría admitir medidas

especialmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950²¹.

Así, los derechos fundamentales que constituyen el parámetro de control al que debe acudir el juez comunitario para determinar la “legalidad/constitucionalidad” de la actividad de las instituciones europeas se encuentran radicados en los principios generales del derecho comunitario y no en los textos constitucionales internos, lo que permite al derecho europeo mantener su primacía. Pero, al tiempo, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y los Tratados internacionales sobre derechos humanos, si bien no tienen eficacia jurídica directa, constituyen una fuente esencial de interpretación de los criterios de aplicación de esos derechos fundamentales radicados en los principios generales del derecho comunitario.

La construcción jurisprudencial referida, con la conexión de los derechos fundamentales comunitarios con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los tratados internacionales sobre derechos, será ratificada en el Derecho Originario años después cuando el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht (1992) incluya un artículo F que no hace sino explicitar la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia al afirmar que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las Libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario”.

incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros”

²¹ En la STJ de 28 de octubre de 1975, 36/75, asunto *Rutili*, el Tribunal de Justicia subrayó que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 es uno de esos instrumentos jurídicos.

De este modo, el propio Derecho Originario de la Unión Europea reconoce y ratifica el papel del Tribunal de Justicia en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho de la Unión²².

En orden a preservar la legitimidad de todo el proceso de integración habría sido, por tanto, inevitable la afirmación de los derechos fundamentales como límite a la actuación de las instituciones europeas; derechos que, a través de una brillante construcción jurisprudencial, se radican en los principios generales del derecho europeo.

1.2 Un segundo hito: La extensión del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea a la actuación de los Estados miembros. La importancia de la conexión de la actividad interna con el ordenamiento de la Unión Europea.

En un principio, la utilización de los derechos fundamentales como límite “constitucional” a la actuación del poder se circunscribió al ámbito de actuación de los poderes e instituciones europeas. El paso siguiente a dar por el Tribunal de Justicia será determinar si los derechos fundamentales reconocidos en un primer momento en los principios generales del derecho europeo se aplican también como parámetro de

²² BAQUERO CRUZ, J., “Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales” en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*. Dir. Beneyto. Thomson Reuters. p. 130.

control de la conformidad de la actuación de los Estados miembros con el Derecho Europeo²³.

El Tribunal de Justicia afirmará que determinadas actuaciones de los poderes públicos estatales deben ser sometidas al control del juez comunitario tomando como parámetro los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico de la Unión. La Unión Europea se ha fundamentado en lo que es posible denominar un federalismo de ejecución donde se acentúa la interrelación y cooperación de los diferentes niveles territoriales. El grueso de competencias transferidas por los Estados miembros a las instituciones de la Unión a través de los Tratados constitutivos son competencias normativas, cuyo ejercicio se traduce en la adopción de Reglamentos, Directivas o Decisiones, y que requieren para su aplicación la acción de los poderes públicos nacionales. Ello supone que muchas de las actuaciones de los Estados miembros son un desarrollo o ejecución del Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia ampliará así, a finales de los años 80, la obligación de respetar los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del derecho europeo a los Estados miembros en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo.

²³ En los Estados Unidos de América no fue hasta la aprobación de las "Enmiendas de la reconstrucción" en 1868 y el desarrollo de la doctrina de la "incorporación", cuando la jurisdicción federal pudo adoptar como parámetro de control de la actividad de los Estados los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal. Hasta entonces, el *Bill of Rights* contenido en las diez primeras enmiendas sólo era aplicable a los actos de la Federación. Las regulaciones estatales no se sometían a un *judicial review* federal tomando como parámetro los derechos fundamentales de las enmiendas de 1791.

Ello no quería decir que la actuación de los poderes públicos estatales no se sometiese a los límites derivados del reconocimiento de derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados federados. En efecto, la actuación de los Estados podía someterse a un control de constitucionalidad por parte de las jurisdicciones estatales y tomando como parámetro las tablas de derechos contenidas en las Constituciones estatales.

No obstante lo anterior, al tiempo que se reconoce la necesidad de que los Estados miembros en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo queden vinculados por los derechos fundamentales comunitarios, el Tribunal de Justicia afirmará su incompetencia para someter al parámetro de los derechos fundamentales europeos todas aquellas medidas de los Estados miembros adoptadas cuando no existe una conexión entre la actividad estatal y el ordenamiento europeo.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. El Tribunal de Justicia ha indicado que, por este motivo, no puede apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión.

La cuestión fundamental será, por tanto, dilucidar el grado de conexión con el ordenamiento europeo que debe tener una medida estatal para poder ser sometida a un control de conformidad con los derechos fundamentales contenidos en el derecho europeo²⁴.

²⁴ Ver en ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Madrid. 1994. pag 648 y ss.. WEILER & LOCKHART, "Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence". 32 *Common Market Law Review*. 1995. pag 51, primera parte y pág. 579 segunda parte. CRAIG & DE BÚRCA *The Evolution of EU Law* 2002 (3 ed.) 337-349.

En todo caso, es necesario subrayar que las regulaciones estatales sin conexión con el ordenamiento comunitario siempre pueden verse sometidas al control realizado por los órganos nacionales de control de la constitucionalidad tomando como parámetro los derechos fundamentales reconocidos en el derecho interno. Igualmente pueden verse sometidos al control realizado por el Tribunal de Estrasburgo tomando como parámetro los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En este sentido para Lenaerts el hecho de que el Tribunal de Justicia se haya declarado incompetente para revisar la compatibilidad de los actos de los Estados miembros que no son aplicación del derecho comunitario con los derechos fundamentales reconocidos en el derecho comunitario no significa que exista una laguna en la protección de los derechos fundamentales. En efecto, tales supuestos se someten al control del Tribunal de Estrasburgo, órgano supranacional encargado de la aplicación del Convenio Europeo para la Protección de los

El Tribunal de Justicia se ha referido esencialmente a dos supuestos o situaciones en las que un acto de un Estado miembro puede someterse al control del juez comunitario tomando como parámetro de control su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión.

El primer supuesto o situación es aquel en el que los Estados miembros actúan en calidad de «agentes de la Unión» al adoptar las disposiciones nacionales exigidas por una normativa europea²⁵. El segundo es aquel en el que un estado miembro no actúa como aplicador del derecho europeo sino en el ámbito de aplicación del derecho europeo, bien porque adopte una normativa nacional que exceptúa una libertad de circulación reconocida por el Tratado²⁶, o bien de forma más amplia si se propone lograr el objetivo pretendido por una normativa comunitaria mediante las disposiciones nacionales que le parecen necesarias para ello²⁷.

1.2.1 La actuación de los Estados miembros como aplicadores del Derecho de la Unión Europea.

En la sentencia *Wachauf* (1989)²⁸ el Tribunal de Justicia consideró que “las exigencias derivadas de la protección de los derechos

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del que son parte todos los Estados miembros de la Unión Europea. El sometimiento de los Estados miembros a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo permite una interpretación unificada de los derechos fundamentales en toda la Unión Europea aunque no sea realizada por los órganos jurisdiccionales comunitarios.

²⁵ STJ de 13 de julio de 1989, 5/88, asunto *Wachauf*.

²⁶ Supuesto tratado en la STJ de 18 de junio de 1991, C-260/89, asunto *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*.

²⁷ Supuesto tratado en la STJ de 10 de julio de 2003, C- 20/00 y C- 64/00, asunto *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*

²⁸ STJ de 13 de julio de 1989, 5/88, asunto *Wachauf*.

fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario(...) vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias”.

El Tribunal se refiere aquí a la actuación de los Estados miembros “cuando aplican la normativa comunitaria”; lo que supone que los derechos fundamentales europeos vinculan a los Estados miembros cuando actúan como poderes de ejecución y aplicación del derecho europeo. Cuando el Estado miembro actúa como un agente o brazo ejecutor de la Comunidad/Unión²⁹.

Esta jurisprudencia no sería sino la consecuencia lógica de haber considerado los derechos fundamentales como límite a la actuación de las instituciones comunitarias en la sentencia *Stauder* (1969) y en la sentencia *International Handelsgesellschaft* (1970). En efecto, para Weiler no es posible considerar a la Unión Europea como un ente enteramente distinto de los Estados miembros³⁰. En el ordenamiento europeo a menudo los Estados miembros actúan como brazos ejecutivos e incluso legislativos de la Unión, por ello, sería absurdo considerar que los derechos fundamentales derivados de los principios generales del derecho europeo sólo limitan a las instituciones de la Unión y no limitan a los Estados miembros actuando como “órganos europeos”.

Destaca Jacobs que el control de la actividad de los Estados miembros como aplicadores del derecho europeo es más importante, en la

²⁹ WEILER & LOCKHART, “Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence”. 32 *Common Market Law Review*. 1995. P. 64 y 73.

³⁰ WEILER & LOCKHART, “Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence”. 32 *Common Market Law Review*. 1995. pag 73.

práctica, que el propio control de las instituciones europeas puesto que el Derecho de la Unión Europea es esencialmente aplicado por los Estados miembros³¹.

Tal concepción ha sido ratificada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que recordemos que el Tratado de Lisboa ha dotado de plena eficacia jurídica, y cuyo artículo 51 dispone el ámbito de aplicación de la misma al establecer que “las 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 tanto, la actuación de los Estados miembros como aplicadores del derecho de la Unión supone el sometimiento de aquellos a los derechos reconocidos por el propio Derecho de la Unión Europea.

1.2.2 La actuación de los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia ha considerado que cuando un Estado miembro se acoge a una de las excepciones que permiten la no aplicación de las denominadas libertades fundamentales establecidas en el Tratado, estaría actuando dentro del ámbito de aplicación del Derecho europeo y por ello se podría someter su regulación al control del juez comunitario tomando, también, como parámetro los derechos fundamentales recogidos en el Derecho de la Unión.

³¹ JACOBS, F. G., "Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice". 26 *European Law Review* 331. 2001. P. 333. Así muchas de las normas europeas adoptadas con la forma de Directivas requieren de la concreción posterior en una norma estatal.

En un principio la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pareció rechazar tal construcción. Así en la sentencia *Cinéthèque* (1985)³² se le sugirió al Tribunal de Justicia que debía comprobar la compatibilidad con la libertad de expresión de una regulación nacional que creaba un obstáculo a la libre circulación de películas de video³³, derecho que se encontraría incorporado entre los principios generales del derecho europeo interpretados a la luz del artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. El Tribunal de Justicia consideró que “a pesar de que sea cierto que es tarea del Tribunal asegurar la observancia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario, no tiene competencia para examinar la compatibilidad con la Convención Europea de una ley nacional que concierne a un área que cae bajo la jurisdicción del legislador nacional”.

Así el hecho de que una medida nacional pueda constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías que es finalmente justificado por la existencia de una exigencia imperativa no produce que la medida estatal deba someterse al control del juez comunitario adoptando, también, como parámetro los derechos fundamentales europeos³⁴.

³² STJ de 11 de julio de 1985, asuntos acumulados 60 y 61/84, *Cinéthèque*

³³ La medida pese a obstaculizar fue considerada justificada por promover un objetivo legítimo de forma proporcionada.

³⁴ Tal concepción fue recogida nuevamente en sentencia *Demirel*, STJ de 30 de septiembre de 1987. 12/86, donde afirmó que “este Tribunal, como ya declaró en su sentencia de 11 de julio de 1985 (*Cinéthèque*, asuntos acumulados 60 y 61/84, Rec. 1985, pp. 2605 y ss., especialmente p. 2618), debe velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario, pero no puede apreciar la compatibilidad de una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos”.

Tal doctrina sufrió, sin embargo, un importante vuelco a principios de los años 90 del pasado siglo con la sentencia *ERT* (1991)³⁵. En efecto, desde entonces el Tribunal de Justicia considera que toda aquella actividad de los Estados miembros que se acoge a una de las excepciones previstas en el Tratado cuando afecta a una de las cuatro libertades fundamentales se debe someter a un control de conformidad con los derechos fundamentales reconocidos en los principios generales del derecho europeo.

En efecto, para el Tribunal de Justicia “cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 del Tratado para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. De este modo la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 más que si es conforme con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”³⁶.

La sentencia *ERT* deja claro que, cuando un Estado miembro adopta una medida que constituye una excepción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado, dicha medida queda incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y se le debe someter al parámetro de los derechos fundamentales europeos³⁷.

³⁵ STJ de 18 de junio de 1991, C-260/89, asunto *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*.

³⁶ Apartado 43. Habría que entender entonces revocada la doctrina contenida en *Cinéthèque* por la posterior sentencia *ERT* que sí que considera competente al juez comunitario para controlar las regulaciones estatales que se considere que a priori vulneran las 4 libertades aunque pudieran estar justificadas en una de las causas de justificación admitidas por la jurisprudencia.

³⁷ En el caso concreto se debía considerar la compatibilidad de una norma griega que otorgaba derechos de televisión exclusivos con el derecho a la libertad de expresión que habría sido asumido por el ordenamiento comunitario entre sus principios generales, y se encuentra recogido en el artículo 10 de la CEDH. El Tribunal responde al órgano judicial nacional afirmando que “las limitaciones impuestas a la facultad de los Estados miembros de aplicar las

Weiler, firme defensor de esta expansión de los derechos fundamentales como parámetro de control de las regulaciones de los Estados miembros, considera que el hecho de que una medida estatal sea, a priori, una violación de las libertades básicas del mercado interior que sólo pueda ser justificada a través de una de las causas de justificación previstas en derecho de la Unión produce que la materia se convierta en un asunto de derecho europeo, que justifica que la medida estatal deba ser también controlada de acuerdo a los derechos fundamentales europeos³⁸.

disposiciones contempladas por los artículos 56 y 66 del Tratado por razones de orden público, seguridad o salud públicas, deben apreciarse a la luz del principio general de la libertad de expresión consagrado por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos” apartado 44.

Tal doctrina ha sido reiterada posteriormente. Así, por ejemplo, en la STJ de 26 de junio de 1997, C-308/95, asunto *Familiapress*, en donde se juzgaba la conformidad con el precepto del Tratado que garantiza la libre circulación de mercancías de una regulación austriaca que prohibía la venta de publicaciones periódicas que contuviesen juegos-concursos dotados de premios. La razón alegada era la protección de los pequeños editores en un campo tan sensible como la libertad de expresión de la competencia realizada por los grandes periódicos a través del ofrecimiento de premios. La medida se consideró que obstaculizaba la libre circulación de mercancías, pero se consideró justificada por una exigencia imperativa, el mantenimiento del pluralismo en la prensa. Además de tener que someter la medida al control tomando como parámetro el artículo 28 TFUE, el Tribunal subrayó que, cuando un Estado miembro invoca exigencias imperativas para justificar una legislación que puede obstaculizar la libre circulación, esta justificación debe interpretarse también a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales tal como ya había establecido el Tribunal en el asunto *ERT*.

En el caso concreto el Tribunal de Justicia considera que el juez comunitario debe valorar si la medida austriaca vulnera la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

Para el Tribunal de Justicia el artículo 10 del CEDH admite que se establezcan límites a esta libertad con objeto de mantener el pluralismo de la prensa, en la medida en que estos límites estén previstos por la ley y sean necesarios en una sociedad democrática (De acuerdo con lo establecido por la STEDH de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia y otros/Austria*). El Tribunal de Justicia considera que al revisar la conformidad de la medida austriaca con la libertad de expresión se debe aplicar el principio de proporcionalidad, y más concretamente se debe valorar si la medida es proporcionada al mantenimiento del pluralismo de la prensa y si este objetivo no puede alcanzarse aplicando medidas que sean menos restrictivas para la libertad de expresión.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia se remite finalmente a la apreciación del órgano jurisdiccional nacional, quién debe tener en cuenta el mercado nacional de la prensa afectado.

