



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER

**El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o
Tribunal de Justicia de la Unión?**

WP IDEIR nº 17 (2013)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Javier Díez-Hochleitner 2013

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

*El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?**

Javier Díez-Hochleitner**

I. El marco de las relaciones entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales: 1. Primacía del Derecho de la Unión versus supremacía de las Constituciones nacionales; 2. El Tribunal de Justicia de la Unión como Tribunal constitucional europeo: 2.1. El control de validez de los actos de la Unión; 2.2. El control de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión. II. Potenciales conflictos entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales: 1. Los riesgos de una actuación ultra vires por parte de la Unión; 2. ¿Posibles vulneraciones de las identidades constitucionales de los Estados miembros?; 3. ¿Diversidad de estándares de protección de los derechos fundamentales?: 3.1. Los derechos fundamentales como parámetro de legalidad de los actos de la Unión; 3.2. Los derechos fundamentales en el marco del control de la conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión; 3.3. Medidas nacionales de ejecución de normas del Derecho de la Unión que no imponen un estándar de protección de los derechos fundamentales. III. La necesidad de intensificar el dialogo constitucional.

* Texto de la ponencia para las XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional sobre “Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales”, celebradas el 15 y 16 de noviembre de 2012, y entregado a la Asociación en enero de 2013.

** Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid.

I. EL MARCO DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LAS CONSTITUCIONES NACIONALES

1. Primacía del Derecho de la Unión *versus* supremacía de las Constituciones nacionales

En su célebre sentencia de 1970 en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, el Tribunal de Justicia de la UE llegó a afirmar 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”¹.

Naturalmente, los Tribunales constitucionales y los Tribunales supremos de los Estados miembros no pueden compartir la posición expresada sin matices por el TJ en dicha sentencia. Sin embargo, en ocasiones adoptan posiciones igualmente carentes de todo matiz. Así lo hace, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 2009 sobre el Tratado de Lisboa. Tras afirmar en ella que “la Ley Fundamental aspira a integrar a Alemania en una comunidad jurídica de Estados pacíficos y libres, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la Constitución alemana”, añade que “no hay contradicción con respecto al objetivo de apertura al Derecho internacional si el legislativo, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales –aceptando, sin embargo, las consecuencias correspondientes en las relaciones internacionales– en caso de que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución”².

Aun cuando las sentencias del TJUE y del TCFA llegan a conclusiones diametralmente opuestas, parecen responder a un planteamiento común. En efecto, cabe entender que ambas observan las relaciones entre el Derecho de la Unión y la Constitución nacional desde la clásica perspectiva de las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno.

A este respecto, no podemos dejar de señalar que, si bien configura al Derecho comunitario como un ordenamiento singular, la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* apunta a la postre al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Con arreglo a este precepto, que no es sino expresión de una norma de Derecho Internacional general, una parte en un tratado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento

(*) Texto de la ponencia para las XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional sobre “Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales”, celebradas el 15 y 16 de noviembre de 2012, y entregado a la Asociación en enero de 2013.

¹ STJCE de 17.12.1970, as. 11/70 (pár. 3).

² STCFA de 30.6.2009 (BVerfG, 2 BvE 2/082; pár. 340). Una versión en castellano de la sentencia se encuentra en A. López Castillo y A.J. Menéndez, *Sentencia Lisboa el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 203 ss. (traducción a cargo de C. Vidal Prado y C. Elías Méndez).

de aquél. Así pues, las normas internas –aun de rango constitucional– se configuran desde la perspectiva del Derecho Internacional como meros hechos³. El Derecho de la Unión sería de este modo autorreferencial en la determinación de las condiciones de producción y de validez de sus normas, viendo garantizada su aplicación por el principio de primacía⁴. Este discurso tal vez permite explicar las relaciones del Derecho comunitario con el ordenamiento infra-constitucional de los Estados miembros, pero, desde luego, ignora la posible incidencia de un acto de la Unión en el Derecho constitucional nacional.

Por su parte, la afirmación de la sentencia *Lisboa* antes transcrita no hace sino reproducir palabras previamente pronunciadas por el propio del TCFA a propósito de los posibles conflictos entre los tratados internacionales de los que es parte Alemania y la Ley Fundamental⁵. No discutiremos que los Tribunales constitucionales o los Tribunales supremos deben asegurar la supremacía de la Constitución respecto de un tratado internacional (o de un acto de una Organización internacional) declarándolo inaplicable en el territorio nacional si fuera necesario, aun a riesgo de que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Sin embargo, las relaciones entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales son más complejas. Sin negar que –retomando palabras del propio TCFA– la primacía de aplicación del Derecho europeo constituye un elemento transferido por un tratado internacional y, por lo tanto, un elemento de carácter derivado⁶, el TUE y el TFUE no son simples tratados internacionales, aunque formalmente tengan esta naturaleza⁷. Por el contrario, se presentan, junto con el resto de los principios generales del Derecho de la Unión que el TJ ha tenido ocasión de alumbrar, como la “Carta constitucional de una Comunidad de Derecho”⁸ que configura un poder público europeo, al servicio de un proceso de integración supranacional, cuya legitimidad reside no sólo en la voluntad de los parlamentos nacionales y en las correspondientes cláusulas de apertura de las Constituciones nacionales sino igualmente en la asunción de los valores constitucionales de los Estados miembros. Un discurso que no trascienda el dogma de la supremacía de la Constitución nacional desconoce esta realidad y, a la postre, resulta estéril.

Las relaciones entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales necesitan ser abordadas desde una perspectiva distinta. Nada hay de novedoso en considerar en el

³ Véase a este respecto A. Remiro Brotons: *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados*, ed. Tecnos, Madrid, 1987 (en p. 332).

⁴ Refiriéndose a la *STJ Internationale Handelsgesellschaft*, J.C. Cunha Rodrigues ha señalado que “the Court persisted in a unilateral analysis of relations between the Community legal order and the national legal orders”, en su trabajo “The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order”, en *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (M. Poiares y L. Azoulai, eds.), Hart Publis., 2010, pp. 89-97 (en p. 92).

⁵ El TCFA se refiere en la sentencia *Lisboa* a su Decisión de 14.10.2004, relativa al CEDH (BvERFge 2 BvR 1481/04; párrs. 317-318), comentada por F. Müller y T. Richter en “Report on the Bundesverfassungsgericht’s (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006”, *German Law Journal*, vol. 9 (2008), n° 2, pp. 161-193 (en pp. 164 ss.).

⁶ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 339).

⁷ Tuve ocasión de publicar algunas reflexiones sobre esta cuestión en “La interdependencia entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea”, *Cursos de Vitoria-Gasteiz de 1998*, ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 39-88.

⁸ Dict. del TJ 1/91, de 14.12.1991, sobre el *Espacio Económico Europeo* (pár. 21).

estadio actual del proceso de integración las Constituciones nacionales y el Derecho primario de la Unión conforman un marco constitucional compuesto⁹ o “entremezclado” (“interwined constitutionalism”¹⁰) en el que el Tribunal de Justicia de la Unión y los Tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros están llamados a desempeñar sus funciones desde el diálogo y la deferencia recíprocos¹¹, asumiendo los deberes que se desprenden de los principios de cooperación leal y de tolerancia constitucional que consagra el artículo 4 del TUE. Huelga añadir que el proceso de integración no puede vivir pendiente de la última palabra que pudiera corresponder a los más altos tribunales nacionales con fundamento en el dogma de la supremacía de la Constitución. En realidad, la propia sentencia *Lisboa* no es completamente ajena a esta realidad pues, al mismo tiempo que advierte que la “Constitución de Europa” (así la califica en algún momento) es un ordenamiento derivado, admite “una autonomía supraestatal amplia en el día a día político” (aunque “siempre objetivamente limitada”)¹².

Los postulados del pluralismo constitucional tienen pleno sentido en la medida en que, como ya apuntamos anteriormente, el Derecho de la UE y las Constituciones nacionales cuentan con mecanismos eficaces de imbricación¹³. Así, por una parte, el Derecho de la Unión integra las pretensiones de validez del Derecho constitucional nacional, al hacer suyos los valores y principios en que éste se asienta, aspecto sobre el que volveremos más tarde. Por otra parte, se configura en los ordenamientos constitucionales nacionales como canon hermenéutico de interpretación¹⁴. La interpretación *pro unione* de las normas constitucionales nacionales, con fundamento en las cláusulas de europeidad, favorece una aproximación dialogante con el Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, en su sentencia de 2006 sobre la euroorden, el Tribunal Constitucional checo consideró necesario interpretar el artículo 14.4 de la Constitución –según el cual ningún ciudadano checo podrá ser obligado a abandonar su tierra– tomando como punto de partida la existencia de un principio constitucional que exige interpretar las disposiciones de la Constitución de conformidad con el proceso de integración europea. Y así, admitiendo que el precepto era susceptible de interpretaciones diversas, descartó que la Decisión marco fuera contraria a él¹⁵. Nada justifica pues que, partiendo del dogma de la

⁹ Véase a este respecto los trabajos de I. Pernice: “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *Columbia Journal of European Law*, 2009, nº 3, pp. 349-407 (esp. pp. 373 ss.) y “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?”, *Common Market Law Rev.*, 1999, nº 4, pp. 703-750 (en pp. 708 ss.); también el trabajo de I. Pernice con F.C. Mayer: “De la constitution composée de l’Europe”, *Rev. Trimestrielle de Droit Européen*, 2000, nº 4, pp. 623-647. En la doctrina española, véase P. Cruz Villalón: “La constitución inédita. Las dificultades del debate constitucional europeo”, *Rev. Española de Derecho Europeo*, nº 1, 2002, pp. 9-29.

¹⁰ Tomado de J. Ziller: “National Constitutional Concepts in the New Constitution for Europe”, *European Constitutional Law Rev.*, 2005, nº 3, pp. 452-480 (en p. 480).