³⁸ WEILER & LOCKHART, “Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence”. 32 *Common Market Law Review*. 1995. Pp. 73-78.

La jurisprudencia *ERT* supone ampliar la vinculación de la actividad de los Estados miembros a los derechos fundamentales de la Unión, pues a menudo las regulaciones nacionales producen efectos cuando menos indirectos sobre las libertades fundamentales económicas, a lo que hay que añadir el importante desarrollo legislativo y jurisprudencial que se viene produciendo en los últimos años del derecho de libre circulación desvinculado ya de la construcción del mercado interior y por tanto de la libertades económicas originarias³⁹ y asociado al reconocimiento en los tratados de la ciudadanía europea⁴⁰.

La doctrina *ERT* ha sido criticada desde determinadas posiciones doctrinales que consideran que el control de la conformidad con el Derecho de la Unión de una medida obstaculizadora de una de las cuatro libertades debe realizarse por el Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la existencia de una causa de justificación o en lo que se refiere a la comprobación de que no discrimina basándose en la nacionalidad; pero debe realizarse por los órganos de control de la constitucionalidad internos o internacionales en el caso de la comprobación de las vulneraciones de los derechos fundamentales. Para justificar tal concepción se fundamentan en el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la versión del año 2000 proclamada solemnemente en Niza, en donde se establece que las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de

³⁹ El artículo 21 del TFUE reconoce a todo ciudadano de la Unión el “derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el propio Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. El ejercicio por un ciudadano de la Unión de sus derechos a circular y residir determinaría que se encuentre en una situación que cae en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

⁴⁰ HUBER, P. M. “Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios: Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia *ERT*”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 0, 2008. Iustel. P. 71. Para Huber prácticamente no restará ámbito vital alguno que no quede «en el campo de aplicación del Derecho comunitario».

subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”⁴¹. Tal interpretación del artículo 51 de la Carta ha sido, sin embargo, rechazada recientemente por la doctrina del Tribunal de Justicia como se desarrollará ulteriormente al examinar el ámbito de aplicación de la Carta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

1.3 Un tercer hito: la explicitación de los derechos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

El Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/1994 (1996) sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señaló que “la Comunidad sólo tiene competencias de atribución y que en el estado actual del Derecho comunitario ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias [...] la facultad de adoptar, con carácter general, normas en materia de derechos humanos” por lo que concluyó que “la Comunidad no tiene competencias para adherirse al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”.

Ante la declarada falta de competencia de la Comunidad para adherirse a un catálogo explícito externo de derechos como es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, se fue fortaleciendo en la Unión Europea la idea

⁴¹ A esta interpretación se suma Huber para quién determinados miembros de la Convención que elaboró la Carta intentaron limitar el ámbito de aplicación de la Carta e influyeron para que la formula empleada por la doctrina del Tribunal de Justicia quedara claramente limitada. HUBER, P. M. “Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios: Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia ERT”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 0, 2008. Iustel. P. 73

de adoptar un catálogo propio de derechos.

No obstante, con carácter previo a que el Tratado de Lisboa (2009) otorgase a un catálogo explícito de derechos fundamentales eficacia jurídica vinculante como verdadero Derecho originario, se proclamó solemnemente en diciembre de 2000 por parte de las instituciones de la Unión -el Parlamento, el Consejo y la Comisión-, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto que tenía su origen en la decisión plasmada en las conclusiones del Consejo Europeo de junio de 1999 de encargar a una Convención la elaboración de una Carta de Derechos. La proclamación, en diciembre de 2000, por parte de las instituciones de la Unión de la Carta, elaborada por una Convención convocada al efecto, no suponía el otorgamiento de eficacia jurídica a aquella, pues la misma no fue incorporada como Derecho originario por la Conferencia Intergubernamental del año 2000 que reformó los tratados europeos (Tratado de Niza). No obstante lo cual, la Carta pasaría a constituirse en una importante fuente hermenéutica de los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del Derecho de la Unión Europea e incluso de los derechos contenidos en los textos constitucionales nacionales, pues algunos Tribunales Constitucionales la citaron tempranamente⁴².

Tras el fracaso en la ratificación de la Constitución por la que se establece una Constitución para Europa (2004), que otorgaba fuerza jurídica vinculante a la Carta del 2000 integrada como Parte II del nuevo Tratado, el Tratado de Lisboa (2009) ha supuesto finalmente el otorgamiento de fuerza jurídica vinculante como Derecho europeo Originario a un catálogo explícito de derechos.

⁴² Tal es el caso del Tribunal Constitucional español que la cita en sus sentencias desde el año 2002.

2. La vigente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El Tratado de Lisboa ha mantenido en el artículo 6 del TUE la construcción jurisprudencial realizada en su día por el Tribunal de Justicia al establecer en el apartado 3 que “los 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 formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

No obstante lo anterior, el vigente artículo 6 del TUE añade, además, en su apartado 1 la sujeción de la Unión a la Carta de Derechos Fundamentales, al establecer:

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

El Tratado de Lisboa ha supuesto, por tanto, el reconocimiento en el Derecho Originario de la Unión Europea de un catálogo explícito y propio de derechos fundamentales que se impone a los poderes públicos europeos y a los poderes públicos nacionales cuando apliquen el derecho de la Unión.

Es precisamente en el ámbito de aplicación de la Carta por lo que se refiere a la acción de los Estados miembros en el que se ha suscitado un

debate doctrinal que habría sido recientemente zanjado por el Tribunal de Justicia. Junto a la cuestión del ámbito de aplicación de la Carta, se suscita una segunda cuestión fundamental como es la relativa al nivel de protección de la misma. El examen de ambas cuestiones se abordará en los próximos epígrafes.

3.1. El ámbito de aplicación de la Carta.

De acuerdo con el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea las disposiciones de la 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”.

La dicción literal del precepto, que evoca la fórmula utilizada en el apartado 19 de la sentencia *Wachauf*, así como los debates que se produjeron en el seno de la Convención que elaboró la Carta, llevaron a algunos autores a sostener que los derechos de la Carta únicamente vinculan a la actividad de los Estados miembros como aplicadores del derecho europeo, pero no a la actividad de los Estados miembros en el ámbito de aplicación del derecho europeo⁴³.

Así, se habría señalado que el artículo 51.1 de la Carta pretendería restringir la doctrina establecida en su día por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *ERT* acerca del ámbito de aplicación de los derechos

⁴³ Se ha recordado que determinados miembros de la Convención que elaboró la Carta intentaron limitar el ámbito de aplicación de la Carta e influyeron para que la fórmula empleada por la doctrina del Tribunal de Justicia quedara claramente limitada. HUBER, P. M. “Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios: Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia ERT”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 0, 2008. Iustel. P. 73

fundamentales a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del derecho europeo y no como aplicadores del mismo⁴⁴.

Sin embargo, en sentencias posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y por consiguiente a la entrada en vigor del artículo 51 de la Carta, el propio Tribunal de Justicia ha rechazado que la Carta pretendiese restringir su ámbito de aplicación en relación con la jurisprudencia anterior relativa a los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del Derecho de la Unión⁴⁵.

En efecto, el Tribunal de Justicia ha subrayado que la normativa nacional *incluida en el ámbito de aplicación* del Derecho de la Unión debe cumplir la Carta y que «la *aplicabilidad* del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta»⁴⁶.

Así lo ha confirmado recientemente el Tribunal de Justicia en la sentencia *Pfleger* (2014)⁴⁷ al subrayar que cuando un Estado miembro invoque razones imperiosas de interés general para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho de la Unión, debe interpretarse a la

⁴⁴ El Abogado General Bot en sus Conclusiones en el asunto *Scattolon* C-108/10 subraya las dos interpretaciones en liza del artículo 51 de la Carta: “en tanto que los defensores de una concepción restrictiva del concepto de aplicación del Derecho de la Unión mantienen que ésta se refiere sólo a la situación en la que un Estado miembro actúa en calidad de agente de la Unión, los valedores de una concepción extensiva afirman que ese concepto se refiere con mayor amplitud a la situación en la que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

⁴⁵ Sobre la cuestión puede verse BIGLINO CAMPOS, P. “Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados miembros: el artículo 51 de la Carta” en Fernández Sola, N. (coord.) Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional. Dykinson, 2004 y MANGAS MARTIN, A., “Art. 51. Ámbito de aplicación” en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. BBVA, 2008.

⁴⁶ STJ de 26 de febrero de 2013, C- 617/10, asunto *Åkerberg Fransson*, apartado 21.

⁴⁷ STJ de 30 de abril de 2014, C- 390/12, asunto *Pfleger*.

luz de los principios generales del Derecho de la Unión, y especialmente de los derechos fundamentales actualmente garantizados por la Carta.

Para el Tribunal de Justicia un Estado miembro apli[ca] [...]el Derecho de la Unión» en el sentido del artículo 51 cuando establezca una excepción a una libertad fundamental. Por consiguiente, la Carta es aplicable. Dado que la medida nacional controvertida «aplica» el Derecho de la Unión, porque está incluida en su ámbito de aplicación, debe ser interpretada a la luz de la Carta.

Esta definición del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión contenidos en la Carta vendría corroborada, según el Tribunal de Justicia, por las explicaciones relativas al artículo 51 de la Carta, explicaciones que, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo tercero⁴⁸, y al artículo 52, apartado 7⁴⁹, de la Carta, deben tenerse en cuenta para la interpretación de ésta. Según las citadas explicaciones, «la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión»⁵⁰; y se citan concretamente en tales explicaciones tanto la Sentencia *Wachauf* como la Sentencia *ERT*.

Por tanto, el Tribunal de Justicia ha desechado que el artículo 51 de la vigente Carta justifique únicamente una aplicación de la misma en contextos de “ejecución” o “implementación” en sentido estricto del

⁴⁸ Que establece que “los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

⁴⁹ Que establece que “las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”.

⁵⁰ STJ de 26 de febrero de 2013, C- 617/10, asunto *Åkerberg Fransson*, apartado 20.

Derecho de la Unión (comprendiendo por tal la situación *Wachauf*), pues también se aplicará en situaciones en las que nos encontremos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (comprendiendo por tal la situación *ERT*)⁵¹.

3.2 El nivel de protección de la Carta.

Examinada la cuestión relativa al ámbito de aplicación de la Carta se suscita una segunda cuestión de interés como es la relativa al nivel de protección de los derechos que permite la Carta. De acuerdo con el artículo 53 de la Carta “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados 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”⁵².

Por su parte, el artículo 52, apartado 3, de la Carta hace del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las

⁵¹ Señala el Abogado General Bot en sus Conclusiones en el asunto *Scattolon* C-108/10 que no parece deseable una interpretación estricta del artículo 51, apartado 1, de la Carta pues “llevaría a crear dos regímenes diferentes de protección de los derechos fundamentales en la Unión, según deriven de la Carta o bien de los principios generales del Derecho. Ello debilitaría la protección de esos derechos, lo que puede parecer antinómico con la letra del artículo 53 de la Carta que prevé en particular que «ninguna de las disposiciones [de la Carta] podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión”.

⁵² Según las explicaciones relativas al artículo 53 de la Carta, «el objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH».

Libertades Fundamentales un estándar mínimo por debajo del cual no puede descender el Derecho de la Unión.

El Tribunal Constitucional español interpretó en su Declaración 1/2004 que el precepto equivalente al vigente artículo 53 de la Carta, contenido entonces en el artículo II-113 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, concibe la Carta como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno. Así, para el Tribunal Constitucional español se podría interpretar que el artículo 53 de la Carta⁵³, al establecer que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa de los derechos reconocidos en las constituciones de los Estados miembros, contiene una cláusula de estándar mínimo de protección (como la que recoge el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁴). De interpretarse así, la propia Carta permitiría que los Estados miembros aplicaran el estándar de protección más elevado que derivara de su Constitución, evitando así una regresión del grado de protección de los derechos fundamentales⁵⁵.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha rechazado la interpretación

⁵³ Auto 86/2011, asunto *Melloni*.

⁵⁴ De acuerdo con el artículo 53 del CEDH “ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

⁵⁵ Ciertamente, la interpretación referida evita algunas situaciones de conflicto pero no las elimina completamente, pues en muchos supuestos no se tratará de la determinación de una mayor o menor protección de un concreto derecho sino de una ponderación entre derechos, de un distinto reparto de la libertad. Así lo ha resaltado la doctrina, ver GONZALEZ PASCUAL, M., *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Civitas, 2010. p. 112 En efecto, no siempre ante un eventual conflicto entre la doctrina de los distintos tribunales el principio de mayor protección nos dará la solución. Cuando de ponderar derechos se trata, como es el supuesto, por ejemplo, de un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, aquel principio no permite determinar cual es la doctrina más protectora de los derechos fundamentales, pues cada una puede ser la más protectora de uno de los derechos en liza. Los operadores jurídicos se encuentran en la tesitura de decidir que doctrina siguen en caso de un eventual conflicto entre ambas.

referida y que le fue sugerida, entre otras, por el Tribunal Constitucional español en el Auto 86/2011, asunto *Melloni*, en el que el Alto Tribunal español planteó la primera cuestión prejudicial de su historia al Tribunal de Justicia. Este último, en la respuesta dada a aquel, ha afirmado que el art. 53 de la Carta no permite que un Estado miembro aplique un nivel de protección más alto que el de la Carta en una materia –como, por ejemplo, la orden europea de detención y entrega– en la que existen normas comunes europeas⁵⁶. Para el Tribunal de Justicia la interpretación del art. 53 de la Carta sugerida por el Tribunal Constitucional español en su Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial pondría en cuestión el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que conduciría a atribuir la prioridad en cada caso específico a la norma jurídica que concediera el grado de protección más alto al derecho fundamental considerado. Ello supondría reconocer, en aquellos casos en los que el estándar nacional fuese superior, la preeminencia de las Constituciones nacionales sobre el Derecho de la Unión, en contra de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que considera que invocar normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, a fin de limitar el alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, implicaría lesionar la unidad y la eficacia de dicho Derecho.

Bajo la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni*⁵⁷ la finalidad del artículo 53 de la Carta sería delimitar el ámbito de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando, al igual que el artículo 51 de la Carta, que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el estándar de protección que se debe aplicar es el derivado de la Carta –ciertamente el Tribunal

⁵⁶ STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*.

⁵⁷ STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*.

matizará algo su construcción, como se desarrollará posteriormente en estas mismas páginas, al considerar que en los supuestos en los que un Estado miembro tenga margen de apreciación a la hora de implementar el Derecho de la Unión, sí cabría aplicar el estándar nacional constitucional siempre, claro, que no se ponga en riesgo ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión-. En cambio, fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión, la Carta no impediría la aplicación del estándar de protección de los derechos fundamentales previsto por la Constitución de un Estado miembro⁵⁸.

El Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto *Melloni* al interpretar el alcance del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha impuesto el desplazamiento de los estándares nacionales aún cuando estos sean superiores a los de la Carta, cuando no exista margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de implementar el Derecho de la Unión⁵⁹.

El Tribunal de Justicia niega así que el artículo 53 de la Carta establezca una excepción al principio de primacía del Derecho de la Unión

⁵⁸ Según subraya el Abogado General Bot “la Carta no puede tener el efecto de obligar a los Estados miembros a rebajar el grado de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución nacional en los supuestos situados fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión”.

Para el Tribunal Constitucional español, esta lectura del artículo 53 de la Carta, que se explica por la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, tendría el inconveniente, por un lado, de privar a ese artículo de contenido jurídico propio, de modo que se convertiría en una disposición redundante respecto al artículo 51 de la Carta y por otro, el de reconocer así que la Carta podría dar lugar en los Estados miembros a una reducción de nivel de protección de los derechos fundamentales derivado de sus normas constitucionales.

⁵⁹ De manera cuando menos discutible, el Tribunal de Justicia argumenta que permitir que un Estado miembro pueda alegar los derechos fundamentales constitucionales en aquellos supuestos en los que la regulación se encuentra armonizada a nivel europeo conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por la norma europea contraviniendo así el principio de reconocimiento mutuo que la norma pretende reforzar. Es decir se impone la uniformización de los derechos para que no se vea afectado el principio de reconocimiento mutuo.

y reitera así su idea de la primacía incondicional del Derecho de la Unión⁶⁰, en virtud de la cual la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (idea que fue enunciada por primera vez por el Tribunal de Justicia en su célebre sentencia de 1970 *Internationale Handelsgesellschaft*⁶¹).

Idea, la de la primacía incondicional que, sin embargo, no ha sido nunca aceptada, en tales términos absolutos, por los tribunales constitucionales nacionales⁶².

III. La tutela de los derechos fundamentales por los ordenamientos jurídicos nacionales.

⁶⁰ El Tribunal de Justicia ni siquiera hace un intento de explorar la vía sugerida por el Abogado General en sus Conclusiones para condicionar la primacía del Derecho de la Unión, la cláusula de respeto de la identidad nacional del art. 4.2 TUE, que será examinada infra.

⁶¹ En aquella ocasión el Tribunal de Justicia afirmó que “el Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede, en razón de su naturaleza, dejarse oponer judicialmente normas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean, sin perder su carácter comunitario y sin que sea cuestionado el propio fundamento jurídico de la Comunidad”, añadiendo que, en consecuencia, “la alegación de violaciones bien de los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”.

⁶² Así lo recuerda el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia *Lisboa* (2009) cuando afirma que “con la Declaración número 17 relativa a la primacía aneja al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del Derecho de la Unión incondicional y dudosamente constitucional” (apartado 331) pues el derecho de la Unión no puede en caso de conflicto “pretender preeminencia alguna con respecto a la identidad constitucional de los Estados miembros, que queda protegida por el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa y que está constitucionalmente garantizada por el control de identidad del artículo 23.1 frase 3, en conexión con el artículo 79.3 LFB” (apartado 332).

Recordemos que el propio Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha permitido recordarle al Tribunal de Justicia que él mismo basó su STJUE de 3 de septiembre de 2008 en el asunto *Kadi* en una construcción similar, según la cual se pueden aducir principios jurídicos fundamentales de la Unión Europea frente a la pretensión de validez de Derecho internacional de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea han sostenido que los derechos fundamentales recogidos en sus respectivas constituciones nacionales integran aquellos contenidos esenciales de la Constitución que limitan la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea.

Así lo estableció tempranamente el Tribunal Constitucional italiano cuando afirmó la existencia de límites constitucionales al proceso de integración en la Sentencia *Frontini* (1973) estableciendo la teoría de los *controlimiti*, según la cual, el proceso de integración europeo no puede suponer el otorgamiento a las instituciones comunitarias de «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana»⁶³. Doctrina que será reiterada en las Sentencias *Granital* (1984) y *Frad* (1989)

Igualmente el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido que los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn pertenecen a los contenidos esenciales de la Constitución que limitan la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea en virtud del artículo 23.1, frase 2 de la Ley Fundamental⁶⁴.

⁶³ Según el Tribunal «*deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini – , possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*»

⁶⁴ De acuerdo con el artículo 23.1 de la Constitución alemana “para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su

En la misma línea, el Tribunal Constitucional español ha dispuesto que la afectación inevitable a las facultades soberanas del Estado que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea, y la integración consiguiente del Derecho de la Unión Europea en el nuestro propio que aquella posibilita, “son aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”.

Por tanto, desde la perspectiva de los Estados miembros de la Unión, y frente a la concepción absoluta de la primacía del Derecho de la Unión explicitada por el Tribunal de Justicia desde su sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* -y en virtud de la cual la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado-, la primacía de aplicación del Derecho de la Unión se encuentra condicionada al respeto de los derechos fundamentales constitucionales.

Así, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que España como Estado miembros de la Unión se encuentra sujeto a las normas del

contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones”.

ordenamiento de la Unión Europea, normas “que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas”⁶⁵; pero tal primacía tiene límites materiales que se imponen a la propia cesión competencial. Límites que se han fundamentado en la pervivencia de la soberanía de los Estados miembros.

1. La soberanía de los Estados miembros como límite al proceso de integración europeo.

Cuando se reflexiona acerca del concepto de soberanía se debe de ser muy preciso a la hora de especificar la concreta perspectiva desde la que se va a realizar tal reflexión, pues en efecto, la soberanía puede ser abordada desde diferentes puntos de vista: el de la Ciencia Política, el de la Economía o el del Derecho son algunos de los más destacables.

Ciertamente, en el momento actual, con la globalización y los procesos de integración e interdependencia económica y política en pleno desarrollo, no es posible mantener ya la existencia de una verdadera soberanía política o económica de los Estados nacionales. Si Bodino⁶⁶ o Hobbes⁶⁷ definieron la soberanía como aquel poder no sometido a límites, la globalización y la propia transferencia de competencias a instituciones supranacionales, impiden considerar que tal poder ilimitado pueda encontrarse radicado en los Estados nacionales que han perdido en buena medida su capacidad de tomar decisiones por si mismos –o incluso su capacidad de tomar decisiones en conjunción con otros Estados, pues, por

⁶⁵ SSTC 28/1991; 64/1991, 130/1995 o 58/2004.

⁶⁶ Los Seis Libros de la República, Libro I, Capítulo VIII

⁶⁷ Leviatán

ejemplo, el Consejo, institución supranacional decisora donde se sientan los representantes de los Estados miembros, ni siquiera tiene que adoptar sus decisiones por unanimidad sino por mayoría-.

Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional sí parece posible seguir manteniendo la pervivencia de la idea de soberanía como mecanismo de imputación del fundamento último de la legitimidad del poder público.

Nos encontraríamos ante una concepción de la soberanía como cualidad del ordenamiento jurídico, y la misma no respondería, como se ha afirmado, a una visión estatalista y tradicional de aquella sino a una concepción jurídico abstracta. Así, la soberanía, que se manifiesta en el momento constituyente a través de la participación del pueblo en la aprobación de la norma fundamental, sería el fundamento de la validez normativa de la propia Constitución y a la postre de la validez normativa de todo el ordenamiento jurídico.

En el caso del proceso de integración europeo, desde la perspectiva de los diferentes Tribunales Constitucionales, sí parece posible seguir manteniendo la existencia de la soberanía de los distintos pueblos de los Estados miembros de la Unión Europea como sujetos a los que imputar el fundamento último de la legitimidad del poder público, incluyendo el poder público europeo.

En efecto, la fuente última del poder de las instituciones europeas y del ordenamiento que estas crean son los pueblos de Europa, pues, en tanto no exista un *demos* europeo al que imputar la cualidad de soberano, el soporte de la legitimidad del poder público, incluido el asumido por las instituciones de la Unión Europea, parece continuar radicado en los pueblos de los Estados miembros que al actuar como poderes constituyentes han

autorizado en sus normas fundamentales una transferencia limitada de competencias a las instituciones europeas.

Así, para el Tribunal Constitucional Federal Alemán “el principio de Derecho europeo de atribución singular y restringida de competencias y la obligación de Derecho europeo de respeto a la identidad son expresión en los tratados del fundamento del poder de la Unión en el Derecho constitucional estatal”⁶⁸.

La legitimidad del proceso de integración europeo residiría entonces en la voluntad de los parlamentos de los Estados miembros de autorizar la transferencia limitada de competencias a las instituciones europeas, que se crean a través de los propios tratados constitutivos. Voluntad que encuentra su cobertura jurídica en las correspondientes cláusulas constitucionales de apertura (en el caso español en el art. 93 CE).

Como ha recordado el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia *Lisboa* de 20 de junio de 2009, la Constitución formal de un Estado federal europeo sólo será posible a través del cambio del sujeto de legitimación democrática, a través de la intervención de un nuevo poder constituyente y la desaparición de los poderes constituyentes estatales por decisión propia⁶⁹. Por decisión propia pues, ciertamente sin la voluntad de los distintos pueblos europeos expresamente declarada, no cabe que las instituciones nacionales democráticamente elegidas, los parlamentos nacionales, puedan crear por sí mismos, a través de las actuales cláusulas de apertura. un nuevo sujeto de legitimación. Así, el transito desde la actual unión de Estados (*Staatenverbund*) a un Estado federal europeo no parece que pueda producirse a través de las vías constitucionalmente previstas

⁶⁸ Sentencia *Lisboa*, de 20 de junio de 2009, apartado 234

⁶⁹ Sentencia *Lisboa*, de 20 de junio de 2009, apartado 334

para transferir competencias a las instituciones supranacionales, en el caso español por la vía del artículo 93 CE, sino a través de una reforma constitucional, en el caso español una reforma agravada de las previstas en el art. 168 CE, que desemboque en la fusión del actual soberano, el pueblo español, con los demás soberanos, los pueblos de los Estados miembros, dando, así lugar, a un nuevo soberano, el pueblo europeo, al que imputar el fundamento último de la legitimidad del poder público.

Sólo un pueblo europeo, en el que por voluntad expresa se integren los actuales pueblos europeos, puede fundamentar en el futuro la existencia de un Estado federal europeo. A día de hoy, la legitimidad de la Unión Europea continua radicada en los pueblos de los Estados miembros. Si la Constitución norteamericana comienza con el paradigmático⁷⁰ “We, the people of United States... do ordain and establish this Constitution for the United States of America”⁷¹, el Tratado de Lisboa comienza con la enumeración de los Jefes de Estado de los Estados miembros y afirmando “por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA”.

Fundar la legitimidad del poder público, incluyendo el de las instituciones europeas, en los pueblos de los Estados miembros tiene algunas consecuencias fundamentales.

⁷⁰ En parecidos términos se pronuncia la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que comienza estableciendo “el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental”. Para a continuación reiterar “los alemanes, en los Länder de Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlin, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia, han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán”.

⁷¹ En claro contraste con lo que establecían los Artículos de la Confederación y la Unión Perpetua de 1777 que precedieron a la actual Constitución de 1787, y que establecían en su artículo 3 que los Estados mencionados (en el encabezamiento) constituyen por el presente acto...

La primera y más evidente la extrajo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en su Declaración 1/2004 y es la posibilidad de retirada del Estado miembro de la UE, retirada que “queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”⁷².

La segunda, es la capacidad de los órganos de garantía de las Constituciones nacionales de controlar en último término el proceso de integración. En efecto, de la circunstancia de que los Estados sigan siendo los señores de los Tratados (*Herren der Verträge*), por encontrarse legitimado todo el proceso de integración en la soberanía de los pueblos de los Estados miembros, extrae, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán su competencia para controlar el respeto al programa de integración (Sentencia *Lisboa* de 2009).

Así, la localización de la soberanía en los pueblos de los Estados miembros, cuya obra fundamental son las constituciones nacionales, tendría como consecuencia que siga en manos de aquel órgano jurisdiccional garante de la respectiva Constitución nacional la competencia última de control de constitucionalidad del proceso de integración.

Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tienen encomendada la función de garantizar la Constitución, no pueden, ser privados de la responsabilidad última tanto de controlar los límites de la habilitación constitucional para la integración como de salvaguardar la identidad constitucional indisponible.

Bajo esta perspectiva, ello se concretaría en la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales puedan someter a escrutinio, directo o

⁷² De acuerdo con Artículo 50 del TUE en su versión tras Lisboa “todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión”. Estableciéndose a continuación el procedimiento para ello.

indirecto, los actos de la Unión Europea y eventualmente excluyan su aplicabilidad en el Estado miembro.

Así, aunque los Tribunales nacionales hayan asumido la primacía como principio fundamental que debe regir las relaciones entre los actos de las instituciones de la UE y el derecho nacional, han igualmente recalcado que la primacía del Derecho de la UE no es incondicional.

La admisión incondicionada de la primacía del Derecho de la Unión Europea contradice la eficacia normativa de la Constitución como norma suprema de la que se derivan límites al proceso de integración y supone la modificación del poder constituyente sin seguir los cauces constitucionalmente previstos para su reforma.

Las constituciones nacionales, expresión de la voluntad democrática de los pueblos de los Estados miembros, continúan siendo el fundamento del poder público, incluyendo el atribuido a las instituciones europeas. La pretensión del Tribunal de Justicia de una primacía incondicionada supone quebrar tal fundamento y por ende indirectamente quebrar la legitimidad del proceso de integración mismo.

No obstante lo anterior, la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales sometan a escrutinio, directa o indirectamente, los actos de la UE y eventualmente excluyan su aplicabilidad en el Estado es sólo potencial, pues el hecho de que durante el proceso de integración europeo se haya producido la incorporación, implícita⁷³ o explícitamente⁷⁴, en el

⁷³ Como se ha señalado el Tribunal de Justicia fue consciente de la necesidad de incorporar como parámetro de legalidad de los actos de las instituciones europeas las pretensiones de validez propias del Derecho constitucional nacional como lo refleja su primera jurisprudencia en materia de protección de los derechos fundamentales en ausencia de un catálogo expreso en el propio derecho comunitario.

⁷⁴ Las sucesivas reformas de los tratados han ido incorporando referencias explícitas no sólo a los derechos fundamentales sino igualmente a la identidad y a los valores constitucionales de los Estados miembros a la hora de establecer el propio marco de constitucional de la Unión.

propio Derecho Primario de la Unión Europea de aquellos valores y principios que se consideran, por parte de las Constituciones nacionales, límites al proceso de integración ha desembocado en que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español haya considerado difícilmente concebible que los actos de las instituciones de la Unión lleguen a resultar inconciliables con la Constitución nacional, pues cualquier conflicto con la Constitución nacional será simultáneamente un conflicto con el propio Derecho Primario europeo, conflicto que el Tribunal Constitucional español considera que resolverá en primera instancia el Tribunal de Justicia de la Unión como garante de dichos valores.

Así, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español recordó que el *non nato* Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa sometía el ejercicio de los poderes atribuidos a la Unión, entre otros límites, al respeto de la identidad constitucional de los Estados y de los derechos fundamentales, como también establecen hoy los vigentes tratados.

Se hace por tanto necesario examinar como se ha concretado por los tribunales constitucionales la doctrina de la primacía condicionada a la hora de controlar tanto la actuación de las instituciones de la Unión como la actuación de los poderes públicos nacionales cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

En materia de derechos fundamentales, el Tratado de Maastricht consagró la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, afirmando que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo (CEDH) y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho (hoy artículo 6.3 del TUE). En su versión post-Lisboa, el artículo 6 del TUE añade además (en su apartado 1) la sujeción de la UE a la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en Niza (CDFUE).

Así, los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea vienen admitiendo a trámite -con fundamento en la condicionalidad de la cesión que las propias cláusulas constitucionales de apertura, implícita o explícitamente, establecen- aquellas impugnaciones que se les plantean contra el Derecho Originario de la Unión Europea. Sin embargo, más matizadas vienen siendo sus respuestas en los supuestos en los que lo que se impugna es la actuación de las instituciones de la Unión o la actuación de los poderes públicos nacionales actuando en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

1.2 Los derechos fundamentales constitucionales como parámetro de control del Derecho primario (originario) de la Unión Europea.