¹¹ Véase M. Poiars Maduro: “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *Rev. de Estudios Políticos*, nº 119, 2003, pp. 11-55 (en pp. 49 ss.). En relación con el diálogo con el TJ en el ámbito de los derechos fundamentales, véase A. Torres Pérez: *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford Univ. Press, 2009 (en pp. 97 ss.).

¹² STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 231).

¹³ Véase de nuevo M. Poiars Maduro: ob. cit. (en p. 49).

¹⁴ Véase R. Alonso García: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 2012 (en pp. 318 ss.).

¹⁵ Sentencia de 3.5.2006 (Pl. ÚS 66/04: *European Arrest Warrant*; párrs. 61 ss.).

supremacía de la Constitución, algunos Tribunales constitucionales se presenten, en palabras de Cruz Villalón, más como antagonistas que como protagonistas del proceso de integración¹⁶.

Frente a la sentencia *Lisboa* del TCFA, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español se expresa en términos más apropiados. Recordemos que, tras recalcar que el 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 establece hoy el TFUE–, la Declaración considera difícilmente concebible que el Derecho de la Unión llegue a resultar inconciliable con la Constitución¹⁷. La clave se encuentra en el papel que corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión como garante de dichos valores.

2. El Tribunal de Justicia de la Unión como Tribunal constitucional europeo

2.1. El control de validez de los actos de la Unión

Como es bien sabido, el TJUE tiene atribuidas funciones jurisdiccionales que trascienden las de un Tribunal internacional y que en algunos casos son propias de un tribunal constitucional. Entre estas funciones se encuentra el control en monopolio de la validez de los actos legislativos de la UE¹⁸, ya sea por la vía del recurso de anulación o de la cuestión prejudicial de validez. Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué punto al ejercer esta función constitucional se encuentra en condiciones de actuar como un verdadero Tribunal constitucional europeo, excluyendo la necesidad/legitimidad de cualquier intervención (ulterior) por parte de los Tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia fue tempranamente consciente de la necesidad de incorporar como parámetro de legalidad de los actos de la UE las pretensiones de validez propias del Derecho constitucional nacional. Así lo evidencia su primera jurisprudencia en materia de protección de los derechos fundamentales, a partir de la cual inicia un diálogo indirecto con los Tribunales constitucionales en la determinación del sentido y alcance que deba a dar a aquéllos. Más aún, la relevancia otorgada por el Tribunal a la protección de los derechos fundamentales le llevaría incluso a anteponer el derecho a la tutela judicial efectiva frente a su monopolio en el control de validez de los actos comunitarios. Me refiero, en concreto, a sus sentencias en los asuntos *Atlanta* y *Zuckerfabrick*, en las que admite que, sin perjuicio de su obligación de plantear la correspondiente cuestión prejudicial de validez, un órgano jurisdiccional nacional puede suspender provisionalmente la ejecución de un acto administrativo basado en un

¹⁶ P. Cruz Villalón: *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, ed. Trotta, 2004 (en p. 67).

¹⁷ Decl. 1/2004, de 13.12.2004 (FJ 3).

¹⁸ Véase G. C. Rodríguez Iglesias y J. Baquero Cruz: “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Fundamentos (Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional)*, nº 4, 2006, pp. 291-3446 (esp. pp. 305 ss.), y A. Sáiz Arnaiz: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional”, *Rev. Vasca de Administración Pública*, 1999, nº 2, pp. 223-256.

reglamento comunitario cuya validez se cuestiona o adoptar una medida cautelar de carácter positivo que suponga su inaplicación¹⁹.

En esta senda han profundizado los Tratados de revisión, incorporando referencias explícitas –cada vez más frecuentes y precisas– no sólo a los derechos fundamentales sino igualmente a la identidad y a los valores constitucionales de los Estados miembros a la hora de dibujar el propio marco de constitucional de la Unión.

Así, el actual artículo 2 del TUE –ahondando en el contenido del artículo F.1 del Tratado de Maastricht y del posterior artículo 6.1 del TUE– proclama que la Unión se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y los derechos humanos, en tanto que “valores que 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”.

El artículo 4.2 del TUE, en la redacción resultante del Tratado de Lisboa, exige por su parte el respeto por la UE no sólo de la identidad nacional de los Estados miembros –al igual que el antiguo artículo 6.3 del TUE (y antes su artículo F.1)–, sino también de su identidad constitucional, englobando en ella el ejercicio de las funciones esenciales del Estado, entre las que destaca garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. Además, atribuye al precepto carácter justiciable.

En materia de derechos fundamentales, el Tratado de Maastricht consagró en su artículo F.2 la jurisprudencia del TJ, 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 pues, en la medida en que los derechos fundamentales y la identidad constitucional de los Estados miembros operan como límites al poder público europeo y, por consiguiente, como parámetros de enjuiciamiento de los actos de las instituciones de la Unión, nada habría que objetar, en principio, a que la intervención del TJ excluya la de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros.

Ahora bien, para que las normas constitucionales de la Unión puedan ser observadas como integrantes de un constitucionalismo europeo de carácter compuesto, que asegure coherencia a un sistema que ha de configurarse como global, se precisa de un alto grado de confianza en el TJUE y de un cierto margen de tolerancia constitucional. El Tribunal Constitucional español da buena muestra de ambas cosas en su declaración 1/2004, en la que entiende que el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa –cuyo contenido, por lo que aquí interesa, retoma el Tratado de Lisboa– consagraba “la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales”²⁰. Se ha dicho que el Tribunal Constitucional viene a reconocer en este pronunciamiento una suerte de presunción genérica de

¹⁹ SSTJ de 21.2.1991, as. *Zuckerfabrik* (as. ac. C-143/88 y C-92/89, pár. 16) y de 9.11.1995, as. *Atlanta* (C-465/93, párs. 28 ss.).

²⁰ Decl. 1/2004, cit. (FJ 3).

constitucionalidad del Derecho de la Unión²¹. No obstante no descarta en él que pueda verse abocado a intervenir “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 fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta”²².

En una línea similar se sitúa el TCFA en su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales desde *Solange II*. De hecho, su sentencia *Lisboa* parece conformarse en este terreno con su jurisprudencia anterior, que admite que el TJUE garantiza un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente al que proporciona la Ley Fundamental, descartando de este modo examinar la conformidad de los actos de las instituciones de la Unión –así como de las normas nacionales de aplicación de normas comunitarias que no dejan margen de apreciación– por violación de los derechos fundamentales para limitar su intervención a un control de carácter sistémico²³. Una doctrina que es igualmente asumida por otros Tribunales constitucionales²⁴.

Sin embargo, la sentencia *Lisboa* no parece dar muestra de confianza ni tolerancia alguna en relación con la interpretación que el TJUE pueda hacer del sistema competencial comunitario. A las advertencias que a este respecto formulara a en su sentencia *Maastricht*²⁵, se añade en dicho pronunciamiento un discurso cerrado que dibuja de forma categórica los límites de las competencias que puede ejercer la Unión, se expresa con pretensiones de ofrecer una interpretación auténtica de los Tratados en esta materia y no duda en imponer interpretaciones conformes a la Ley Fundamental de algunas de sus disposiciones. Más aún, lejos de tender puentes al diálogo, como luego veremos, el TFCA advierte al TJUE de los riesgos en que incurre al ofrecer una interpretación extensiva de las bases atributivas de competencias que incorporan el TUE y el TFUE, reservándose la competencia para controlar las actuaciones *ultra vires* de la Unión²⁶.

²¹ R. Alonso García: *Sistema...*, ob. cit. (en p. 321).

²² Decl. 1/2004, cit. (FJ 4).

²³ STCFA de 22.10.1986, *Solange II* (BVerfGE, 2 BvR 197/83). Tras el punto de inflexión que supuso la sentencia *Maastricht*, a la que nos referiremos seguidamente, la doctrina *Solange II* fue confirmada por el TCFA en su Decisión de 7.6.2000, acerca del Reglamento relativa a la organización común del mercado del plátano (BVerfG, 2 BvL 1/97, párs. 34 ss.), y en otros pronunciamientos posteriores.

²⁴ Para un resumen de la jurisprudencia de otros Tribunales constitucionales, véase L. I. Gordillo: *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publ., 2012 (en pp. 19 ss.).

²⁵ STCFA de 12.10.1993 (BVerfG, 2 BvE 2134/92, párs. 183 ss.).

²⁶ La STCFA sobre el Tratado de Lisboa ha sido objeto de numerosos comentarios críticos, entre los que citaremos los de C. Tomuschat: “Lisbon – Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 70, 2010, pp. 251-282; P. Häberle: “La regresiva ‘sentencia Lisboa’ como ‘Maastricht-II’ anquilosada”, *Rev. Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, 2009, pp. 397-429; D. Thym: “In the name of Sovereign Statehood: A critical introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court”, *Common Market Law Rev.*, 2009, nº 6, pp. 1795-1822. En la doctrina española, J. Martín y Pérez de Nanclares: “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *Rev. d'Estudis Autònoms i Federals*, nº 13, 2011, pp. 97-145; A. López Castillo: “Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia Lisboa del TCFA”, en *Sentencia Lisboa del Tribunal...*, ob. cit., pp. 19-58; A.J. Menéndez: “La Unión Europea en el espejo de Lisboa”, *ibid*, pp. 59-202; y, M^aJ. Bobes Sánchez: “La integración europea según el Tribunal

2.2. *El control de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión*

El TJUE no está sólo llamado a actuar como Tribunal constitucional europeo cuando enjuicia la validez de los actos de las instituciones de la Unión, sino igualmente cuando debe pronunciarse sobre la conformidad de las normas nacionales con el Derecho de la Unión, a resultas de un recurso por incumplimiento o (indirectamente) de una cuestión prejudicial de interpretación. La dimensión constitucional de esta función es clara cuando el enjuiciamiento se produce respecto del Derecho primario de la UE (incluida la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en los supuestos de aplicación de Derecho de la Unión a que hace referencia su artículo 51.1) o cuando el control de conformidad alcanza normas nacionales de rango constitucional.

Aun cuando en este supuesto los pronunciamientos del TJ sólo tienen carácter declarativo, se imponen a todos los órganos nacionales a la hora de proceder, en el marco del principio de primacía del Derecho de la Unión, a la aplicación o inaplicación de la norma nacional considerada. Ahora bien, el problema surge cuando el TJ afronta una eventual falta de conformidad con el Derecho europeo de una norma nacional de rango constitucional, supuesto en el que el principio de primacía no ofrece una respuesta satisfactoria.

Como veremos más tarde, la práctica demuestra que las posibilidades de un conflicto de esta naturaleza no son escasas cuando el Tribunal debe enjuiciar la compatibilidad de los ordenamientos nacionales con las libertades básicas del mercado interior que consagran los Tratados, particularmente en los supuestos en que la Unión no ha adoptado normas de armonización.

Como es sabido, la jurisprudencia del TJUE ha configurado el alcance de las dichas libertades de forma tal que, en principio, cualquier medida nacional que obstaculiza la realización de cualquiera de ellas o disuade de su ejercicio puede llegar a considerarse contraria a los Tratados. Se ha dicho con razón que esta jurisprudencia consolidada del TJUE –que ni siquiera el TCFA ha cuestionado directamente– lleva a la sujeción de todas las normas nacionales al control de constitucionalidad europeo²⁷, incluidas las de rango constitucional, en particular las relativas a los derechos fundamentales. Pero, a salvo queda la posibilidad de que entre en juego alguna de las excepciones consagradas en los propios Tratados, tales como las medidas restrictas justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Además, en relación con las medidas restrictivas que no sean discriminatorias, la jurisprudencia del TJUE excluye su incompatibilidad con los Tratados si, en síntesis, están justificadas por una razón imperiosa de interés general (exigencias imperativas) y son proporcionales²⁸. Así pues, las excepciones contempladas en los Tratados y las exigencias imperativas operan como posible cauce para la imbricación de las normas constitucionales nacionales en el marco normativo del mercado interior.

Constitucional Federal Alemán. Comentario a la sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa”, *Rev. Española de Derecho Europeo*, nº 33, 2010, pp. 157-186.

²⁷ A.J. Menéndez: ob. cit. (en p. 109).

²⁸ Véanse, por todas, las SSTJ de 18.7.2006, as. *De Cuyper* (C-406/04; pár. 40), de 11.9.2007, as. *Schwarz y Gootjes-Schwarz* (C-76/05, pár. 94), de 14.10.2008, as. *Grunkin y Paul* (C-353/06; pár. 29) y de 23.4.2009, as. *Rüffler* (C-544/07; pár. 74).

Pero las posibilidades de un conflicto con las normas constitucionales nacionales no acaban ahí. También pueden surgir como consecuencia de la acción normativa de las Instituciones de la Unión. Sin embargo, al igual que ocurre en relación con el control de validez de los actos de la Unión, la intervención del TJ debería en principio bastar. Veámoslo con más detenimiento en los siguientes epígrafes.

II. POTENCIALES CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LAS CONSTITUCIONES NACIONALES

1. Los riesgos de una actuación *ultra vires* por parte de la Unión

Nadie discute que el fundamento del poder de la Unión se encuentre en las Constituciones estatales ni que, en consecuencia, esté embridado por el principio de la competencia de atribución, que el TUE consagra en términos absolutos, llegando a afirmar en dos ocasiones que “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros” (artículos 4.1 y 5.2). Naturalmente, al ejercer el control de los actos de la Unión, el TJ debe asegurar el respeto de dicho principio.

Sin embargo, tras señalar que la Ley Fundamental no autoriza a los órganos estatales alemanes a transferir derechos de soberanía de tal modo que a partir de su ejercicio puedan justificarse de forma independiente nuevas competencias para la Unión Europea o que se afecte a la identidad constitucional indisponible en virtud del artículo 79.3 de la Ley Fundamental²⁹, el TCFA afirma en la sentencia *Lisboa* que “de la subsistente soberanía del pueblo, anclada en los Estados miembros, y de la circunstancia de que los Estados siguen siendo los Señores de los Tratados [...] se deriva que no puede haberse desprovisto a los Estados miembros del derecho a controlar el respeto al programa de integración”³⁰, posición que es compartida, aunque desde planteamientos más dialogantes, por otros Tribunales constitucionales³¹. Y, como vimos, al reivindicar para sí el control de las actuaciones *ultra vires* de la Unión, el TCFA asume las consecuencias del subsiguiente incumplimiento de los Tratados, esto es la responsabilidad internacional del Estado, verificada en su caso por el TJUE.³²

El TCFA pretende que su posición es comparable con la sostenida por el TJUE en su sentencia de 2008 en el asunto *Kadi*. En esta sentencia el Tribunal europeo enjuició la validez del Reglamento 881/2002, adoptado en ejecución de una resolución del Consejo de Seguridad, por el que se impusieron medidas restrictivas específicas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes. Pues bien, la sentencia afirma la existencia de un “núcleo duro” de Derecho originario, frente al cual no cabe oponer ninguna obligación de Derecho Internacional, conformado por “los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario, y entre ellos el de protección de los derechos fundamentales”³³. El supuesto no es, sin embargo, comparable por varios motivos, entre

²⁹ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (párrs. 233 y 339).

³⁰ *Ibid* (pár. 334).

³¹ Véanse la sentencia del Tribunal Constitucional checo de 26.11.2008 relativa al Tratado de Lisboa (Pl. ÚS 19/08, párrs. 110 y 139) y la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 11.5.2005 sobre el Tratado de adhesión a la UE (K/18/04, párrs. 16 ss.).

³² Véase el párrafo de la sentencia *Lisboa* reproducido al principio del epígrafe I.1 de este trabajo.

³³ STJ de 3.9.2008 (as. ac. C-402/05 P y C-415/05 P; pár. 304).

los que basta con señalar que el Consejo de Seguridad es un órgano de naturaleza política cuyas actuaciones no están sometidas al control de legalidad ni de la Corte Internacional de Justicia ni de ningún otro órgano jurisdiccional. Por el contrario, todos los actos de la UE están sometidos al control de validez de su Tribunal de Justicia, un control ejercitable durante toda su vigencia merced a la cuestión prejudicial de validez.

El TCFA cuestiona, a la postre, la capacidad del TJUE de comportarse como un verdadero Tribunal constitucional al controlar el respeto por la Unión de los límites impuestos a la transferencia de competencias operada en el marco de la Constitución alemana, llegando a afirmar que es la viabilidad misma del ordenamiento jurídico comunitario la que requiere que tanto un control de las actuaciones *ultra vires* como el control de una vulneración de la identidad constitucional por parte de la UE correspondan “en exclusiva” al Tribunal Constitucional Federal³⁴.

La desconfianza del TCFA hacia el TJUE como intérprete de las bases jurídicas del TFUE atributivas de competencias, así como de los preceptos de los Tratados que regulan su alcance y ejercicio, se explica por cuanto dibujan un sistema competencial abierto y dinámico, que no permite determinar *a priori* y en abstracto cuándo es posible la intervención de la Unión. Como es bien sabido, lejos de consagrar un catálogo cerrado de competencias, las bases jurídicas de los Tratados siguen un método denominado funcionalista, que se traduce en la definición de competencias en función de objetivos³⁵. Es verdad que en algunos casos el ejercicio de las competencias atribuidas se encuentra sujeto a la definición de presupuestos materiales que limitan el margen de apreciación de la Unión y, a la postre, de su Tribunal de Justicia³⁶. Pero no siempre es

³⁴ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 241).

³⁵ Junto al carácter abierto y dinámico de las bases jurídicas del TFUE, no hemos de olvidar tampoco el papel que ha jugado el principio de los poderes implícitos en el proceso de integración europea, particularmente por lo que se refiere a la proyección *ad extra* de las competencias de la Unión. La jurisprudencia del TJ en esta materia, hoy consagrada en el artículo 216.1 del TFUE, no es objeto de ninguna consideración específica en la sentencia *Lisboa*. Sin embargo, el TCFA no duda en determinar en ella el alcance de la competencia exclusiva que en materia de política comercial corresponde a la Unión *ex art. 207 del TFUE* e, incluso, en definir la interpretación que debe darse a la nueva competencia que este precepto atribuye a la Unión en materia de protección de las inversiones extranjeras (pár. 379); por cierto, no parece casual que la interpretación de esta nueva competencia haya sido y siga siendo objeto de una viva polémica no sólo doctrinal, sino también entre los Estados miembros y la Comisión Europea.

Huelga tal vez añadir que a la indeterminación del ámbito de las competencias de la UE se añade la relativa a su alcance. Sabido es que el Tratado de Lisboa consagra la clásica distinción entre competencias exclusivas, compartidas (de carácter concurrente) y complementarias y clasifica en una de estos tres categorías los ámbitos de competencia de la UE, configurando como particulares algunas políticas como la PESC o la política de empleo. Con todo, deja enorme espacio para la incertidumbre. Lo hace, por ejemplo, al definir en el art. 3.1 del TFUE, siguiendo de nuevo la jurisprudencia del TJ, el alcance exclusivo de la competencia exterior de la UE. También al afirmar que la PCC es un ámbito de competencia exclusiva, siendo así que la base jurídica correspondiente –el antes citado art. 207 del TFUE– es susceptible de divergencias interpretativas en cuanto al ámbito material que cubre (por ejemplo, en materia de inversiones extranjeras).