El Tribunal Constitucional español ha asumido su papel de garante de la Constitución nacional frente al Derecho primario (originario) de la Unión Europea a través tanto del procedimiento de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales establecido en el art. 95.2 de la Constitución (lo que supondría el control de un Derecho originario que todavía no es tal, un Derecho Originario *in fieri*) como del recurso de inconstitucionalidad [arts. 27.2 C) 31 y 32.1 LOTC] y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC) frente a normas ya vigentes⁷⁵.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el art. 95.1 de la C.E., "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional". El precepto reproducido establece un mandato que, de acuerdo con la doctrina

⁷⁵ El Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado en su sentencia Lisboa que el derecho primario es legítimamente impugnabile sobre la base del artículo 1.1 LFB

del Tribunal Constitucional, por su generalidad, es de aplicación a todo tipo de tratados, incluidos los suscritos al amparo del art. 93,

En el caso del procedimiento de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales establecido en el art. 95.2 de la Constitución se confía al Tribunal Constitucional un doble cometido, pues al general o común, consistente en la defensa jurisdiccional de la Constitución, se suma el de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales que España pueda contraer [...] El art. 95.2 CE hace posible que las dudas de constitucionalidad que pueda suscitar un tratado se resuelvan con carácter previo a su ratificación, de manera que, de confirmarse aquéllas, ésta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución. Se pretende evitar, en suma, que la contradicción advertida entre la Norma suprema, de un lado, y una norma todavía no integrada en el sistema regido por aquélla, de otro, llegue a sustanciarse en una contradicción entre la Constitución y una norma internacional incorporada a nuestro Ordenamiento”⁷⁶. No obstante lo anterior, la doctrina del Tribunal Constitucional no excluye un eventual control a posteriori del contenido material del Derecho originario de la Unión Europea⁷⁷.

⁷⁶ Para el Tribunal “al cometido jurisdiccional propio del Tribunal Constitucional se le añade, en virtud de su ejercicio preventivo, una dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado. Se trata, en definitiva, de asegurar la supremacía de la Constitución sin perjuicio alguno para esos compromisos, procurando evitar que la posible contradicción entre una y otros haya de resolverse una vez integradas en el Ordenamiento las normas pactadas; esto es, cuando de la lógica de la supremacía de la Constitución puedan derivar consecuencias incompatibles con la lógica del respeto a lo internacionalmente acordado”.

⁷⁷ El Tribunal Constitucional afirmará en la DTC 1/1992 -donde se determinaba la compatibilidad del por entonces art. 8 B, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (al que se adhirió España previa autorización por Ley Orgánica 10/1985) conforme a su nueva redacción operada por el art. G del Tratado de la Unión Europea con el artículo 13.2 de la Constitución-, que aunque la supremacía constitucional “quede en todo caso

Así correspondería al Tribunal Constitucional examinar si el Derecho originario de la Unión vulnera aquellos límites materiales que se imponen a la cesión prevista en el artículo 93 CE, y que, a falta de su constitucionalización explícita, implícitamente se derivan, según el Alto Tribunal, de la propia Constitución, y entre los cuales se encontraría el respeto del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia.

En la Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional español consideró que el Tratado que en aquel momento era sometido a su control (el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) partía del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se fundaba en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados, por lo que el Tribunal no apreció contradicción entre el precepto que recogía la primacía del Derecho de la Unión y la Constitución nacional⁷⁸.

1.2 Los derechos fundamentales constitucionales como parámetro de control del Derecho secundario (derivado) de la Unión Europea.

asegurada por la posibilidad de impugnar [arts. 27.2 C) 31 y 32.1 LOTC] o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 C.E.), es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada: el riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar” DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 1.

⁷⁸ En efecto, el Tribunal Constitucional no apreció contradicción entre el principio de primacía recogido en el artículo I-6 de la Constitución Europea y la Constitución española si bien consideró que los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto.

Establecida la posibilidad de que los tribunales constitucionales nacionales fiscalicen los límites constitucionales a la integración, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales constitucionales, a través del control del Derecho originario de la Unión; se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de que los tribunales constitucionales controlen la conformidad del Derecho derivado de la Unión, o de cualquier acto de las instituciones de la Unión, tomando como parámetro los derechos fundamentales constitucionales.

Los Tribunales Constitucionales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea han renunciado, en principio, a controlar la conformidad del Derecho derivado de la Unión Europea con los derechos fundamentales contenidos en sus respectivas constituciones nacionales.

En el caso español, la razón de tal renuncia se ha fundamentado en el hecho de que el conflicto entre el Derecho derivado de la Unión y los derechos fundamentales constitucionales se considera que no sería, en principio, posible que se produjese, pues según el Tribunal Constitucional español, “el propio Derecho de la Unión [originario] garantiza que ninguna de sus disposiciones pueda interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos ... por las constituciones de los Estados miembros”⁷⁹.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español “es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados⁸⁰, el presupuesto para la aplicación

⁷⁹ DTC 1/2004.

⁸⁰ Así lo pondrían de manifiesto diversos preceptos que son examinados por el Tribunal Constitucional como el el art. I-5.1, (en buena medida reproducido en el vigente art. 4.2 del TUE) cuando dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las

de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales”⁸¹.

Ello le permite sostener que “producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla”.

La idea de que una contradicción entre el Derecho derivado de la Unión Europea y los derechos constitucionales nacionales será al tiempo una contradicción de aquel derecho con el Derecho originario, derecho que le sirve al Tribunal de Justicia como parámetro de validez del Derecho derivado, lleva al Tribunal Constitucional español a afirmar que “no le corresponde, por tanto, a este Tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, el Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen. Es fundamentalmente a través de éstas, así como de las cuestiones

funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”.

o el art. I-2 (cuyo contenido es coincidente con el artículo 2 del vigente TUE) según el cual:

“La Unión se fundamenta en los valores de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Lo que, a su vez, tiene su continuidad normativa en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión [...], cuyo preámbulo (vigente con la misma redacción) afirma que “está fundada sobre los valores indivisibles de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”, y ninguna de cuyas disposiciones “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos ... por las constituciones de los Estados miembros” (art. II-113 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que hoy se encuentra vigente como art. 53 de la Carta).

⁸¹ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3

prejudiciales de interpretación, como se le ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de garantizar y salvaguardar de manera efectiva un alto nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”⁸².

El Tribunal Constitucional español asume, así, como propia, la doctrina establecida en su día por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia *Solange II* (1986) donde tras reconocer que el nivel de protección de los derechos que garantiza el Tribunal de Justicia cuando controla a las instituciones de la Unión es equivalente al nivel de protección dispensado por el ordenamiento nacional, concluyó que en tanto tal nivel equivalente se mantuviera, el Tribunal Constitucional renunciaría a controlar el Derecho adoptado por las instituciones europeas⁸³.

⁸² STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3. Para el Tribunal Constitucional el propio Derecho Originario de la Unión vendría a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁸³ Así, en *Solange II* (1986) el Tribunal Constitucional Federal Alemán renunció a ejercer su control de constitucionalidad sobre los actos de derecho comunitario derivado en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, “en tanto en cuanto” las Comunidades Europeas mantuviesen –a través del Tribunal de Justicia– un nivel de garantía de aquellos derechos sustancialmente equivalente al que se garantizaría por el Tribunal Constitucional aplicando la Ley Fundamental, esto es, admitió la transferencia condicionada de esa competencia jurisdiccional del Estado al declarar la inadmisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteasen.

De acuerdo con la doctrina posterior del Tribunal Constitucional alemán, el art. 23 párrafo 1 inciso 1 de la Constitución alemana (introducido por la Ley de 21 de diciembre de 1992) habría constitucionalizado explícitamente esta jurisprudencia. La Republica Federal de Alemania coopera, según ello, en la consecución de una Europa unida, en el desarrollo de la Unión Europea, sometida a los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federales y al principio de subsidiariedad, y que garantiza una protección de los derechos fundamentales básicamente comparable a la de la Ley Fundamental. En Sentencia Plátanos.

No obstante lo anterior la renuncia a someter a control el Derecho derivado y demás actos de las instituciones de la Unión tomando como parámetro los derechos fundamentales constitucionales no es una renuncia definitiva. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado que “ejercerá su jurisdicción sobre el control del Derecho secundario de la Unión y otros actos de la Unión Europea, únicamente en tanto que no sea ya esencialmente similar el modo en que la Unión Europea garantice una vigencia de los derechos fundamentales, según el contenido y la eficacia de la protección de los derechos fundamentales, al que se considera indispensable conforme a la Ley Fundamental de Bonn”⁸⁴.

En la misma línea el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ést[e], en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4)”⁸⁵.

Los Tribunales Constitucionales han autorestringido, así, su propia competencia para controlar el Derecho derivado de la Unión tomando

⁸⁴ Sentencia Lisboa, apartado 191.

⁸⁵ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3. Para Cruz Villalón la clausula de emergencia, no es sino la necesaria consecuencia de la reserva de Constitución que suponen los límites absolutos implícitos deducidos del art. 93 CE por el Tribunal Constitucional en la DTC 1/2004, pues si la cesión no es incondicional, algún modo ha de haber de hacer eficaz tales condiciones o límites.

como parámetro los derechos fundamentales de la Constitución, pero lo han hecho de manera condicionada y en la confianza de que la garantía de los derechos fundamentales se realiza de forma equivalente por el Tribunal de Justicia tomando como parámetro los derechos fundamentales contenidos en el propio Derecho de la Unión⁸⁶.

La restricción de su propia competencia de control se concreta, en el caso alemán, en la renuncia práctica a la comprobación de la conformidad del Derecho derivado con los derechos fundamentales constitucionales. Así, para el Tribunal Constitucional Federal Alemán serían de antemano inadmisibles, los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad de los tribunales cuando su fundamentación no ponga de relieve que el desarrollo jurídico europeo, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reducido la protección *iusfundamental* por debajo del necesario estándar de los derechos fundamentales.

Para el Tribunal Constitucional alemán la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad de un tribunal nacional o de un recurso de amparo que alegue una violación de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental por parte del Derecho europeo derivado debe exponer en concreto que no se ha garantizado con carácter general la protección de los derechos fundamentales que se considera imprescindible⁸⁷. Ello supone que si el Derecho de la Unión satisface con

⁸⁶ El Tribunal Constitucional español, junto a la respuesta jurisdiccional que se reserva para el supuesto en el que no se produjese una equivalencia en la protección general de los derechos dispensada por el Tribunal de Justicia señala igualmente una respuesta política, la separación de la Unión, reconocida en el artículo I-60 del *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa [en la DTC 1/2004, FJ 4].

⁸⁷ Más recientemente el Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con su competencia para controlar las actuaciones *ultra vires* de la Unión Europea, pues si bien el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde la Sentencia *Maastricht* (1993), su capacidad, reiterada en su Sentencia *Lisboa* (2009), para controlar si los actos jurídicos de los organismos e instituciones europeas se mantienen dentro de los límites de las competencias transferidas, se

carácter general el respeto de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no entrará a fiscalizar en cada caso la compatibilidad entre el Derecho de la Unión y la Constitución. Así, las desviaciones puntuales o esporádicas del estándar garantizado por los derechos fundamentales constitucionales no conllevará la activación de la función de control del Tribunal Constitucional, pues solamente aquellas desviaciones cualificadas que conlleven un afectación general de la protección dispensada por el sistema nacional de protección propiciarán aquella.

De lo anterior se deduce que la activación de límites a la primacía del Derecho de la Unión es una excepcional eventualidad que en el caso alemán ha llevado a su Tribunal Constitucional a dejar en suspenso su jurisdicción mientras el Tribunal de Justicia realice en términos generales una protección equivalente.

ha mostrado, no obstante deferente, cuando se le ha planteado la ocasión de realizar tal control.

Así, en su decisión *Honeywell* (2010) el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha limitado su control *ultra vires* de los actos de Derecho de la Unión a una función de carácter sistémico siguiendo la línea marcada por la decisión *Solange II* (1986) en relación con los derechos fundamentales. En efecto, en *Honeywell* el Tribunal Constitucional Federal Alemán no sólo descartó que el Tribunal de Justicia hubiera actuado *ultra vires* sino que, además, advirtió que el control *ultra vires* de los actos de la Unión Europea debe llevarse a cabo de modo que se concilie con el papel que corresponde al Tribunal de Justicia en orden a salvaguardar la unidad y coherencia del Derecho de la UE y que se refleje la apertura de la Constitución alemana al Derecho comunitario.

El Tribunal Constitucional alemán ha establecido dos condiciones para ejercer el control *ultra vires* de los actos de la Unión Europea: que el Tribunal de Justicia haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación o validez del acto de la UE considerado (i); y que la violación del principio de la competencia de atribución sea manifiesta en el sentido de suficientemente cualificada (ii). Además, recordemos que el Tribunal alemán ha señalado que debe admitirse el derecho del Tribunal de Justicia a un margen de error.

La doctrina ha considerado que el Tribunal Constitucional alemán en *Honeywell* (2010) limaba la aspereza del pronunciamiento categórico realizado un año antes en la Sentencia *Lisboa* (2009) donde había afirmado que “tanto el control *ultra vires* como el control de la identidad pueden conducir a que el Derecho comunitario, o en el futuro el Derecho de la Unión, sea declarado inaplicable en Alemania. Para proteger la viabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional abierta al Derecho europeo requiere, desde la consideración del precepto jurídico contenido en el artículo 100.1 LFB, que tanto un control *ultra vires* como el control de una vulneración de la identidad constitucional correspondan en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal” (apartado 241).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha rechazado que posea competencia para controlar la validez del Derecho de la Unión, por lo que en principio serían inadmisibles los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad frente a normas de Derecho derivado. De manera reiterada ha afirmado que el control del derecho derivado corresponde al Tribunal de Justicia. Y en relación con los recursos de amparo ha afirmado que “no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos”⁸⁸.

Muy estrechamente vinculado con la renuncia de los Tribunal constitucionales a controlar, en principio, la conformidad del Derecho derivado, y demás actos de la instituciones de la Unión con los derechos fundamentales constitucionales, estaría la cuestión del control de los poderes públicos nacionales tomando como parámetro los derechos fundamentales constitucionales cuando aquellos actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

1.3 Los derechos fundamentales constitucionales como límite a la actuación de los poderes públicos nacionales cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Una de las características específicas de la Unión y de su ordenamiento jurídico consiste en que la acción de la Unión, como regla

⁸⁸ En STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a), luego reiterado en la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11.

general, sólo produce sus efectos respecto a los particulares a través de medidas nacionales de ejecución o de aplicación.

Independientemente del alcance que el Tribunal de Justicia haya dado al ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales, en virtud del artículo 51 de la propia Carta, el Tribunal Constitucional español se continua considerando plenamente competente para someter a control la actuación de los poderes públicos españoles tomando como canon los derechos fundamentales constitucionales cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

Con carácter previo a desarrollar la idea referida, hay que señalar que de acuerdo con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional español no le corresponde a él controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento de la Unión Europea, y, en su caso, al Tribunal de Justicia a través del recurso por incumplimiento (art. 170 TCEE)⁸⁹. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho de la Unión Europea por los poderes públicos nacionales es, pues, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional al afirmar que el proceso de

⁸⁹ El Tribunal de Justicia enjuicia la validez de los actos de las instituciones de la Unión, a través de los recursos de anulación y de las cuestiones prejudiciales e validez, y se pronuncia sobre la conformidad de las normas nacionales con el Derecho de la Unión, a resultas de resolver los recursos por incumplimiento o (indirectamente) las cuestiones prejudiciales de interpretación.

Ciertamente, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la conformidad de las normas nacionales con el Derecho de la Unión sólo tienen carácter declarativo, pero, sin embargo, se imponen a todos los órganos nacionales en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, lo que puede conllevar la inaplicación de la norma nacional considerada.

integración «no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E.»⁹⁰.