Pero, sin duda, la mayor incertidumbre sigue radicando en el presupuesto que determina el posible ejercicio por la Unión de las competencias compartidas, esto es, la verificación de las condiciones que encierra el principio de subsidiariedad, que hoy se recoge en el art. 5.3 del TUE. Cierto es que la articulación por el Tratado de Lisboa del llamado “mecanismo de alerta temprana”, como mecanismo de control político del respeto del principio de subsidiariedad, atempera los riesgos de una actuación injustificada de la Unión desde la perspectiva de dicho principio.

³⁶ Así ocurre, por ej., en el art. 40 del TFUE que atribuye una amplia competencia normativa a la Unión en materia de política agrícola para la consecución de unos objetivos que precisa el art. 39, precepto que,

así, como ocurre con el artículo 114 del TFUE, manifestación paradigmática del método funcionalista. Como se recordará, este precepto atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo, sin más presupuestos, competencia para adoptar medidas de armonización “que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

Obsesionado en reivindicar para sí, como intérprete supremo de la Constitución, la *Kompetenz-Kompetenz*, el TCFA advierte en la sentencia *Lisboa* que, de conformidad con la Constitución, se exige “no aceptar disposiciones dinámicas en blanco en los Tratados o, si es que pueden ser interpretadas de tal manera que se preserve la responsabilidad nacional sobre la integración, en todo caso establecer garantías internas apropiadas para la efectiva observación de dicha responsabilidad”³⁷. Pero, sorprendentemente, no menciona el artículo 114, que ha sido clave en el proceso de armonización al servicio de la consecución del mercado interior y cuyo alcance ha sido cuestionado en diversas ocasiones ante el TJUE³⁸

Los jueces de Karlsruhe tiene fijación con otro precepto: el artículo 352 del TFUE (antiguo artículo 235 del TCE). La sentencia *Maastricht* ya advirtió sobre los peligros que encerraba esta cláusula de atribución residual de competencias³⁹, que, tras el Tratado de Lisboa permite actuar cuando “se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto” (es decir, sin que exista otra base jurídica específica que atribuya expresamente competencia para ello). Pues bien, el Tribunal alemán entiende en la sentencia *Lisboa* que la nueva redacción del precepto –cuya aplicación no queda ya limitada a la realización de objetivos en el marco del mercado común, sino que abarca ahora a los “ámbitos de las políticas definidas en los Tratados”–, hace posible “crear” nuevas competencias en todo el ámbito de aplicación del Derecho primario. Además, considera que esta posibilidad no queda compensada por el hecho de que esta base jurídica siga previendo la unanimidad del Consejo y, desde el Tratado de Lisboa, la aprobación del Parlamento Europeo, ni le basta con que, adicionalmente, excluya la adopción, con fundamento en ella, de medidas de armonización o que incidan en la PESC⁴⁰. En estas circunstancias, el TCFA exige en su decisión que cada vez que la Comisión Europea presente una propuesta con base en dicho precepto, el representante alemán en el Consejo no pueda dar su voto favorable sin contar con la ratificación del Bundestag y del Bundesrat, mediante una ley de las previstas en el artículo 23.1 de la LFB⁴¹.

además, prevé que la citada política se articule en torno a la creación de organizaciones comunes de mercados cuyas funciones define.

³⁷ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 239).

³⁸ Véanse, entre las más recientes, las SSTJ de 10.2.2009, as. *Irlanda c. PE y Consejo* (C-301/06), de 9.3.2010, as. *Comisión c. Alemania* (C-518/07) y de 8.6.2010, as. *Vodafone* (C-58/08).

³⁹ STCFA de 12.10.1993, cit. (pár. 187 ss.).

⁴⁰ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 327). Véase en sentido contrario la STC checo sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 152 ss.).

⁴¹ *Ibid.* (pár. 328). La sentencia también exige una ley del art. 23.1 de la LFB en otros supuestos, tales como la aplicación de los procedimientos simplificados de revisión de los Tratados previstos en los apdos. 6 y 7 del art. 48 del TUE (párs. 311 ss.) o, en el ámbito del Derecho penal, para la aplicación del mecanismo de “pasarela” contemplado en el art. 82.2.d) del TFUE (pár. 366).

Llegados a este punto, me atrevo a sugerir que la sentencia *Lisboa* es incoherente. Una de dos, (i) o la Ley Fundamental exige que el programa de integración de la Unión Europea sea suficientemente preciso –como, en resumen, dice la propia sentencia– y, por lo tanto, los Tratados deberían ser declarados inconstitucionales por no cumplir con este requisito, o (ii) el artículo 23 de la LF no sólo permite que el sistema competencial europeo sea abierto y dinámico sino igualmente que el TJUE arbitre su aplicación. Lo que no es admisible es que, aceptadas las reglas de juego por un Estado miembro con fundamento en la correspondiente habilitación constitucional, su Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo actúe como juez durante la partida. En otras palabras, no es razonable que un TC se reserve para sí el control del respeto del principio de la competencia de atribución, ni que marque líneas rojas al TJUE sobre cómo interpretar los Tratados, negando así la competencia de este Tribunal para determinar el alcance de su propia competencia jurisdiccional y configurando sus sentencias como provisionales⁴².

La posición del TCFA podría justificarse alegando que el Tribunal de Luxemburgo se decanta por una interpretación extensiva de las bases jurídicas de los Tratados, incompatible con el principio de la competencia de atribución. Es verdad que son pocos los casos en que el Tribunal ha apreciado una extralimitación por la Unión en el ejercicio de los poderes atribuidos por los Tratados y anulado actos normativos basados directamente en ellos. Entre ellos figura la Directiva de 1998 sobre publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco, adoptada sobre la base (precisamente) del actual artículo 114 del TFUE e impugnada por Alemania⁴³. En cambio, no son tan infrecuentes los casos en que el Tribunal ha negado competencia a la UE para celebrar un acuerdo internacional en el marco del mecanismo de control preventivo previsto en el artículo 218.11 del TFUE. Especial mención merece su célebre Dictamen 2/94, en el que negó que el actual artículo 352 del TFUE confiriera competencia a la CE para adherirse al CEDH⁴⁴.

Pero el problema no se encuentra, a mi juicio, en un supuesto activismo judicial de los jueces de Luxemburgo, sino en las propias características del sistema competencial de la UE que definen los Tratados y, en particular, en la textura abierta de sus bases jurídicas. Se podrá discrepar de uno u otro pronunciamiento del TJ, pero no se puede criticar que, siguiendo las reglas de interpretación codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –en particular en su artículo 31–, no se atenga a una interpretación gramatical de los Tratados y que otorgue igual peso a la interpretación sistemática y, sobre todo, teleológica de sus disposiciones. Baste con

⁴² Refiriéndose a sus sentencias *Maastricht* y *Solange*, la sentencia *Lisboa* señala que “El Tribunal Constitucional Federal sólo pudo reconocer ‘en principio’ el carácter definitivo de las sentencias del Tribunal de Justicia, debido a la posición de las instituciones de la Comunidad, que deriva del Derecho internacional” (pár. 337).

⁴³ STJ de 5.10.2000, as. *Alemania c. PE y Consejo* (C-376/98).

⁴⁴ Dictamen 2/94, de 28.3.96 (pár. 35). En un número significativo de dictámenes el TJ ha negado competencia exclusiva a la UE para celebrar un acuerdo internacional, exigiendo su conclusión como “acuerdo mixto” (Dict. 2/91, de 19.3.1991, relativo al Convenio nº 170 de la OIT; Dict. 2/92, de 24.3.1995, sobre la Tercera Decisión revisada del Consejo de la OCDE; Dict. 1/94, de 15.11.1994, sobre la OMC; Dict. 2/00, de 6.12.2001, relativo al Protocolo de Cartagena; y Dict. 1/08, de 30.11.2009, a propósito de ciertos acuerdos celebrados en el marco del GATS).

señalar que la regla del “efecto útil”, tan denostada por algunos, no es ajena a la Convención de Viena⁴⁵.

La sentencia *Lisboa* parece contrastar con la propia jurisprudencia del TCFA que, como apuntábamos anteriormente, en relación con el respeto de los derechos fundamentales por la Unión, limita su competencia a un control de carácter sistémico, admitiendo que el TJUE ofrece en este ámbito un nivel de protección equivalente al que garantiza la Ley Fundamental⁴⁶. Profundiza así en la brecha abierta por la sentencia *Maastricht*⁴⁷, sin que resulten suficientes sus reiteradas referencias a que su responsabilidad –más que competencia– en el control *ultra vires* del Derecho de la Unión no es incompatible con el principio de europeidad que emana del artículo 23 de la LF⁴⁸.

Pero no podemos tampoco obviar que la sentencia *Lisboa* parece también abogar por un control muy restringido y hasta excepcional, que haga posible “una autonomía supraestatal amplia en el día a día político”⁴⁹. Además, debemos recalcar que, en la primera ocasión que los jueces de Karlsruhe tuvieron la oportunidad de aplicar la doctrina establecida en la sentencia *Lisboa*, dieron muestras de tolerancia constitucional y de deferencia hacia el Tribunal europeo, en línea con su jurisprudencia anterior relativa al posible control de conformidad del Derecho de la Unión con los derechos fundamentales consagrados por la Ley Fundamental. Nos referimos a su decisión de 2010 en el asunto *Honeywell*, que trae causa de la célebre sentencia del TJ de 2005 en el asunto *Mangold*⁵⁰.

Como se recordará, en este asunto el Tribunal de Luxemburgo tuvo que enjuiciar la conformidad con el Derecho de la Unión de una norma alemana que permitía celebrar, sin límite alguno, contratos de trabajo de duración determinada con personas de más de 52 años, a menos que existiera una conexión estrecha con un contrato por tiempo indefinido celebrado anteriormente con el mismo empresario. Y así, frente a la posible invocación de la Directiva 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo plazo de transposición para Alemania no había expirado, el TJUE consideró directamente aplicable el principio de no discriminación por razón de la edad, en tanto que principio general de Derecho de la Unión, cuya concreción refirió al propio contenido de la Directiva, configurándolo así desde una perspectiva comunitaria y no desde las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (también divergentes en este caso). Por otra parte, aun reconociendo que la norma nacional respondía a un

⁴⁵ Como señaló la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados de 1966 (que sirvió de base para la elaboración de la Convención de Viena de 1969), de acuerdo con la regla general de interpretación de los tratados (consagrada en el art. 31.1 de la Convención), “when a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes demand that the former interpretation should be adopted”, en “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries”, *YILC*, 1966, vol. II (en p. 219).

⁴⁶ Véase STCFA *Solange II*, cit.

⁴⁷ En la sentencia *Maastricht*, cit., el TCFA configuraba la posibilidad de ejercer un control *ultra vires* de los actos de la CE como última *ratio* (BVerfGE 89, 155, párs. 188 y 210).

⁴⁸ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 240).

⁴⁹ *Ibid* (pár. 231).

⁵⁰ STJ de 22.11.2005 (C-144/04).

objetivo legítimo en el marco de la política de empleo, el TJUE consideró que no respetaba el principio de proporcionalidad⁵¹.

Pues bien, a pesar de las amenazas vertidas en la sentencia Lisboa, en su decisión de julio de 2010 (*Honeywell*) el TCFA no sólo descartó que el TJUE hubiera actuado *ultra vires* sino que, además, advirtió que el control *ultra vires* de los actos de la UE debe llevarse a cabo de modo (i) que se concilie con el papel que corresponde al TJUE en orden a salvaguardar la unidad y coherencia del Derecho de la UE y (ii) que se refleje la apertura al Derecho comunitario⁵². Coherente con dicho planteamiento, la sentencia *Honeywell* establece dos condiciones para ejercer el control de constitucionalidad de una norma de la UE o de una sentencia del TJUE: (i) que el TJUE haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación o validez del acto de la UE considerado; y (ii) que la violación del principio de la competencia de atribución sea manifiesta en el sentido de suficientemente cualificada. Además, el Tribunal alemán señala que debe admitirse el derecho del TJUE –como de todo tribunal– a un margen de error⁵³.

En definitiva, puede entenderse que el Tribunal alemán también limita, a la postre, su control *ultra vires* del Derecho de la Unión a una función de carácter sistémico, siguiendo la línea marcada por *Solange II* en relación con los derechos fundamentales.

Muy distinta fue, en cambio, la reacción del Tribunal Constitucional checo frente a la sentencia del TJ de 2011 en el asunto *Landtovà*. En este asunto el Tribunal se pronunció sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del artículo 20 del Acuerdo de escisión entre la República Checa y la República Eslovaca, en materia de aplicación de los regímenes de seguridad social, en la interpretación que de él había dado el Tribunal checo. El Tribunal checo había afirmado que, con arreglo al derecho a una seguridad material adecuada en la vejez, consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales y Libertades Básicas de la República Checa, debía garantizarse a todo nacional checo la percepción de una pensión de jubilación de importe equivalente al importe superior que le correspondería con arreglo a la legislación nacional, solución que consideraba compatible con el referido artículo 20 del Acuerdo de escisión, que dispone que “los periodos de seguro cubiertos antes del día de la escisión se considerarán periodos de seguro cubiertos en el Estado en cuyo territorio tuviera el empleador su sede”. Sin embargo, el Tribunal Supremo checo estimó que esta jurisprudencia podía resultar contraria al Reglamento 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad a los trabajadores que se desplazan por la Comunidad y se dirigió por ello al TJUE, que confirmó que aquélla no era compatible con el principio de no discriminación consagrado en dicho Reglamento⁵⁴.

⁵¹ Ibid. (pár. 65). Véase también la STJ de 19.1.2010, as. *Küçükdeveci* (C-555/07), que consideró por su parte contrario al principio de no discriminación por razón de la edad una norma alemana que establecía que los periodos de trabajo completados por el trabajador antes de los 25 años no debían tenerse en cuenta a efectos del cálculo del plazo de preaviso de despido.

⁵² Decisión del TCFA de 6.7.2010 (BVerfG, 2 BvR 2661/062; párr. 47 ss.). La sentencia fue objeto de un voto particular por parte del juez Landau, partidario de estimar que el TJ había actuado *ultra vires*. Véase el comentario de M. Payandeh: “Constitutional review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice”, *Common Market Law Rev.*, 2011, nº 1, pp. 9-48.

⁵³ Ibid. (párrs. 60-61).

⁵⁴ STJ de 22.6.2011 (C-399/09; párrs. 41 ss.).

La sentencia del TJUE en el asunto *Landtovà* provocó a su vez una dura reacción por parte del Tribunal Constitucional checo que, en el marco de un recurso de queja constitucional contra la aplicación de la doctrina del TJ por los órganos jurisdiccionales nacionales, declaró en una sentencia de principios de 2012 que el pronunciamiento del Tribunal europeo había comportado una extralimitación de los poderes transferidos por la República Checa a la UE con fundamento en el artículo 10ª de su Constitución⁵⁵. El TC checo no basó su decisión en una eventual colisión entre estándares de protección de los derechos fundamentales, sino en la afirmación de que en el supuesto considerado no resultaba de aplicación el reglamento comunitario sino el Acuerdo de escisión de 1992 (Acuerdo que el reglamento se limitaba a recoger, con carácter declarativo, en su Anexo III).

2. ¿Posibles vulneraciones de las identidades constitucionales de los Estados miembros?

Es difícil imaginar que al ejercer su acción legislativa la Unión pueda llegar a vulnerar la identidad constitucional de los Estados miembros. Otra cosa es que se entienda que dicha identidad puede resultar incompatible con los propios Tratados que rigen la Unión o con los sucesivos Tratados de revisión. En este último caso, los Tribunales constitucionales estarán en su caso llamados a ejercer su responsabilidad en el marco de un eventual control preventivo. El TCFA lo hizo en la sentencia *Lisboa*, al analizar, entre otras cuestiones, la adecuación de la construcción europea a los principios democráticos, tanto en la forma y alcance de la transferencia de derechos de soberanía –que, en sus propias palabras, no puede llevar a un vaciamiento del sistema de soberanía democrática alemana– como en la conformación organizativa y procedimental del poder de acción autónomo de la UE⁵⁶.

Especial interés reviste su referencia a la tutela del Derecho penal, materia que también incluye en el catálogo de competencias que forman parte del núcleo esencial de la identidad constitucional. En este ámbito de relevancia para los derechos fundamentales, afirma, una transferencia de derechos de soberanía que vaya más allá de la cooperación intergubernamental puede conducir a una armonización únicamente en asuntos

⁵⁵ Sentencia de 31.1.2012 (Pl. ÚS 5/12: *Slovak Pensions*), en la que el Tribunal Constitucional checo concluye a este respecto que “Due to the foregoing, European law, i.e. Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, self-employed persons, and members of their families moving within the Community, cannot be applied to entitlements of citizens of the Czech Republic arising from social security until 31 December 1992; and, based on the principles explicitly stated by the Constitutional Court in judgment file no. Pl. ÚS 18/09 [sentencia del propio Tribunal relativa al Tratado de Lisboa], we cannot do otherwise than state, in connection with the effects of ECJ judgment of 22 June 2011, C-399/09 on analogous cases, that in that case there were excesses on the part of a European Union body, that a situation occurred in which an act by a European body exceeded the powers that the Czech Republic transferred to the European Union under Art. 10a of the Constitution; this exceeded the scope of the transferred powers, and was *ultra vires*” (apdo. VII de la sentencia).

⁵⁶ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 244). La sentencia *Lisboa* también alude, entre otros supuestos, a una eventual transferencia del derecho del Bundestag sobre el presupuesto contraria al contenido sustancial del principio democrático y al derecho de elección del Bundestag alemán si se comunitariza en lo fundamental la determinación de la clase e importe de los impuestos que afectan a los ciudadanos (pár. 256). Véanse también a este respecto las SSTCFA de 7.9.2011 a propósito del rescate a Grecia (BVerfG, 2 BvR 987/10) y de 12.9.2012, relativa al Tratado MEDE (BVerfG, 2 BvR 139/12).

transfronterizos bajo presupuestos restrictivos⁵⁷. No podemos olvidar, sin embargo, que los artículos 82 y 83 del TFUE limitan las competencias legislativas que atribuyen a la UE a supuestos en los que se da un claro elemento transfronterizo y, además, constriñen su alcance a la adopción de normas mínimas⁵⁸. Normas mínimas que, en el caso del artículo 82, su apartado 2 *in fine* precisa que han de ser también de mínimos (en el sentido de permitir a los Estados miembros mantener o instaurar un nivel mayor de protección). Cabe entender que la competencia normativa que atribuyen estos preceptos del TFUE es, en algún aspecto, más limitada que la que se derivaba del antiguo artículo 34 del TUE sobre cooperación judicial en materia penal y que, tal vez, la UE carecería hoy de competencia para adoptar una disposición como la contenida en el artículo 4 bis de la Decisión marco sobre euroorden⁵⁹, objeto de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional en el asunto *Melloni*, sobre el que volveremos.

Pero la responsabilidad de que los Tratados respeten las estructuras políticas y constitucionales de los Estados miembros, así como las funciones esenciales del Estado, no recae únicamente en los Tribunales constitucionales, sino particularmente en los gobiernos y los parlamentos nacionales. A ellos correspondería, y no a los Tribunales constitucionales, promover, en su caso, una reforma de aquéllos. Tampoco debemos descartar que lo razonable pueda llegar a ser la reforma de la propia Constitución nacional. A buen seguro que nunca entraría en juego el núcleo esencial de la identidad constitucional ni ninguna cláusula de eternidad, como la del artículo 79.3 de la LFB.