El Tribunal Constitucional español ha sido criticado por caracterizar la eventual infracción de la legislación europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores como un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria por tratarse de un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto. Sin embargo, con tal afirmación lo que el Tribunal Constitucional ha pretendido subrayar es que sus competencias son de atribución correspondiéndole únicamente la garantía de la Constitución⁹¹.

Precisamente, el Tribunal Constitucional español ha señalado que sí le corresponde a él el control sobre la recta aplicación de la Constitución por los órganos constitucionales nacionales que proceden al desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea⁹². Control que ejercería a través de los distintos procesos constitucionales.

⁹⁰ Por todas la temprana STC 28/1991, FJ 4). La reciente Sentencia *Melloni* del Tribunal Constitucional español confirma la jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho de la Unión Europea no integra el canon de constitucionalidad, que el Tribunal Constitucional no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho de la Unión Europea, y que el Derecho de la Unión Europea solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales.

⁹¹ CRUZ VILLALON, P., “Unos derechos, tres tribunales” en *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley. 2006, p. 1019.

⁹² Recientemente STC 138/2013, de 6 de junio, FJ 9.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español “en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE”⁹³. Es decir, el acto podrá ser válido con arreglo al Derecho de la Unión, pero si vulnera un derecho fundamental reconocido en la Constitución, habrá de ser anulado.

En contraste con tal doctrina del Tribunal Constitucional español, que supone la admisión general de los recursos de amparo, y en su caso de las cuestiones de inconstitucionalidad, que se planteen frente a los actos de los poderes públicos nacionales que se dicten en aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional alemán ha considerado inadmisibles los recursos de amparo, y cuestiones de inconstitucionalidad, que se plantean frente a determinados actos de los poderes públicos alemanes que se dictan en aplicación del Derecho de la Unión Europea. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán ha diferenciado, así, entre dos situaciones: aquella en la que los poderes públicos nacionales que aplican el Derecho de la Unión no tienen un margen de apreciación en la implementación del Derecho de la Unión y aquella en la que sí tienen tal margen.

⁹³ STC 64/1991, FJ 4. Para López Castillo ello no se ajusta a las exigencias comunitarias, si se entiende como asunción de competencias para enjuiciar actos formalmente provenientes de una autoridad estatal pero materialmente predeterminados por el Derecho comunitario. LÓPEZ CASTILLO, A. «La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas», *Revista de Estudios Políticos*, 99, enero-marzo 1998

1.3.1 La actuación de los poderes públicos nacionales en el ámbito del derecho de la Unión cuando tienen margen de apreciación en la implementación del Derecho de la Unión.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha entrado a controlar la conformidad con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución nacional de aquellas normas nacionales que desarrollan el Derecho de la Unión Europea cuando se trata de situaciones en las que la acción del poder público alemán no está totalmente determinada por el Derecho de la Unión, por tratarse, por ejemplo, de una materia que no está plenamente armonizada, disponiendo así el legislador nacional de un margen de apreciación a la hora de implementar la norma europea.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en dos supuestos paradigmáticos.

El primero ha sido el control de la Ley de 21 de julio de 2004, que transpuso en Alemania la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden europea de detención y los procedimientos de entregas entre Estados miembros de la Unión Europea⁹⁴.

La Ley nacional fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 18 de julio de 2005 al considerar que violaba los derechos fundamentales contenidos en

⁹⁴ Las normas nacionales dictadas en cumplimiento de las obligaciones que establece la Decisión Marco 2002/584/JAI han sido objeto de control constitucional también en otros Estados miembros como Polonia, Chipre, República Checa, o, de forma indirecta, también en España donde el Tribunal Constitucional ha examinado su aplicación en su STC 177/06, de 5 de junio.

El Tribunal Constitucional de Bélgica al que se le planteó un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley belga por la que se incorpora la Decisión Marco decidió plantear una cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia, dando a éste la oportunidad de controlar la Decisión marco en la STJ de 3 de mayo de 2007, C-305/05, asunto *Advocaten voor de Wereld*.

el artículo 16 párrafo 2 y en el artículo 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental de Bonn⁹⁵.

Ciertamente, el pronunciamiento anulatorio del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁹⁶ afectaba única y exclusivamente a la ley alemana que transponía la Decisión Marco europea y no suponía un control de constitucionalidad de la norma europea, como se encarga de subrayar la Sentencia del Alto Tribunal germano. En efecto, para el Tribunal Constitucional alemán el legislador alemán podría haber elegido una transposición de la Decisión Marco más respetuosa con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución alemana sin por ello entrar en conflicto con los objetivos vinculantes de la Decisión Marco⁹⁷.

⁹⁵ Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Ley alemana que transpone la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea contraviene el artículo 16, párrafo 2, nº 1 de la Constitución germana que garantiza a sus nacionales el derecho fundamental a no ser extraditados. Asimismo el Tribunal Constitucional alemán considera que la imposibilidad de impugnar la decisión de concesión de la entrega contraviene el artículo 19.4 de la Constitución alemana que garantiza el derecho fundamental a una protección legal eficaz frente a los actos de los poderes públicos.

⁹⁶ El procedimiento que desembocó en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio tiene su origen en una petición de extradición por parte de España a Alemania de un ciudadano de nacionalidad alemana presuntamente vinculado con la red terrorista Al-Queda. La decisión de concesión de la entrega a España del ciudadano alemán adoptada por el Tribunal Regional Superior Hanseático de Hamburgo desemboca en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional federal alemán contra aquella decisión. Recurso de amparo que es estimado por el Tribunal Constitucional germano declarando la nulidad de la decisión de concesión de la entrega y de la Ley alemana en la que se fundamenta tal decisión.

⁹⁷ Para el Tribunal Constitucional Federal alemán la Ley alemana de transposición de la Decisión Marco impondría una restricción desproporcionada sobre el derecho fundamental de los nacionales alemanes a no ser extraditados al no establecer como motivo obligatorio de denegación de la entrega el hecho de que la infracción cometida por un alemán tenga un componente decisivo interno, motivo de denegación de la entrega que quedaría contenido en aquel motivo previsto en la Decisión Marco de que la infracción haya sido cometida en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro. Motivo que si bien en la Decisión Marco viene enunciado como motivo facultativo, en virtud de la Constitución alemana debería ser necesariamente asumido como motivo imperativo de denegación de la entrega por la Ley alemana que transpone la norma europea, al menos cuando el hecho de que se haya cometido la infracción en todo o en parte en el territorio nacional vaya acompañado del hecho de que los efectos de la infracción también repercutan en Alemania.

Es por tanto la Ley alemana que transpone la Decisión Marco la que afecta desproporcionadamente al derecho de los nacionales a no ser extraditados establecido en el

El segundo supuesto paradigmático en el que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha controlado la conformidad con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución nacional de una norma nacional que desarrolla el Derecho de la Unión ha sido el relativo a la reforma de la Ley de Telecomunicaciones que transpone la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

La Ley nacional fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 2 de marzo de 2010 al considerar que violaba los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa del artículo 10.1 de la Constitución alemana⁹⁸.

artículo 16.2 de la Constitución al no haber utilizado el legislador el margen de manobra que le abría el artículo 4 de la Decisión Marco que recoge los posibles motivos de denegación de las entregas.

Para el Tribunal Constitucional alemán las acusaciones penales con un componente decisivo interno relativas a delitos perpetrados por presuntos delincuentes de nacionalidad alemana tienen que ser investigadas y sancionadas por las autoridades penales alemanas. Para los delitos con un componente decisivo interno el legislador alemán tendría que haber establecido como obligación jurídica la negación de la extradición de sus nacionales. Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., "La Orden europea de detención y el principio constitucional de reciprocidad". Revista española de derecho europeo nº 18, 2006..

⁹⁸ Se ha señalado que el Tribunal Constitucional Federal Alemán no habría tomado la decisión más favorable para los derechos ya que, a pesar de declarar la nulidad de la Ley ha renunciado a su propio nivel de exigencia sin darle la oportunidad al TJUE a través del planteamiento de una cuestión prejudicial de expulsar del ordenamiento de la UE una norma que vulnera potencialmente diferentes derechos fundamentales. GONZALEZ PASCUAL, M., Revista española de derecho europeo nº 36. Civitas. 2010. p. 605.

La oportunidad de controlar la controvertida Directiva de retención de datos le vendría al Tribunal a partir de las cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court de Irlanda y el Vfassungsgerichtshof de Austria.

El Tribunal de Justicia en Sentencia de 8 de abril de 2014, C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland*, ha declarado inválida la Directiva 2006/24/CE al considerar que el legislador de la Unión sobrepasó los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad en relación

El Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia recuerda que, en principio, no cabe interponer demandas de amparo contra las normas europeas⁹⁹, pero sin embargo, señala que sí cabe el planteamiento de un recurso de amparo frente a la Ley nacional de transposición de una Directiva, pues se trata de un supuesto en el que las autoridades nacionales tienen un margen de decisión que puede quedar sometido al control del Tribunal Constitucional, al dejar la norma europea un espacio suficiente al legislador nacional para transponerla sin vulnerar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional.

El Tribunal de Justicia parece haber aceptado la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán referida y que habilita al juez nacional constitucional para controlar la conformidad de las normas nacionales que implementan el Derecho de la Unión con la Constitución cuando el Estado miembro cuenta con un margen de apreciación para realizar tal implementación. En efecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado¹⁰⁰ que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido

con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta que reconocen los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de datos de carácter personal.

⁹⁹ Recordemos que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán los procedimientos para someter las normas del derecho europeo secundario al control constitucional del Tribunal Constitucional Federal, sólo serán admisibles cuando su fundamentación en concreto recoja que el desarrollo jurídico para la protección de los derechos fundamentales en el derecho europeo, especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no garantiza con carácter general la protección de los derechos fundamentales que necesariamente es obligada de acuerdo con la Ley Fundamental. En tanto la Unión Europea, y especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garanticen con carácter general una protección eficaz de los derechos fundamentales frente al poder público europeo, que se haya de considerar esencialmente igual a la que necesariamente se ha de garantizar de acuerdo con la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal no controlará este derecho a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (doctrina Solange II).

¹⁰⁰ STJ de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, apartado 29 que se remite a la STJ, del mismo 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, apartado 60

del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales que sean superiores a los fijados en la Carta. No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia ha establecido como cautela que ello será posible “siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión” (Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, apartado 29 que se remite a la sentencia del mismo 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, apartado 60)¹⁰¹.

Por tanto, el control de los actos de los poderes públicos de los Estados miembros que se dictan en aplicación del Derecho de la Unión, cuando este deja margen de apreciación para su implementación, puede corresponder, también, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, a los propios Estados en el contexto de su ordenamiento constitucional.

1.3.2 La actuación de los poderes públicos nacionales sin margen de apreciación en la implementación del Derecho de la Unión.

El Tribunal Constitucional alemán ha considerado, sin embargo, inadmisibles aquellas impugnaciones de los actos de los poderes públicos

¹⁰¹ Para Ladenburger cuando el Derecho de la Unión permite su implementación mediante diferentes vías siempre que no se ponga en cuestión su efectividad, se puede admitir que se exija a los poderes públicos nacionales que seleccionen únicamente las modalidades de aplicación que respeten su propia Constitución en LADENBURGER, C.: «European Union Institutional Report», en *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, rapports du XXVe congrès de la FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1.

nacionales dictados en aplicación del Derecho de la Unión en el supuesto en el que las autoridades nacionales no tengan margen de decisión a la hora de implementar éste¹⁰². El Tribunal Constitucional alemán considera, así, que el Tribunal de Justicia es el competente para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la República Federal de Alemania frente a los actos del poder público nacional (alemán) adoptados, sin margen de apreciación, en aplicación del derecho derivado. En este ámbito el Tribunal Constitucional Federal sólo actuaría nuevamente si el Tribunal de Justicia abandonara el estándar de garantía general de los derechos fundamentales que aquel fijó en *Solange II*¹⁰³.

La doctrina referida se concreta, por ejemplo en la Sentencia *Plátanos* (2000), donde el Tribunal Constitucional Federal Alemán establece que son inadmisibles *ab initio* los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad cuando su fundamentación no ponga de relieve que el desarrollo jurídico europeo, ha reducido con carácter general la protección *iusfundamental* por debajo del necesario estándar de los derechos fundamentales. Por este motivo la fundamentación de una cuestión de inconstitucionalidad o de un recurso de amparo que alegue una violación de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental por el derecho europeo derivado o por actos del poder público nacional que se derivan del derecho europeo derivado, debe exponer en concreto que no se ha garantizado con carácter general la protección de los derechos

¹⁰² Señala Alonso García que “tratándose de una actividad interna de ejecución del Derecho Comunitario en términos reglados, un pronunciamiento de inconstitucionalidad material de la norma interna lo sería indirectamente también de la comunitaria de la que trae causa”. Alonso García, R., “Jurisdicción Constitucional Nacional y Derecho de la Unión Europea”. IV jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional. 2005. p. 11.

¹⁰³ En la medida en que el Tribunal Constitucional nacional entienda que la protección general que otorga el Tribunal de Justicia no es equivalente podrá hacer valer su interpretación del derecho constitucional invocado incluso anulando el acto europeo que a su juicio lo infringe. Tal y como se ha señalado la tensión conflictual subsiste plenamente, aunque en la práctica resulte difícil que aflore con toda su fuerza.

fundamentales que se considera imprescindible.

Más recientemente el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el marco de un recurso de amparo, ha afirmado que “si los Estados miembros carecen de margen de maniobra en la transposición del Derecho de la Unión, el juez ordinario debe controlar éste, en su caso, a la luz de su compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión, activando la vía prejudicial ex artículo 267 TFUE”¹⁰⁴.

Esta doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán que considera inadmisibles aquellos recursos y cuestiones planteados frente a la actuación sin margen de apreciación de los poderes públicos nacionales¹⁰⁵, sería parcialmente compatible con aquella doctrina del Tribunal de Justicia que considera que cuando la acción estatal esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales no estarían facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales distintos a los estándares de la Carta¹⁰⁶. Así, cuando tal

¹⁰⁴ Auto de 19 de julio de 2011 (1 BvL 1916/09). Señala el Tribunal Constitucional alemán que “al verificar si el Derecho de la Unión deja o no margen de maniobra en su implementación es el juez ordinario el que determina si los derechos de la Constitución deben ser tomados en consideración o si debe abstenerse de controlar la actividad nacional de implementación sobre la base de los estándares de la Constitución en tanto la Unión Europea asegure una protección de los derechos fundamentales que, en términos de contenido y efectividad sea sustancialmente similar a la protección que deriva de la Constitución”

¹⁰⁵ Rodríguez-Piñero considera que la tensión conflictual entre el Derecho de la Unión europea y las Constituciones nacionales se reduce con posturas como la del Tribunal Constitucional Federal alemán, que sostiene que, una vez alcanzado en el ámbito de la Unión un nivel de protección de derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado por la Ley Fundamental, en tanto ese nivel sea garantizado por el Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional se abstendrá de ejercer jurisdicción en relación con la compatibilidad de los actos comunitarios, y, habría que añadir que también en relación con los actos de los poderes públicos nacionales que sean aplicación del derecho europeo, y los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER: «Tribunal constitucional y Derecho comunitario», Noticias de la UE, núm. 118, nov. 1994, p. 11

¹⁰⁶ Así se ha interpretado por la doctrina académica lo establecido en las sentencias *Åkerberg Fransson* y *Melloni*, pues en la primera el Tribunal de Justicia afirmará que en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, lo que a sensu contrario no

margen de apreciación en la implementación no existe no cabe que los órganos judiciales nacionales invoquen la aplicación de tales estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales superiores¹⁰⁷.

Ciertamente, la doctrina del Tribunal de Justicia excluye, en todo caso, la posibilidad de invocar el estándar nacional, mientras que la doctrina del Tribunal Constitucional alemán presume la existencia de una equivalencia general en la protección, pero se reserva la posibilidad de actuar si se demuestra que tal equivalencia general no se produce (doctrina *Solange II*).

El Tribunal Constitucional español, sin embargo, no ha declarado, todavía, la inadmisibilidad de aquellos recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteen frente a los actos del poder público nacional (español) que resultan del Derecho europeo derivado cuando la actuación de aquellos se realiza sin margen de apreciación en la implementación de éste.

Ciertamente, la cuestión de la inadmisibilidad se habría suscitado en el seno del propio Tribunal. Así, la Abogacía del Estado en el asunto

ocurriría en una situación como la de *Melloni* donde no existe margen de apreciación.

¹⁰⁷ El Abogado General en sus conclusiones al asunto *Melloni* se preguntaba sobre el margen de actuación de que disponen los Estados miembros para establecer el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión. Y proponía diferenciar las situaciones en las que existe una definición en el ámbito de la Unión del grado de protección de un derecho fundamental que debe garantizarse en el contexto de la ejecución de una acción de la Unión y aquellas en las que ese nivel de protección no ha sido objeto de una definición común.

El Abogado General Bot viene a afirmar que en un supuesto como *Melloni*, en el que no se deja a los Estados margen de apreciación, el legislador de la Unión ha ponderado entre la protección de los derechos y un espacio de seguridad y una vez armonizada la materia no cabe romper el equilibrio alegando vulneración de los derechos constitucionales. Es el consenso entre los Estados miembros el que no deja espacio para la aplicación de estándares de protección nacionales divergentes, pues la invocación *a posteriori* por un Estado miembro del mantenimiento de su nivel de protección más alto tendría como consecuencia romper el equilibrio logrado por el legislador de la Unión y por tanto perjudicar la aplicación del Derecho de la Unión.

resuelto por la STC 64/1991 sostuvo la necesidad de que el Tribunal Constitucional se abstuviese de controlar los actos de los poderes públicos españoles que se limitan a aplicar o trasponer el Derecho de la Unión Europea. En aquella ocasión la Abogacía del Estado alegó que, en los casos sometidos al Tribunal Constitucional, los poderes públicos nacionales no habían actuado en su calidad de tales, sino como órganos comunitarios, ejecutando lo dispuesto por el Derecho Comunitario¹⁰⁸. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó expresamente este planteamiento, advirtiendo que la Administración nacional no se convierte en estos casos en mero agente comunitario no sujeto al ordenamiento interno: «... la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución)».

El argumento para rechazar la inadmisibilidad del recurso fue, en aquella ocasión, el de que los poderes públicos nacionales se encuentran siempre sometidos a la Constitución, pero no se entró a discutir el argumento, acogido por el Tribunal Constitucional alemán, de si cabía renunciar provisionalmente al control por parte del Tribunal Constitucional, pese a tal sometimiento, por existir una garantía equivalente a nivel europeo.

Una segunda ocasión para matizar su doctrina le llegará al Tribunal

¹⁰⁸ Doctrina que es la que parece haber acogido el Consejo Constitucional francés cuando se declara incompetente para controlar “la conformidad con los derechos y libertades que la Constitución garantiza de las disposiciones legislativas que se limiten a extraer las consecuencias necesarias de disposiciones incondicionales y precisas de una Directiva de la Unión” Decisión nº 2010-79 QPC, de 17 de diciembre.

Constitucional a raíz del asunto *Melloni*. En efecto, en aquella ocasión se planteaba un recurso de amparo en un supuesto en el que los poderes públicos nacionales tenían que aplicar el Derecho derivado sin margen de apreciación.

El Tribunal Constitucional español plantea en el asunto *Melloni* por primera vez en su historia una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Ciertamente la razón fundamental para no haberlo hecho antes, tenía mucho que ver con las propias características del reenvío prejudicial en el Derecho de la Unión, que tiene como finalidad permitir la cooperación de los órganos judiciales nacionales encargados de la aplicación del Derecho de la Unión con el Tribunal de Justicia, pues de este modo se promueve que la aplicación del Derecho de la Unión se hagan de manera uniforme en todo el territorio de la Unión¹⁰⁹. El hecho de que el Tribunal Constitucional no aplique el Derecho de la Unión y tenga como sola competencia la garantía de la Constitución, hacia innecesario, por lo general, el planteamiento de cuestiones prejudiciales, dado que estas únicamente funcionan en los procesos en que debe hacerse aplicación de aquel y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo¹¹⁰.

¹⁰⁹ Ésta era la opinión del propio Tribunal de Justicia que, en su Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, emitido en mayo de 1995, declaró que «es de todo punto evidente que la necesidad de garantizar la interpretación y la aplicación uniformes del derecho comunitario, así como de los convenios indisolublemente ligados a la consecución de los objetivos de los Tratados, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional único, como el Tribunal de Justicia, que fije definitivamente el derecho para toda la Comunidad».

Así, el reenvío prejudicial en el Derecho de la Unión se justifica en el monopolio asignado al Tribunal de Justicia de control de validez del derecho derivado y en la supremacía del Tribunal de Justicia en la interpretación del ordenamiento de la Unión, y efectivamente tiene como finalidad estatuir un mecanismo de cooperación con los órganos judiciales nacionales como órganos encargados de la aplicación del Derecho de la Unión, de manera que lo hagan de modo uniforme en toda la Unión.

¹¹⁰ Así lo venía destacando el propio Tribunal cuando señalaba que “el Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional. Por consiguiente, ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la

No obstante lo anterior, en el Auto de planteamiento de la cuestión en el asunto *Melloni*, el Tribunal Constitucional justifica la necesidad, en esta ocasión, de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el hecho de que la solución del caso depende, en gran parte, de la interpretación y de la validez del Derecho de la Unión (tanto de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, como de la Carta de derechos fundamentales de la UE). Para el Tribunal Constitucional ello trae causa, en particular, de la circunstancia de que, en virtud de la doctrina constitucional relativa a las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el canon de control a aplicar para enjuiciar la constitucionalidad de la resolución judicial por la que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades de otro Estado, “ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega, de donde deriva claramente la trascendencia constitucional de la interpretación que haya de darse a esas disposiciones del Derecho de la Unión”¹¹¹.

norma comunitaria cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo” STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7.

¹¹¹ ATC 86/2011, de 9 de junio. Así lo ha confirmado en la sentencia que resuelve finalmente el recurso de amparo, En efecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional “para precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles, hemos destacado la decisiva relevancia que adquieren los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7) (...) Entre tales tratados encontramos tanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se constituyen, así, junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE. Contenido cuyo desconocimiento

Por tanto, el planteamiento de la cuestión prejudicial se fundamenta en la idea de que aunque no le corresponda al Tribunal Constitucional aplicar el Derecho de la Unión, la interpretación que se haga de éste por parte del Tribunal de Justicia, tiene relevancia a la hora de determinar la interpretación del derecho fundamental constitucional por parte del Tribunal Constitucional¹¹².

determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles” STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4.

¹¹² Para el Tribunal Constitucional “la Decisión Marco de 2009 es aplicable, en todo caso, como criterio de integración del contenido del derecho reconocido en el art. 24.2 CE cuyo desconocimiento determina, de conformidad con la doctrina señalada, su vulneración indirecta por parte de los órganos judiciales españoles”. No le corresponde al Tribunal Constitucional aplicar la Decisión marco, pero la interpretación que se haga de esta sirve como criterio de integración del derecho fundamental constitucional.

Para el Tribunal Constitucional, mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado ad intra por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan ad extra es más reducido. Así, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales, las exigencias que constituyen la esencia misma del proceso justo, las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad “indirecta” de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control.

Y precisamente “para precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles, hemos destacado la decisiva relevancia que adquieren los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7)”.

Es decir en materia de violaciones indirectas no cabe un estándar superior de protección al establecido en los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España, pues al tratarse de definir cual es el contenido absoluto de un derecho el elemento determinante son aquellos acuerdos y tratados.

El planteamiento de la cuestión prejudicial era necesario, según el ATC 86/2011, para determinar si la Carta concede al derecho a la defensa una protección más extensa que la que se deriva del art. 6 del Convenio Europeo que había quedado ya interpretado por el TEDH en buena medida en el asunto *Sedjovic*. Tal supuesto era perfectamente posible que se produjese pues el Derecho de la Unión no excluye la posibilidad de que la Carta establezca un estándar superior al del CEDH. En efecto, de acuerdo con el artículo 52.3 de la Carta en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que confiera dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

Dos de los votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional español que resuelve definitivamente el recurso de amparo planteado por el Sr. Melloni, sugieren que el Tribunal Constitucional, en supuestos en los que la regulación esté plenamente armonizada, debería aplicar única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013¹¹³.

Tal concepción sostenida en los votos particulares referidos no sería exactamente la mantenida por la doctrina Tribunal Constitucional alemán que, en todo caso, nunca ha aceptado convertirse en un mero aplicador del Derecho de la Unión sino que, más bien, lo que ha hecho ha sido renunciar a controlar la conformidad de determinadas actuaciones de los poderes públicos nacionales, las que dicten sin margen de apreciación para la implementación del Derecho de la Unión, con los derechos fundamentales constitucionales mientras la protección dispensada por el Derecho de la Unión sea en términos generales equivalente. Ello ha llevado al Tribunal Constitucional alemán a inadmitir aquellos recursos y cuestiones que se le plantean pero no ha llevado a la resolución de los mismos mediante la aplicación de la Carta.

La respuesta que el Tribunal de Justicia diera a estos interrogantes permitiría delimitar el contenido protegido por los derechos reconocidos en los arts. 47 II y 48.2 CDFUE y, con ello, apreciar la compatibilidad con esos derechos del art. 4 bis de la Decisión Marco 2002/584/JAI, pero también permitirá determinar el contenido absoluto del derecho de defensa.

¹¹³ Apartado 3 del Voto particular concurrente que formula la Magistrada Asua. En la misma línea se manifiesta el voto particular de la Magistrada Roca cuando afirma que “todos los Jueces y Tribunales nacionales [también la jurisdicción constitucional] deben aplicar el derecho europeo y por ello, todos, sin excepción, son “jueces europeos” cuando se trate de dicha aplicación. También en materia de derechos fundamentales, y en la aplicación del Derecho de la Unión, deben atender al estándar europeo”.

La concepción mantenida en algunos de los votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el asunto *Melloni* supondría la conversión del Tribunal Constitucional español en un órgano aplicador del Derecho de la UE y obligaría a revocar aquella doctrina del Tribunal Constitucional español establecida en su día en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 y que considera que la jurisdicción constitucional no aplica los derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española¹¹⁴.

Frente a esta concepción, los votos particulares referidos, tras recordar que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el contenido de los derechos fundamentales queda fijado por sus normas y por la interpretación que de ellas y de los derechos de la Carta haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁵, sostienen que tal contenido debe ser aplicado por el Tribunal Constitucional en la resolución de los recursos de amparo que se le susciten¹¹⁶.

Ello, ciertamente supondría una novedad, pues de acuerdo con la doctrina tradicional del Tribunal, “el recurso de amparo se ha establecido por el constituyente y configurado por el legislador como un medio

¹¹⁴ Tal como recuerda el Presidente Sala, el Tribunal Constitucional, en la singular función jurisdiccional que le corresponde, no aplica el Derecho de la Unión, sino sólo la propia Constitución. SALA SÁNCHEZ, P. Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011). La Ley, 2012. P 71.

La atribución al Tribunal Constitucional de una función de garantía de los derechos fundamentales de la Carta exigiría la asignación de un papel europeo al Tribunal Constitucional como subrayaban los Informes del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución de 2006 y sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español de 2008.

¹¹⁵ Sin perjuicio de que los dos votos particulares señalen que la aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución.

¹¹⁶ Para la Magistrada Roca “todos los Jueces y Tribunales nacionales deben aplicar el derecho europeo (...) también debe actuar así la jurisdicción constitucional, como lo demuestra que el propio Tribunal Constitucional, en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, se reconozca como “órgano jurisdiccional” en el sentido de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea”

procesal para recabar la tutela de las libertades y derechos proclamados en los arts. 14 al 30 C.E. [arts. 53.2 y 161.1, b), C.E., y 41 LOTC] y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos (art. 41.3 LOTC). De modo que la única medida de enjuiciamiento aplicable, tanto en el proceso constitucional de amparo como en el proceso preferente y sumario seguido ante los Tribunales ordinarios ex art. 53.2 C.E., es la integrada por los preceptos C.E. que reconocen aquellos derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo contenido y alcance, no obstante, habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 C.E.”¹¹⁷.

La validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide al Tribunal Constitucional¹¹⁸. La mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales constitucionales es precisamente lo que habría justificado el planteamiento de la cuestión prejudicial en el asunto *Melloni*, pero ello no

¹¹⁷ Para el Tribunal Constitucional español la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; “si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas”.

¹¹⁸ Parece que de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprendería que el art. 10.2 CE obligaría a subir el estándar nacional si el estándar internacional fuese más alto que el nacional, pero no obligaría a bajar el estándar nacional si el internacional fuese más bajo, pues el Tribunal Constitucional puede interpretar de manera más garantista un derecho fundamental constitucional, constituyéndose así los acuerdos internacionales sobre derechos humanos en una garantía de mínimos pero no de máximos. Así se desprende de la doctrina que afirma que es al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, “en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo” STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

suponía transmutar al Tribunal Constitucional en un órgano encargado de la aplicación del Derecho de la Unión.

Para la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional español la adhesión al proceso de integración europeo “no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios, la atribución del «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 C.E.) Según el Tribunal “es patente que los motivos de amparo han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 C.E. [arts. 53.2 y 161.1 b), C.E. y Título III LOTC], con exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela, únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el art. 10.2 C.E”.

Consecuentemente, el único canon admisible para resolver las demandas de amparo sería, de acuerdo con la doctrina clásica del Tribunal, el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, sin que le pueda, por tanto corresponder al Tribunal, la aplicación de la Carta.

La concepción sostenida en alguno de los votos particulares a la STC 26/2014 y que supone que en supuestos en los que la regulación esté plenamente armonizada, el Tribunal Constitucional, debería aplicar única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Carta, no parece haber sido acogida por la doctrina más reciente del propio Tribunal de Justicia¹¹⁹,

¹¹⁹ En contra de algunas interpretaciones que se habrían realizado de lo establecido en los

quién no ha descartado que los tribunales constitucionales puedan realizar un control incidental de constitucionalidad de las leyes nacionales que implementan el Derecho de la Unión sin tener margen de apreciación¹²⁰.

Ciertamente, al Tribunal de Justicia lo que le preocupa es que tal control de constitucionalidad derive en la imposibilidad de que el propio Tribunal pueda realizar un control de validez de la norma europea que la ley nacional está implementando, pero el Tribunal de Justicia no descarta que tal control de constitucionalidad en supuestos de implementación de la norma europea sin margen de apreciación se pueda producir.

Así, para el Tribunal de Justicia, “si el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad condujera a la derogación de una ley nacional que se limitara a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión a causa de la falta de conformidad de esa ley con la Constitución nacional, el Tribunal de Justicia podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales competentes en cuanto al fondo en el Estado miembro considerado, el control de la validez de dicha directiva en relación con los mismos motivos inherentes a las exigencias del Derecho primario, y en especial de los derechos reconocidos por la Carta”.