En cuanto a la hipotética posibilidad de que la vulneración de la identidad constitucional se produzca en el ejercicio por las instituciones de la Unión de su competencia normativa, el artículo 4.2 del TUE debería considerarse garantía suficiente, como dijimos antes, en el marco del control de legalidad que corresponde al TJUE. Sin embargo, el TCFA no parece compartir esta tesis cuando en su sentencia *Lisboa* impone al TJUE interpretaciones estrictas de ciertas disposiciones de los Tratados atributivas de competencias que pudieran llegar a afectar a la capacidad de un Estado de regirse a sí mismo de forma democrática, reservándose también en este caso la competencia de control *ultra vires* de los actos de la Unión que traspasen los límites de su propia doctrina.

⁵⁷ Ibid. (pár. 253).

⁵⁸ Como ha señalado J. Martín y Pérez de Nanclares (en “Órdago del Tribunal Constitucional alemán...”, ob. cit., p. 124), la sentencia *Lisboa* parece cuestionar la doctrina del TJ anterior al Tratado de Lisboa según la cual la CE era competente para adoptar medidas de armonización en materia de Derecho penal cuando resultare necesario para garantizar la plena efectividad de una política de la CE en un ámbito que hubiera sido objeto de medidas de armonización, competencia que, tras el Tratado de Lisboa, atribuye expresamente a la UE el art. 83.2 del TFUE. En efecto, la sentencia afirma que el Tratado de Lisboa “atribuye una competencia adicional en Derecho penal, *que ya ha sido asumida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (véase TJCE, Sentencia de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, Comisión/Consejo, Col. 2005, p. I-7879, marginal 47 y s.) en todos los ámbitos políticos que han sido, o serán objeto de medidas de armonización (art. 83.2 frase 1 TFUE)” (STCFA cit., pár. 342, énfasis añadido).

⁵⁹ Recuérdese que, antes del Tratado de Lisboa, el art. 34 del TUE sobre cooperación judicial en materia penal –que sirvió de fundamento para la adopción de la Decisión marco que regula la euroorden, así como de la Decisión marco de 2009 que la modifica– resultaba más restrictivo que los actuales arts. 82 y 83 del TFUE a la hora de definir el ámbito de las competencias comunitarias en materia penal, que quedaban limitadas a la consecución de los objetivos de señalados en el art. 31, entre los que figuraba la extradición entre Estados miembros. Sin embargo, no limitaba su alcance a la adopción de disposiciones de mínimos, en el sentido recién referido.

En la práctica, las pocas ocasiones en que se ha planteado la posibilidad de que el Derecho de la Unión pudiera entrar en conflicto con la identidad constitucional de un Estado han surgido en el marco del control por el TJ de la conformidad del Derecho nacional con aquél. Sin embargo, como a continuación se verá, nunca han estado en juego las estructuras políticas y constitucionales de un Estado miembro, ni el desempeño por él de sus funciones esenciales.

En el asunto *Michaniki*, objeto de una sentencia de 2008, el Tribunal consideró contrario a la Directiva 93/38 sobre contratos públicos de obras el artículo 14.9 de la Constitución griega, que prohíbe la adjudicación de contratos públicos a empresas cuyos propietarios, socios, accionistas principales o directivos sean propietarios, socios, accionistas principales o directivos de una empresa de medios de comunicación⁶⁰. Debe recalarse que la Directiva permite añadir causas de exclusión de la participación en un contrato público de obras a la lista que figura en su artículo 24, siempre que su objetivo sea garantizar la transparencia y la igualdad de trato. Consecuentemente, el abogado general Poiares Maduro analizó si cabía entender que se daba este supuesto (insistiendo además en la necesidad de respetar la identidad constitucional de los Estados miembros). Sin embargo, llegó a la conclusión –a la que se sumó el Tribunal– de que, aun cuando el precepto constitucional griego perseguía dicho objetivo, era contrario al principio de proporcionalidad⁶¹.

En esta línea se sitúa también la sentencia del Tribunal de STJUE de 2009 en el asunto *Angelidaki*, que analiza la compatibilidad del artículo 103.8 de la Constitución griega, por el que se establece una prohibición absoluta de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido en el sector público, con el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, incorporado como anexo a la Directiva 1999/70⁶².

Cabe igualmente referirse a la sentencia *Kreil* de 2000, a propósito de la legislación alemana que prohibía reclutar mujeres en el ejército, en la que el TJ cuestionó indirectamente el artículo 12^a de la LFB, que excluía en todo caso a las mujeres de los empleos militares que implican el uso de armas⁶³.

A pesar de que las sentencias *Michaniki* y *Angelidaki* provocan (o más bien afloran) un conflicto entre el Derecho de la UE y preceptos constitucionales, no creo que pueda sostenerse que en ellas el TJ ignoró la exigencia de respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros, pues ninguna de ellas cuestiona normas constitucionales merecedoras de una especial protección. No podemos además olvidar que el artículo 14.9 de la Constitución griega fue introducido en la carta magna en 2001 debido a

⁶⁰ STJ de 16.12.2008 (C- 213/07).

⁶¹ Conclusiones del abogado general de 8.10.2008 (párs. 25 ss.) y STJ, cit. en nota anterior (párs. 61 ss.).

⁶² STJ de 23.4.2009 (as. ac. C-378/07 a C-380/07; pár. 189).

⁶³ STJ de 11.1.2000 (C-285/98).

Recuérdese asimismo la STJ de 9.3.2010 en el as. *Comisión c. Alemania*, cit., en la que el Tribunal declara la violación por Alemania de la Directiva 95/46, sobre tratamiento de datos personales, al someter a las autoridades de control encargadas de vigilar el tratamiento de datos personales efectuados por organismos no públicos a la tutela del Estado y de los Länder; Alemania alegó ante el TJ que dicha tutela vendría impuesta por el principio de democracia, consagrado en su Constitución (párs. 39 ss.).

circunstancias sobrevenidas⁶⁴ y que el artículo 103.8 aparece en ella tras la entrada en vigor de la Directiva y antes de expirar su plazo de transposición. En cuanto a la sentencia *Kreil*, lo que en ella se planteaba, como veremos más tarde, no es otra cosa que la exigencia de cumplir con el estándar más elevado de protección que, en relación con el principio de no discriminación entre hombre y mujer, se deriva de la Directiva 76/207.

Para terminar, no podemos tampoco olvidar que el TJ ha admitido el posible juego de la identidad constitucional como posible justificación de una norma nacional en principio contraria al Derecho de la UE. En efecto, aun cuando esta cuestión no ha dado lugar a una amplia jurisprudencia, de alguno de sus pronunciamientos se desprende claramente que puede operar como un objetivo legítimo que puede justificar un obstáculo a la libre circulación de personas o a las libertades básicas del mercado interior. En este sentido, cabe mencionar la sentencia de 2010 en el asunto *Sayn-Wittgenstein* –que analizaremos posteriormente–, en la que el TJ afirma que “debe admitirse que, en el contexto de la historia constitucional austriaca, la Ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tenida en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión”⁶⁵.

También podemos citar una sentencia de 1996 en la que, a propósito del requisito de nacionalidad establecido en la legislación luxemburguesa para el acceso a la condición de funcionario o de empleado público en cierto sectores, admite que “la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico comunitario”. El Tribunal estimó, no obstante, que el interés invocado por Luxemburgo de salvaguardar dicha identidad en una situación demográfica tan específica como la que se da en este país podía defenderse eficazmente a través de otros medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros⁶⁶.

3. ¿Diversidad de estándares de protección de los derechos fundamentales?

3.1. Los derechos fundamentales como parámetro de legalidad de los actos de la Unión

Como antes recordamos, tras el Tratado de Lisboa, la garantía de protección de los derechos fundamentales por el TJUE encuentra un doble fundamento en el artículo 6 del TUE. Por una parte, en la CDFUE, que el precepto incorpora por referencia, otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados. Por otra parte, en los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo de 1950 y en los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que forman parte del Derecho de la Unión como principios generales y que vienen a completar a este título el catálogo contenido en la Carta.

⁶⁴ La reforma de la Constitución griega de 2008 no abarca el precepto, a pesar de que la propuesta de reforma presentada en 2006 lo preveía.

⁶⁵ STJ de 22.12.2010 (C-208/09; pár. 82).

⁶⁶ STJ de 2.7.1996, as. *Comisión c. Luxemburgo* (C-473/93; pár. 35).

Además, los derechos fundamentales consagrados por el CEDH y resultantes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros operan igualmente como canon hermenéutico de la Carta, si bien con distinto alcance. Respecto de los primeros, el artículo 52.3 de la Carta dispone que, cuando correspondan a derechos garantizados por la Carta, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el Convenio, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión pueda concederles una protección más extensa. En cuanto a los que resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, en cambio, el apartado 4 del mismo precepto tan sólo establece que los derechos de la Carta se interpretarán “en armonía con las citadas tradiciones”⁶⁷.

Se plantea así la posibilidad de que el nivel protección que dispense el TJUE en materia de derechos fundamentales pueda resultar menos exigente que el que garantizan las Constituciones nacionales. Este supuesto se ha planteado recientemente en el asunto *Melloni*, objeto de la primera cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Constitucional ante el TJUE⁶⁸. En ella, el TC suscitaba, entre otras cuestiones, la posible incompatibilidad del artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la euroorden –introducido por la Decisión marco 2009/299/JAI– con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47 de la CDFUE, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48.2 del mismo instrumento.

En su versión originaria, el artículo 5.1 de la Decisión marco permitía supeditar la ejecución de una euroorden relativa a una resolución dictada “en rebeldía” a la condición de que la autoridad emisora diese garantías de que la persona afectada pudiera solicitar un nuevo proceso, siempre que no hubiera sido “citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía”. Las divergencias a que dio lugar la aplicación de este precepto llevaron al legislador europeo a su supresión y a la inclusión de un nuevo artículo 4 bis, que impide denegar la ejecución de la orden cuando, teniendo conocimiento de la celebración del juicio, el imputado hubiera dado “mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio”⁶⁹.