Ante tal eventualidad el Tribunal de Justicia afirmará que “antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho

asuntos *Åkerberg Fransson* y *Melloni*. Así para Sarmiento en aquellos supuestos en los que el Derecho de la Unión haya determinado plenamente la forma de actuar de los Estados miembros, la Carta desplaza a los derechos fundamentales nacionales. Bajo aquellas circunstancias la Carta es el único estándar de derechos fundamentales aplicable. SARMIENTO, D., “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”. *Common Market Law Review*. Vol. 50 No. 5 October 2013.

¹²⁰ STJ de 11 de septiembre de 2014, C- 112/13, asunto *A y B y otros*

nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión [lo que supone admitir que tal control pueda ser realizado], en relación con los mismos motivos que afectan a la validez de esa directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva [...] la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto a la obligación de adaptación a ésta”¹²¹.

El Tribunal de Justicia no descarta, por tanto, la posibilidad de que pueda efectuarse por parte de los órganos nacionales un control de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una norma de la Unión (situación *Melloni*) pero impone que el propio Tribunal tenga la oportunidad de efectuar un control previo de la conformidad de la norma europea con el Derecho de la Unión e impone que el control de constitucionalidad no ponga en cuestión la primacía del Derecho de la Unión.

Así una cuestión del todo distinta a la relativa a la eventual conversión del Tribunal Constitucional en un órgano aplicador del Derecho de la Unión, y más concretamente de la Carta como propugnan alguno de los votos particulares a la STC 26/2014, sería la relativa a la determinación de lo que les correspondería hacer, de acuerdo con el ordenamiento

¹²¹ En apartado 40. Así para el Tribunal, “en lo atinente, por último, a la aplicabilidad en paralelo de los derechos fundamentales garantizados por una Constitución nacional y de los garantizados por la Carta con respecto a una normativa nacional que aplique el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, es preciso destacar que el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de una ley nacional cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión no puede vulnerar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para declarar la invalidez de un acto de la Unión” apartado 41.

nacional, a los jueces ordinarios que deben juzgar la actuación de los poderes públicos nacionales que aplican el Derecho de la Unión sin tener un margen de apreciación en la implementación del mismo.

En este supuesto, cabría sostener, en línea con la doctrina sentada tanto por el Tribunal Constitucional Federal alemán¹²² como por el Tribunal de Justicia¹²³, que los jueces ordinarios deberían dirigirse al Tribunal de Justicia para promover la garantía de los derechos fundamentales contenidos en la Carta, pues es la cuestión prejudicial el mecanismo que le permite al Tribunal de Justicia cumplir su papel de garante de aquella¹²⁴.

Papel que, por el hecho de poderse considerar que produce un resultado equivalente a aquel que resultaría de la acción del Tribunal Constitucional, podría justificar una suspensión transitoria de la competencia de éste último en la garantía de los derechos constitucionales.

¹²² Que recordemos que ha considerado que “si los Estados miembros carecen de margen de maniobra en la transposición del Derecho de la Unión, el juez ordinario debe controlar éste, en su caso, a la luz de su compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión, activando la vía prejudicial ex artículo 267 TFUE” Auto de 19 de julio de 2011 (1 BvL 1916/09).

¹²³ Que recordemos que ha considerado que “antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión (...) los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva” STJ de 11 de septiembre de 2014, C- 112/13, asunto *A y B y otros*

¹²⁴ Recordemos que esta preferencia de la cuestión prejudicial ha sido establecida por el Tribunal de Justicia cuando ha afirmado que “antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión, en relación con los mismos motivos que afectan a la validez de esa directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva” STJ de 11 de septiembre de 2014, C- 112/13, asunto *A y B y otros*.

Así, no puede descartarse que en el futuro¹²⁵, el Tribunal Constitucional español, en línea con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán, renuncie a confrontar con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución aquellos actos de los poderes públicos españoles dictados en aplicación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación, por considerar que se da una equivalencia en la protección dispensada por el Tribunal de Justicia.

¹²⁵ Sin embargo, es posible mantener que el concreto asunto *Melloni* no era el más adecuado para realizar una renuncia de jurisdicción de tal calado por parte del Tribunal Constitucional, por varias razones:

La primera porque precisamente en el asunto *Melloni* la interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías contenido en la Constitución que venía realizando el Tribunal Constitucional nacional era más protectora que la que realiza el Tribunal de Justicia de ese mismo derecho contenido en la Carta.

Si bien es cierto que en el asunto *Melloni*, el Tribunal Constitucional ha podido adecuar su interpretación a la del Tribunal de Justicia, y evitar así el conflicto de estándares, pues en virtud de la doctrina constitucional relativa a las vulneraciones indirectas, el canon de control ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales ratificados por España. No obstante lo anterior, el uso del art. 10.2 CE como mecanismo para reducir el estándar nacional debe ser excepcional. Tal solución fue posible en el caso *Melloni* por la propia caracterización jurisprudencial de las vulneraciones indirectas, pues mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra* es más reducido. Así, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, la doctrina del Tribunal ha sostenido que no son todas y cada una de las garantías, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales, las exigencias que constituyen la esencia misma del proceso justo, las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad “indirecta” de la actuación de la jurisdicción española. En la determinación de cuáles son esas exigencias más básicas o elementales juegan un papel fundamental los tratados y acuerdos internacionales.

La segunda, y sobre todo, porque tal y como ha señalado algún sector doctrinal, y a pesar de lo que haya podido afirmar el Tribunal de Justicia en el propio asunto *Melloni*, el artículo 4 bis de la Decisión marco de 2009 podría no ajustarse, no ya a la doctrina del Tribunal Constitucional, sino ni siquiera a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se encuentra vinculada la Unión. De ser ello cierto difícilmente podría el Tribunal Constitucional justificar su renuncia a ejercer su control de constitucionalidad sobre los actos del poder público nacional que apliquen el derecho europeo derivado en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, pues no se cumpliría el presupuesto para hacerlo, la existencia por el Tribunal de Justicia de un nivel de garantía de aquellos derechos sustancialmente equivalente al que se garantizaría por el Tribunal Constitucional aplicando la Constitución, que debe ser, en virtud del artículo 52.3 de la Carta, como mínimo el que garantiza el TEDH interpretando el CEDH.

Para ello, el Tribunal Constitucional podría llegar a inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteasen frente a las normas con rango de ley que sin margen de apreciación aplicasen el Derecho de la Unión, por considerar que el Tribunal de Justicia realiza una protección equivalente a través de la garantía de los derechos fundamentales contenidos en el Ordenamiento de la Unión. Para ello debería, no obstante, el Tribunal Constitucional español reinterpretar el alcance del artículo 37.1 de la LOTC que establece como causa de inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad que la cuestión suscitada fuere notoriamente infundada.

Igualmente podría llegar a inadmitir los recursos de amparo que se le planteasen frente a aquellos actos de los poderes públicos nacionales que sin margen de apreciación aplicasen el Derecho de la Unión. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, que exige para la admisión del recurso de amparo la existencia de especial trascendencia constitucional facilitaría que el Tribunal Constitucional inadmitiese a trámite tales supuestos por incumplimiento de aquel requisito, dejando no obstante abierta la puerta a la eventual admisión de aquellas cuestiones de inconstitucionalidad o recursos de amparo que justificasen la relevancia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el hecho de que no se garantiza por el Tribunal de Justicia con carácter general la protección de los derechos fundamentales que se considera imprescindible (doctrina *Solange II*)¹²⁶.

Ciertamente, una eventual renuncia transitoria del Tribunal Constitucional a ejercer su competencia de garantía de los derechos

¹²⁶ Este último supuesto, sin embargo, únicamente cabría si previamente se le ha ofrecido al TJUE la oportunidad de examinar el caso desde la perspectiva del Derecho de la Unión a través de la cuestión prejudicial planteada por los jueces ordinarios.

fundamentales constitucionales por considerar que existe una equivalencia en la protección dispensada por el ordenamiento de la Unión, realzaría la importante función que cumpliría en este escenario de renuncia, el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los jueces ordinarios que se encontrarían obligados a utilizar los Derechos de la Carta como parámetro directo de control.

En efecto, ante la dificultad de que se admitiesen a trámite cuestiones de inconstitucionalidad o recursos de amparo, la tutela de los derechos recaería en los jueces ordinarios vía cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Ello obligaría, quizá al Tribunal Constitucional a ser más incisivo a la hora de considerar si aquellos han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en aquellos supuestos en los que decidiesen no plantear una cuestión prejudicial.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional igualmente ha considerado que “la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental”. Tal podría ser el caso cuando el órgano judicial, por ejemplo, decide no plantear la cuestión prejudicial (cuando se den las circunstancias para tal planteamiento) en una situación de implementación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación de manera insuficientemente fundada.

4. La diversidad de estándares en materia de derechos fundamentales y el juego de la cláusula del respeto de la identidad nacional¹²⁷ recogida en el artículo 4.2 del TUE.

De acuerdo con el artículo 4.2 del vigente Tratado de la Unión Europea:

“la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”¹²⁸.

Se ha subrayado que la cuestión que plantea la existencia de estándares divergentes en materia de derechos fundamentales no encontraría solución en el artículo 53 de la Carta, sino en el artículo 4.2 del TUE. La primacía de la Carta en el supuesto de estándares divergentes dependería, por tanto, de si el estándar nacional forma parte de la identidad nacional de un Estado miembro¹²⁹.

¹²⁷ Sobre la cuestión ver *National Constitutional Identity and European Integration*, eds Saiz de Arnaiz y Alcoberro Llivina, Cambridge, Intersentia, 2013.

¹²⁸ El concepto de identidad nacional aparece en los tratados europeos en el Tratado de Maastricht (1992) donde el artículo F, apartado 1, del TUE disponía “la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”

¹²⁹ BESSELINK, L.F.M.: “General Report”. en *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, rapports du XXVe congrès de la FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1.

En esta línea, el Abogado General Bot en sus conclusiones en el asunto *Melloni* -tras rechazar de plano aquella interpretación del artículo 53 de la Carta que permite atribuir prioridad a la norma más protectora derivada de una Constitución nacional¹³⁰, pues ello lesionaría el principio de primacía del Derecho de la Unión-, admite, sin embargo, que la primacía del Derecho de la Unión no es incondicional cuando recuerda que la Unión está obligada por el artículo 4 TUE, apartado 2, a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos»¹³¹. Para el Abogado General Bot “un Estado miembro que considerase que una disposición de Derecho derivado vulnera su identidad nacional podría también oponerse a ella basándose en el artículo 4 TUE, apartado 2”¹³².

Se plantea así una cuestión fundamental, que fue eludida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* a pesar de haber sido suscitado

¹³⁰ Para el Abogado General “el artículo 53 de la Carta precisa que, en el contexto de la coexistencia de las diferentes fuentes de protección de los derechos fundamentales, la Carta no puede llevar por sí misma a una reducción del nivel de protección de esos derechos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Así pues, este artículo trata de confirmar que la Carta sólo impone un nivel de protección de los derechos fundamentales dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión.

La Carta no puede tener, por tanto, el efecto de obligar a los Estados miembros a rebajar el grado de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución nacional en los supuestos situados fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión (...) los términos «en su respectivo ámbito de aplicación» pretenden en especial dar a los Estados miembros la seguridad de que la Carta no está destinada a reemplazar su Constitución nacional en lo que atañe al nivel de protección que ésta garantice dentro del ámbito de aplicación del Derecho nacional.”

¹³¹ En la misma línea el propio preámbulo de la Carta recuerda que la Unión debe respetar en su acción la identidad nacional de los Estados miembros

¹³² Ciertamente, para el Abogado General Bot, y también, a la postre, para el Tribunal Constitucional español que plantea la cuestión prejudicial en el asunto *Melloni*, la determinación de lo que constituye el «contenido absoluto» del derecho de defensa que era lo que se discutía en el asunto *Melloni* no formaría parte de la identidad constitucional de España -pues para el Tribunal Constitucional español la determinación de lo que constituye el «contenido absoluto», se construye a partir de los acuerdos y tratados internacionales sobre derechos ratificados por España- por lo que no estaríamos ante uno de esos supuestos en los que el artículo 4.2 del TUE puede permitir a un Estado miembro oponerse a la aplicación de una disposición de Derecho derivado.

por el Abogado General Bot en sus conclusiones, y es la relativa a la necesaria articulación entre el artículo 4.2 del TUE y el artículo 53 de la Carta y sobre todo la relativa a quién le corresponde interpretar cual es la identidad nacional constitucional de cada Estado¹³³. Identidad que el propio Derecho originario ha reconocido como límite a la primacía del derecho de la Unión.

Como se ha señalado cabría pensar que la proclamación en el propio Derecho primario de la identidad nacional como un límite a la Unión Europea supone el triunfo de los Estados miembros en la disputa por la soberanía, pues han conseguido integrar el parámetro nacional como parámetro europeo¹³⁴. Así el artículo 4.2 TUE consagraría la constitucionalidad singular de los Estados miembros¹³⁵.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha afirmado en la Sentencia Lisboa que le corresponde a él comprobar si el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental es respetado de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 en conexión con el

¹³³ Identidad que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha interpretado como aquello no susceptible de integración (apartado 239 Sentencia *Lisboa*).

Para Requejo parece razonable decantarse por la Constitución como fuente en la que han de buscarse, en principio, los elementos definidores de la identidad nacional referida en el art. 4.2 TUE, REQUEJO, J. L., "Identidad nacional e integración europea", Revista española de Derecho Constitucional nº 100, 2014, p. 428.

¹³⁴ Según el Tribunal Constitucional Federal Alemán "el control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB De este modo, se asegura que la primacía del Derecho de la Unión solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional" (apartado 249 Sentencia *Lisboa*).

REQUEJO, J. L., señala que cuando se dice identidad nacional se quiere decir algo muy próxima a la soberanía en "Identidad nacional e integración europea", Revista española de Derecho Constitucional nº 100, 2014

¹³⁵ CRUZ VILLALÓN, P., "La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid sobre Identidad, Derecho y Política. BOE, 2013, p. 505. Para Cruz por medio de la clausula del artículo 4.2 TUE, los Tribunales nacionales han encontrado en el propio Derecho de la Unión el fundamento tanto de sus estatalidad como de su constitucionalidad específica, en p. 514.

artículo 79.3 LFB.

Para el Tribunal Constitucional germano el ejercicio de dicha competencia de control, se justificaría en que “de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración. A este respecto, las garantías -tanto la de Derecho constitucional como la de Derecho de la Unión- de la identidad constitucional nacional van de la mano en el espacio jurídico europeo. El control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB”. Para el Tribunal Constitucional Federal alemán “de este modo, se asegura que la primacía del Derecho de la Unión solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional”¹³⁶.

Pero al tiempo, cabe igualmente sostener que su inclusión en los Tratados permite al Tribunal de Justicia reivindicar que la identidad nacional de los Estados no es otra cosa que lo que él, como intérprete supremo del Derecho primario, decida¹³⁷.

Ciertamente, la mayoría de la doctrina viene considerando que el Tribunal de Justicia no será libre de determinar unilateralmente el contenido de tal identidad constitucional nacional, y que para ello deberá

¹³⁶ Apartado 240. Según el Tribunal Constitucional Federal alemán el control de la identidad pueden conducir a que el Derecho de la Unión, sea declarado inaplicable en Alemania. El Tribunal considera que “para proteger la viabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional abierta al Derecho europeo requiere, que el control de una vulneración de la identidad constitucional correspondan en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal (apartado 241).