El TC ha venido entendiendo que la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa constituye una vulneración “indirecta” del derecho a un proceso con todas las garantías y, en particular, del derecho a la defensa⁷⁰. La STC 177/2006 declaró aplicable esta doctrina al sistema europeo de detención y entrega⁷¹. Las circunstancias del caso –y no sólo la vigencia en aquel

⁶⁷ Véase, *per omnia*, A. Mangas Martín: “Comentario al artículo 52”, en *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (A. Mangas Martín, dir., y L.N. González Alonso, coord.), Fundación BBVA, 2008 (en pp. 826 ss.).

⁶⁸ Auto TC 86/2011, de 9 de junio.

⁶⁹ Así lo confirma la STJ de 26.2.2013 en el as. *Melloni* al interpretar el precepto (C-399/11, párs. 35 ss.).

⁷⁰ STC 91/2000, de 30.3.2000 (FJ 14). Esta doctrina parte de la consideración de que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del “contenido absoluto” del derecho de defensa consagrado en el art. 24 de la Constitución y que, como tal, despliega efectos *ad extra* (en el marco de los procesos de extradición).

⁷¹ STC 177/2006, de 5.6.2006 (FJ 5).

momento del artículo 5 de la Decisión marco– permitieron que la decisión del TC estuviera exenta de polémica. Sin embargo, la STC 199/2009 dio lugar a mayor controversia. En ella el Tribunal rechazó la argumentación de la Audiencia Nacional según la cual no se había producido una condena en rebeldía por cuanto el recurrente había concedido apoderamiento a un abogado que compareció en el juicio, siendo así que ya se había producido la entrada en vigor de la Decisión marco 2009/299. Es verdad que la Decisión marco permitía postergar la adaptación del ordenamiento interno a sus disposiciones hasta el 28 de marzo de 2011, pero no cabe duda que la reiteración en esta última sentencia de la doctrina anterior –sin salvar el supuesto referido– suponía abrir las puertas al conflicto, al anticipar una eventual inaplicabilidad en España del nuevo artículo 4 bis⁷².

Las discrepancias internas que tuvo que superar al pronunciar la sentencia 199/2009⁷³ y la reflexión a que ésta dio lugar, explican un cambio de actitud por parte del TC en el asunto *Melloni*. Ante un caso análogo al que fuera objeto de aquella sentencia, el TC decidió en este asunto dirigirse por vía prejudicial al TJ solicitando, entre otras cuestiones, que se pronunciara sobre la validez del artículo 4 bis de la Decisión marco. Pues bien, en su sentencia del pasado 23 de febrero, el TJ descarta la invalidez del precepto, advirtiendo que, tal y como lo confirma la jurisprudencia del TEDH, el derecho del acusado a comparecer en juicio no es un derecho absoluto y, en particular, que no se vulnera cuando el interesado no ha comparecido habiendo sido informado de la fecha y del lugar del juicio o ha sido defendido por un letrado al que hubiera conferido mandato a tal efecto⁷⁴.

⁷² Para un análisis crítico de la STC 199/2009, véase C. Izquierdo Sans: “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción española (en materia de derechos fundamentales)”, *Rev. Española de Derecho Europeo*, nº 34, 2010, pp. 193-233 (en pp. 213 ss.), y A. Torres Pérez: “Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28.9.2009”, *ibid.*, nº 35, 2010, pp. 441-471.

⁷³ La STC 199/2009 fue objeto de votos discrepantes por parte de los Magistrados Rodríguez-Zapata y Pérez Tremps. Tras recalcar la diferente naturaleza del sistema de euroorden respecto de los procesos de extradición –un sistema basado en el principio de confianza mutua y que goza de “las garantías de derechos humanos que impera en el espacio común europeo”–, el Magistrado Rodríguez-Zapata destaca, por una parte, que la Ley 3/2003 no recogió la posible causa de denegación prevista en el antiguo art. 5 de la Decisión marco y, por otro, que –a diferencia del supuesto objeto de la STC 177/2006– en este caso no se produjo un juicio en rebeldía, sino en ausencia. Por su parte, el Magistrado Pérez Tremps pone el acento en que el mecanismo de la euroorden se basa en “la confianza legítima recíproca en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales” entre países que comparten una cultura común de los derechos fundamentales, recalcando que un Estado miembro de la UE no puede imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos humanos, sino que debe moverse en sus relaciones con los demás “dentro del parámetro común sustantivo y procesal”. Pero, además, tras recordar los votos discrepantes de que fue objeto la STC 91/2000 al proclamar el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo como parte del “contenido absoluto” del derecho de defensa (votos de P. Cruz Villalón y de M. Jiménez de Parga), estima que la determinación de dicho contenido absoluto no puede realizarse a partir del parámetro interno de protección de los derechos fundamentales, advirtiendo que el TEDH ha entendido que condenas en ausencia no son *per se* contrarias al art. 6 del Convenio Europeo. De este modo concluye que “una cosa es que la presencia del acusado en el juicio sea un derecho básico de éste y que también lo sea la asistencia de Abogado, y otra es que se infrinjan el art. 6 CEDH y el art. 24.2 CE cuando el acusado, debidamente emplazado, constanding dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, apoderando al Abogado para su defensa en las distintas instancias”.

⁷⁴ El TJ toma como parámetro de enjuiciamiento la jurisprudencia pertinente del TEDH relativa a los apdos. 1 y 3 del art. 6 del CEDH, en particular, su sentencia de 1.3.2006 en el asunto *Sejdovic c. Italia* (nº 56581/00), ampliamente citada en el propio Auto de remisión del TC. En esta sentencia, el TEDH afirma que “si bien un juicio desarrollado en ausencia del inculcado no es en sí incompatible con el art. 6 del Convenio, sin embargo no deja de ser cierto que se produce una denegación de justicia cuando una

Sin embargo, el TJ no explica por qué no es en este caso exigible un estándar de protección de los derechos consagrados en los artículos 47 y 48 de la CDFUE más elevado que el que se deduce de la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 6 del Convenio, posibilidad contemplada, como antes vimos, en el artículo 52.3 de la propia Carta. Esta cuestión es ampliamente abordada por el abogado general Yves Bot cuando, en sus conclusiones, se refiere –aunque no en estos términos– al juego del artículo 53 de la Carta, que proclama que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión y por las Constituciones de los Estados miembros. Adviértase que en su Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, el Tribunal Constitucional sugirió, entre otras posibles interpretaciones, que el artículo 53 contiene una cláusula de estándar mínimo de protección (como la que recoge el artículo 53 del CEDH⁷⁵), lo que tanto el abogado general como los jueces del Tribunal descartan, como después explicaremos detenidamente.

Pues bien, el abogado general recuerda que, con arreglo a una reiterada jurisprudencia del TJUE, al interpretar los derechos de la Carta, es preciso no sólo tender a un nivel alto de protección sino igualmente tener en cuenta “los intereses específicos que impulsan la acción de la Unión” (en este caso, la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia), de manera que “el nivel de protección derivado de una interpretación de una Constitución nacional no es automáticamente transferible al ámbito de la Unión ni oponible en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión”⁷⁶. A este respecto, debemos recalcar que en las explicaciones del *Praesidium* de la Convención que elaboró la Carta al artículo 52.4 de la Carta⁷⁷, a la vez que se reitera la jurisprudencia del TJUE según la cual los derechos fundamentales derivados de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros no pueden determinarse conforme a un planteamiento rígido de mínimo común denominador, sino de manera que ofrezcan un elevado nivel de protección que esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes, también se advierte que dicho nivel elevado debe resultar apropiado para el

persona condenada *in absentia* no puede lograr posteriormente que un órgano jurisdiccional se pronuncie de nuevo, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación, en lo que se refiere tanto a los hechos como al Derecho, si no está acreditado que hubiera renunciado a su derecho a comparecer y defenderse [...] o que hubiera tenido la intención de sustraerse a la justicia”, añadiendo que “la renuncia al derecho a estar presente en la vista debe estar acreditada de forma inequívoca y rodearse de unas garantías mínimas que correspondan a su gravedad”. Por otra parte, advierte que “aunque no sea absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, si es preciso designado de oficio, figura entre los elementos fundamentales del proceso equitativo”.

⁷⁵El propio TC acogió esta interpretación del precepto correspondiente de la Constitución Europea en su Declaración 1/2004 (FJ 6).

⁷⁶ Conclusiones del abogado general Y. Bot de 2.10.2012 (C-399/11, párs. 111-112). Véase a este respecto R. Alonso García: *Sistema...*, ob. cit. (en pp. 389 ss.).

⁷⁷ Recuérdese que, de acuerdo con el apdo. 7 del art. 53 de la CDFUE, “las explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”; el preámbulo de la Carta aclara que dichas explicaciones fueron elaboradas “bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea”.

Derecho de la Unión⁷⁸. La sentencia del TJ (parca en su motivación) parece compartir dicha explicación⁷⁹.

Por lo que se refiere al caso concreto, el abogado general advierte que “se trata ciertamente de respetar los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo de lograr que en el contexto de la dimensión transfronteriza propia del espacio de libertad, de seguridad y de justicia las garantías procesales no se utilicen para obstaculizar la ejecución de las resoluciones judiciales”, compartiendo así las alegaciones que en este mismo sentido había formulado precisamente el Gobierno español en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia⁸⁰.