¹³⁷ REQUEJO, J. L., “Identidad nacional e integración europea”, Revista española de Derecho Constitucional nº 100, 2014, p. 433.

contar con los tribunales superiores nacionales cuando interpretan los límites a la integración¹³⁸. La determinación del significado de la identidad nacional constitucional sólo se alcanzará en cada caso a través de un proceso de dialogo entre los tribunales implicados, pues si problemático es que el Tribunal de Justicia decida unilateralmente sobre el concepto de identidad nacional de un determinado Estado miembro, igualmente problemático sería que la interpretación se realizase exclusivamente por el Tribunal Constitucional respectivo, pues supondría elevar a cada uno de estos a la categoría de guardián del Derecho Constitucional de la UE. En efecto, si cada Tribunal Constitucional actuase de guardián de su respectiva identidad constitucional nacional podríamos asistir a una fragmentación del *ius commune* europeo y a una puesta en cuestión del propio principio de unidad que fundamenta el proceso de integración. Desde las perspectivas doctrinales favorables al diálogo entre cortes la específica dinámica de la integración europea debe llevar a que no exista una “última palabra” sino una determinación de la interpretación correcta a través de la cooperación y el diálogo.

Así se ha señalado que el respeto de la identidad nacional, primero reivindicada por los jueces nacionales¹³⁹ y luego convertida en exigencia por el propio Derecho de la Unión, en lugar de ser únicamente una norma

¹³⁸ Así por ejemplo, en una de las partes más criticadas de la Sentencia *Lisboa*, el Tribunal Constitucional Federal alemán identifica aquellos ámbitos materiales que son intransferibles por conformar la capacidad del Estado de determinar política y socialmente sus propias condiciones de vida y que la sentencia identifica con las decisiones sobre el Derecho penal material y formal (1), la capacidad de disposición sobre el monopolio de la fuerza, con respecto a la policía en el interior, y al ejército en el exterior (2), las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos – en especial también los motivados por la política social – (3), la conformación de las condiciones de vida en un Estado social (4), así como las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas (5).

¹³⁹ Por ejemplo, en las Sentencias de la Corte Constitucional italiana *Frontini* (1973) o *Granital* (1984), en las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán *Solange I* (1974), *Solange II* (1986) o *Lisboa* (2009) o en la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español.

de resistencia, se asemeja a una norma de convergencia entre ordenamientos jurídicos, pues en la medida en que es a un tiempo un concepto de Derecho de la Unión y un concepto de Derecho nacional es susceptible de ofrecer una respuesta al conflicto constitucional¹⁴⁰.

Ello supone que tanto el Tribunal de Justicia como los Tribunales constitucionales deben esforzarse por evitar el conflicto mediante aproximaciones excesivamente unilaterales. La solución a un posible conflicto, no procede, desde la perspectiva de los que defienden el denominado pluralismo constitucional¹⁴¹, del establecimiento de una autoridad última, sino de la aceptación de mecanismos de cooperación y diálogo entre las diversas autoridades.

Ciertamente no faltan visiones más escépticas que consideran que las apelaciones al diálogo entre tribunales no son sino una manera de eludir la cuestión fundamental que se plantea con el concepto de identidad constitucional nacional, la relativa a la soberanía¹⁴². En cuestión no está otra cosa que lo que le dijo Humpty Dumpty a Alicia¹⁴³: detrás del

¹⁴⁰ MILLET, F.X. *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*. Tesis defendida en el Instituto Europeo de Florencia el 3 de diciembre de 2012.

¹⁴¹ Sobre el pluralismo constitucional ver *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, eds. Avbelj y Komárek, Hart Publishing, (Studies of the Oxford Institute of European & Comparative Law), 2012.

¹⁴² Rodríguez Iglesias y Valle Gálvez consideran que el conflicto radical entre las exigencias del ordenamiento comunitario y las de la Constitución de un Estado miembro no es susceptible de solución lógicamente satisfactoria, ya que tanto el Derecho comunitario como el Derecho constitucional nacional se autoafirman con la pretensión de primacía. Ahora bien, tal conflicto es en realidad puramente hipotético y tanto los Tribunales Constitucionales como el Tribunal de Justicia pueden y deben evitar que tal conflicto se produzca. RODRÍGUEZ IGLESIAS Y VALLE GÁLVEZ «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 », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, 1997.

¹⁴³ "Cuando yo uso una palabra --insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso-- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

--La cuestión --insistió Alicia-- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

problema de quién puede determinar el significado último de las palabras (en nuestro supuesto la identidad nacional) está la verdadera pregunta ¿Quién es el que manda? La respuesta a tal pregunta no es otra que la determinación de quién es el soberano.

Sea como fuere, la tendencia a la asimetría del orden constitucional europeo que se derivaría de la vinculación del proceso de integración a las garantías propias de cada ordenamiento constitucional nacional, a través de la obligación de la Unión de respetar la identidad nacional, supone que quizá un proceso de integración fundamentado en la soberanía de los pueblos de los Estados miembros ha dado ya de sí todo lo que podía dar de cara a promover una integración caracterizada por la unidad.

Para dar pasos ulteriores en los que la integración deje de encontrarse condicionada por las identidades nacionales quizá sea necesaria la reformulación del propio soberano, dando paso a un verdadero pueblo europeo, capaz de dar forma, a través de un acto constituyente, a un Estado federal europeo.

IV. La tutela de los derechos por los mecanismos establecidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ha recordado que los actos de la Unión Europea

--La cuestión --zanjó Humpty Dumpty-- es saber quién es el que manda..., eso es todo".
En el libro *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí* de Lewis Carroll (1871)

como tal no pueden ser impugnados ante él dado que la Unión no es, todavía, Parte Contratante en el Convenio¹⁴⁴. Sin embargo, el Tribunal Europeo ha subrayado que los Estados miembros de la Unión Europea sí son parte del Convenio y por ello se encuentran vinculados por éste cuando aplican el Derecho de la Unión¹⁴⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede ejercer, por tanto, un control indirecto sobre el Derecho de la Unión Europea cuando controla a los poderes públicos de los Estados miembros de la Unión que ejecutan aquel. Así, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre que un Estado miembro de la Unión adopte una medida nacional de aplicación del Derecho de la Unión está actuando también como Estado parte en el Convenio y por tanto tales medidas se encuentran sometidas al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, puesto que una de las características específicas de la Unión y de su ordenamiento jurídico consiste en que la acción de la Unión, como regla general, sólo produce sus efectos respecto a los particulares a través de medidas nacionales de ejecución o de aplicación; la garantía de los derechos del Convenio se articula a través de la posibilidad de que los particulares acudan a los tribunales de los Estados miembros. Los particulares tras agotar los medios de recurso internos, pueden presentar un recurso contra el Estado miembro de que se trate ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al impugnar las medidas nacionales de aplicación o

¹⁴⁴ El Tratado de Lisboa ha incorporado un nuevo artículo 6.2 al Tratado de la Unión Europea, en el que se dispone que ésta “se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. El precepto reproducido supera así aquellas objeciones que, desde el punto de vista competencial, fueron planteadas por el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/1994. Tal adhesión, sin embargo, todavía no se ha producido.

¹⁴⁵ En la STEDH *Matthews contra Reino Unido*, de 30 de junio de 2005.

de ejecución del Derecho de la Unión se pone en cuestión indirectamente la acción de la Unión.

Ciertamente, al Tribunal de Justicia le preocupa que tal puesta en cuestión, aún indirectamente, de la actuación de las instituciones de la Unión afecte a una de las características fundamentales del sistema de tutela jurisdiccional de la Unión, como es la atribución en exclusiva al Tribunal de Justicia de la función de declarar en su caso la invalidez de un acto de la Unión¹⁴⁶. Por ello, con el fin de preservar esa característica del sistema de tutela jurisdiccional de la Unión y de respetar el principio de subsidiariedad inherente al Convenio, el Tribunal de Justicia considera que es preciso evitar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegue a resolver, aun indirectamente, sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de Justicia haya podido pronunciarse de forma definitiva sobre esa cuestión¹⁴⁷.

Sea como fuere, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido al Derecho de la Unión Europea una presunción general de conformidad con el Convenio en su Sentencia *Bosphorus* (2005).

Así, tras afirmar que los Estados firmantes del Convenio no están exonerados de responsabilidad en lo que respecta a una posible violación de dicho Convenio, por el sólo hecho de que estén dando cumplimiento a obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos considerará que una medida de un Estado parte en el Convenio Europeo que se dicte en aplicación de obligaciones

¹⁴⁶ Atribución en exclusiva que tendría como finalidad preservar la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, así como garantizar la necesaria coherencia del sistema de tutela jurisdiccional de la Unión.

¹⁴⁷ Así lo ha recordado el Tribunal de Justicia en su *Documento de reflexión sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

jurídicas internacionales debe considerarse conforme al Convenio, cuando la organización internacional o supranacional en cuestión ofrezca una protección de los derechos fundamentales “al menos equivalente” a la garantizada por el Convenio.

La cuestión clave de la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encontraría en la interpretación que realiza del concepto de protección “equivalente”, pues entiende que es aquella que es “comparable”, sin necesidad de que sea idéntica, pues la exigencia de una protección idéntica sería contraria al interés en que las distintas organizaciones cooperen¹⁴⁸.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si se estima que la organización internacional en cuestión ofrece una protección “equivalente”, hay que presumir, salvo prueba en contrario, que el Estado Parte respeta las exigencias del Convenio Europeo cuando ejecuta las obligaciones jurídicas que resultan de su pertenencia a aquella¹⁴⁹.

De este modo, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los actos de los Estados miembros de la Unión Europea dictados en ejecución de obligaciones europeas se presumen –salvo prueba en contrario– conformes al Convenio Europeo, dado que las garantías sustantivas y los controles procesales establecidos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea ofrecen una protección “equivalente” a la del mencionado Convenio¹⁵⁰.

Así, la sentencia *Bosphorus* no excluye el control judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los actos de los Estados

¹⁴⁸ Parágrafo 155.

¹⁴⁹ Parágrafo 156

¹⁵⁰ Parágrafo 164.

miembros de la Unión Europea, pues a pesar de que se constata la “equivalencia” entre los sistemas comunitario y europeo de protección de los derechos fundamentales, tal equivalencia puede verse refutada en atención a las circunstancias del caso concreto, si se considera que la protección ofrecida por la Unión Europea- de los derechos reconocidos en el Convenio es “manifiestamente deficiente”.

El Tribunal de Justicia, parece descartar tal eventualidad, pues ha recordado que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52, apartado 3, precisa que, en la medida en que dicha Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este Convenio. Según la explicación de esta disposición, el sentido y alcance de los derechos garantizados no quedarán determinados únicamente por el texto del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No obstante lo anterior, el artículo 52, apartado 3, segunda frase, de la Carta dispone que la primera frase del mismo apartado no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa¹⁵¹.

En tanto la Unión Europea no se adhiera al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos continuará realizando un control indirecto de la actividad de las instituciones europeas a través del control de los actos de los Estados

¹⁵¹ La futura entrada en vigor del Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, -aprobado el pasado 2 de octubre de 2013 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y que entrará en vigor una vez ratificado por diez Estados- pueda coadyuvar a evitar que el Tribunal de Justicia realice una interpretación a la baja de los derechos fundamentales.

Dicho Protocolo instaura una vía incidental de diálogo entre los jueces nacionales y los de Estrasburgo en el marco de procesos nacionales vinculados al control de convencionalidad de normas internas.

miembros que apliquen el Derecho de la Unión. Y es en este punto donde se plantea la cuestión de que debe hacer la jurisdicción nacional, encargada de velar por el cumplimiento del Convenio, cuando el estándar de protección establecido por el Tribunal de Justicia se revela más bajo que el estándar establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desconociéndose, así, por aquel el propio artículo 52, apartado 3 de la Carta.

Así, por ejemplo, a pesar de lo que haya podido afirmar el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni*, se ha señalado por la doctrina que el artículo 4 bis de la Decisión marco de 2009, cuyo juicio de validez realizaba el Tribunal de Justicia en aquella decisión, podría no ajustarse, no ya a la doctrina del Tribunal Constitucional español, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se encuentra vinculada la Unión en virtud del referido art. 52.3 de la Carta¹⁵².

En efecto, en primer lugar el nuevo artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584/JAI podría no ajustarse al Convenio, pues los supuestos a) y b) del primer apartado de aquel precepto no deberían ser alternativos sino cumulativos. Solo así interpretados se podría considerar el precepto conforme con doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, la configuración alternativa que realiza el precepto determina que haya de procederse a la entrega cuando el ausente que ha sido debidamente notificado no ha sido defendido por un letrado, sin que conste una renuncia expresa a tal defensa, lo que resulta abiertamente contrario a lo dispuesto por la jurisprudencia de Estrasburgo que ha afirmado que «el hecho de que

¹⁵² De acuerdo con el artículo 52.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio.

Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

un acusado, a pesar de haber sido debidamente citado, no comparezca, no puede- incluso aunque tal ausencia resulte injustificada- privarle de su derecho a ser defendido mediante un letrado». STEDH *Pelladoah c. Países Bajos*, n. 16737/90, de 22 de septiembre de 1994, párr. 40. En el mismo sentido, SSTEDH *Poitrimol c. Francia*; *Lala c. Países Bajos*, n. 146168/89, de 22 de septiembre de 1994, párr. 33; *Van Geyseghem c. Bélgica*, n. 26103/95, de 21 de enero de 1999, párr. 34.

En segundo lugar el nuevo artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584/JAI tampoco se ajustaría al Convenio, pues establece como causa facultativa de denegación a efectos de ejecución de una pena cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución (no se podrá en todo caso denegar si se cumplen una serie de requisitos), cuando de acuerdo de nuevo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ello debería ser una causa obligatoria de denegación (no se podrá en todo caso denegar si se cumplen una serie de requisitos).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH *Sejdovic c. Italia*, nº 56581/00, de 1 marzo 2006)) ha entendido incluido dentro del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio, el derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto tras oír al acusado cuando estas personas, no habiendo sido informadas de manera efectiva de las diligencias, no han renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los procedimientos que tienen lugar en ausencia del acusado no son necesariamente contrarios al artículo 6 del Convenio, sin embargo se produce una denegación de un proceso equitativo cuando una persona condenada *in absentia* no puede

obtener un nuevo pronunciamiento de un tribunal sobre el fondo del asunto cuando no ha renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer.

Esta jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo podría haber llevado al Tribunal de Luxemburgo a considerar que la Decisión Marco, en cuanto establece como motivo facultativo de condicionamiento de las entregas que el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, vulnera el derecho fundamental a un proceso equitativo, pues tal motivo debería haber sido contemplado como obligatorio en la propia Decisión Marco.

Ciertamente eran dos puntos que no se suscitaban en el concreto caso del Sr. Melloni, pues éste había contado con defensa letrada y España había incorporado como motivo de condicionamiento de las entregas que el imputado no hubiese comparecido en el juicio del que derive la resolución, sin embargo, el Tribunal de Justicia, en trance de realizar el control de validez de la Decisión que le pedía el Tribunal Constitucional español, podía haber realizado un juicio abstracto y en profundidad de la conformidad del art. 4 bis de la Decisión Marco con los derechos fundamentales de la Carta, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 52.3 de la Carta.

Sea como fuere, a la jurisdicción nacional poco le queda por hacer en un supuesto como el referido, pues la vía incidental que abre el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, -aprobado el pasado 2 de octubre de 2013 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y que entrará en vigor una vez ratificado por diez Estados- y que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo único que llevaría es a poner de manifiesto la

contradicción entre las interpretaciones entre ambos tribunales, pero no da al juez nacional pauta alguna en relación con cómo resolver la eventual contradicción entre las interpretaciones de ambos tribunales.

Ciertamente, la cuestión suscitada es posible que tenga su vía de solución una vez que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.