Esta doctrina resulta a mi juicio difícilmente cuestionable cuando están en juego derechos de configuración legal –en la terminología del TC– o restringidos –en la del TEDH–, susceptibles de ser delimitados en función del interés general. Como ha señalado Ricardo Alonso García, en este caso no es posible la comparación basada en el mayor o menor grado de protección, al constituirse la identidad de valores en premisa para la operación⁸¹. El discurso relativo al nivel de protección que pueda otorgar la Unión en función de los intereses específicos que presiden su acción no se plantea, en cambio, cuando se trata de derechos fundamentales de alcance absoluto.

El problema surge en realidad en los supuestos en que, siendo necesario definir a nivel comunitario el grado de injerencia permitido –porque de ello depende la aplicación uniforme de la norma europea considerada–, las tradiciones constitucionales son divergentes. Por el contrario, si el nivel de protección no ha sido objeto de una definición común, los Estados miembros dispondrán de un margen de actuación más amplio para aplicar el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el ordenamiento nacional⁸², aspecto del que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

En el asunto *Hoescht*, objeto de una conocida sentencia del TJUE de 1989, la posible colisión del Derecho de la Unión con la distinta protección dispensada por los ordenamientos nacionales a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas quedaba salvada por la propia norma comunitaria aplicable al caso. En particular, el TJ constató que con arreglo al artículo 14 del Reglamento 17/62 en materia de Derecho de la Competencia, cuando la Comisión se propone llevar a cabo, con el concurso de las

⁷⁸ La explicación del *Praesidium* alude a las SSTJ de 13.12.1979, as. *Hauer* (44/79) y de 18.5.1982, as. *AM&S* (155/79).

⁷⁹ STJ en el as. *Melloni*, cit., en la que se señala que: “Es oportuno recordar además que la adopción de la Decisión marco 2009/299, que introdujo la disposición citada en la Decisión marco 2002/584, trata de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia de la persona afectada en el juicio derivadas de la existencia en los Estados miembros de diferencias en la protección de los derechos fundamentales. A ese efecto, dicha Decisión marco lleva a cabo una armonización de las condiciones de ejecución de una orden de detención europea en caso de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una orden de detención europea” (pár. 62).

⁸⁰ Véase en sentido contrario M. Pérez Manzano: “El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio”, *Rev. Española de Derecho Constitucional*, nº 95, pp. 311-345 (en pp. 336 ss.)

⁸¹ R. Alonso García: *Sistema...*, ob. cit. (en p. 390).

⁸² En este sentido se expresa el abogado general en el asunto *Melloni* (conclusiones cit., párs. 124 ss.).

autoridades nacionales, actuaciones de verificación sin la colaboración de las empresas afectadas, está obligada a respetar las garantías de procedimiento previstas a tal efecto por el Derecho nacional⁸³.

La aproximación que subyace a la norma comunitaria considerada en la sentencia *Hoescht* es, a mi juicio, la que debe presidir la acción del legislador comunitario cuando no son necesarias soluciones uniformes en la Unión. A este respecto, me parece relevante recordar que la UE goza de competencias armonizadoras en relación con determinados derechos fundamentales, no por el juego de la Carta (que no atribuye competencia a la Unión), sino en virtud de distintas bases jurídicas contenidas en el TFUE. Sin embargo, las pocas bases jurídicas que atribuyen tal competencia normalmente sólo permiten adoptar normas de mínimos (como ocurre con el citado el artículo 82.2 o el artículo 153 en materia de política social) o normas dirigidas a regular la acción de las propias instituciones de la UE (como lo son, en parte, las derivadas del artículo 16, en materia de protección de datos). También cabe mencionar el artículo 83 en materia de Derecho penal, por la potencial incidencia que la armonización de infracciones y sanciones penales prevista en él puede tener en materia de derechos fundamentales, aun cuando el precepto sólo permite adoptar normas mínimas (en el sentido de básicas).

Pero en algún caso –como el de la Decisión marco sobre la euroorden– la acción armonizadora puede llegar a definir de forma completa a nivel de la Unión el grado de protección de un derecho fundamental, o un nivel de protección mínimo que puede resultar más exigente que el que resulta de las tradiciones constitucionales de algunos Estados miembros⁸⁴ (como ocurre con el principio de igualdad entre hombre y mujer en asuntos de empleo y ocupación objeto del artículo 157 del TFUE, tal y como se desprende de la sentencias del TJ en el asunto *Mangold* y del TCFA en el asunto *Honeywell*, antes referidas⁸⁵).

En todos estos casos, debe corresponder al TJUE determinar si el nivel de protección ofrecido por el acto cuya validez se cuestiona es adecuado, teniendo en cuenta los objetivos que persigue la acción de la Unión, lo que podrá resultar problemático, como advertimos anteriormente, en caso de tradiciones constitucionales divergentes de los Estados miembros.

Por otra parte, aun cuando el acto comunitario no defina el grado de protección, el TJUE se verá a veces abocado a definirlo en el marco del control de legalidad de un acto de ejecución si ello resulta necesario para preservar la consecución de los objetivos perseguidos por la Unión. Así, por ejemplo, ante la divergencia de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, la sentencia de 2010 en el asunto *Azko* excluiría la protección del secreto profesional a las comunicaciones con los abogados

⁸³ STJ de 21.9.1989 (as. ac. 46/87 y 227/88; párr. 34). Véanse asimismo SSTJ de 17.10.1989, as. *Dow Benelux* (as. 85/87; párrs. 22 ss.) y as. *Dow Chemical Ibérica* (as. ac. 97/87 a 99/87; párrs. 7 ss.). En relación con la posible incompatibilidad de la doctrina establecida en dichas sentencias con el art. 8 del CEDH, tal y como ha sido interpretado por la STEDH de 16.12.1992, caso *Niemietz* (nº 13710/88), el TJ lo descarta en su STJ de 15.10.2002, as. *Limburgse Vinyl Maatschappij NV* (as. ac. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P; párrs. 236 ss.).

⁸⁴ Véase en este sentido, C. Izquierdo Sans: ob. cit. (en pp. 198 ss.).

⁸⁵ STJ de STJ de 22.11.2005 y Decisión del TCFA de 6.7.2010, antes cit.

internos de la empresa respecto de la labores de verificación que corresponde a la Comisión Europea en materia de competencia⁸⁶.

En síntesis, si queremos asegurar la eficacia de la acción de la Unión para la consecución de los objetivos que persigue, ha de admitirse que el nivel de protección de un derecho fundamental pueda definirse a nivel comunitario y que corresponde al TJUE enjuiciar la adecuación de este nivel a dichos objetivos o determinarlo por sí mismo. La vinculación del TJUE al CEDH no evitará en todos los casos conflictos con el estándar nacional de protección del derecho. En las tradiciones constitucionales de los Estados miembros está la solución, pero no siempre son comunes. En caso de divergencia, el reconocimiento de un margen de apreciación al TJUE parece razonable en la medida en que son los propios objetivos de la Unión los que están en juego. El riesgo de atentar contra el “contenido esencial” de los derechos fundamentales es limitado. Es verdad que en el asunto *Melloni* la cuestión de fondo se encuentra, según el TC, en el alcance del contenido esencial del derecho a un proceso justo. Sin embargo su doctrina al respecto no resulta completamente pacífica y es, en todo caso, susceptible de modulación, al menos en el contexto de la configuración del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia⁸⁷.

3.2. Los derechos fundamentales en el marco del control de la conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión

La posibilidad de una colisión entre el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones nacionales también puede darse cuando el TJUE lleva a cabo un control de la conformidad de las normas nacionales con el Derecho de la UE y, en particular, con las libertades básicas del mercado interior. Pero, por lo que se refiere al ámbito de estas últimas, como veíamos anteriormente, la doctrina de las exigencias imperativas puede salvar la situación. En efecto, el TJ admite que si una medida restrictiva tiene como finalidad la protección de un derecho

⁸⁶ STJ de 14.9.2010 (C-550/07 P, párs. 40 ss); véase STJ de 18.5.1982, as. *AM&S* (155/79, párs. 21 ss.).

⁸⁷ En su voto particular a la STC 91/2000, antes cit., el entonces Presidente del TC, Pedro Cruz Villalón, ya advirtió –refiriéndose no ya al sistema de la euroorden sino a los procesos de extradición en el marco del Convenio Europeo de Extradición– que “la categoría de las ‘vulneraciones indirectas’ [que, como antes recordamos, aplica la sentencia] debe someterse a una relativización determinante cuando estamos ante Estados que, desde hace medio siglo, se encuentran integrados en una misma comunidad de derechos y libertades, entendiéndose por tal la integrada por el reconocimiento común de una tabla de derechos y libertades, y sometida efectivamente a un órgano jurisdiccional supranacional [el TEDH] al que pueden acceder directa y libremente todas las personas sometidas a la soberanía de los respectivos Estados” (pár. 2).

Además, no hemos de olvidar que el mandato que impone el art. 10.2 de la Constitución española exige que en la determinación del “contenido absoluto” (o esencial) del derecho de defensa consagrado en el art. 24 de la Constitución se acuda tanto al CEDH como al Derecho de la UE (incluida la Decisión marco sobre euroorden), así como a la jurisprudencia de sus respectivos órganos de garantía. Y, como ha señalado el Magistrado Pérez Tremps en su voto particular al Auto 86/2011 de remisión prejudicial al TJ, no parece que, acudiendo a estas fuentes, “pueda defenderse que ese contenido ‘absoluto’ o ‘esencial’ ha de integrarse con una imposición de que la presencia del imputado sea en todo caso necesaria y, ni siquiera, que deba ofrecerse por el Estado reclamante garantía de una revisión judicial de la condena que motivó la Euroorden” (pár. 5). De hecho, en su Auto de remisión, el TC parece asumir que esta solución es la que se desprende de la jurisprudencia del TEDH, preguntándose por ello si acaso el Derecho de la Unión “concede al derecho a la defensa y, en especial, al derecho a estar presente y a participar en la vista penal, una protección más extensa que la que se deriva del art. 6 del Convenio Europeo” (FJ 5), lo que no es el caso.

fundamental responde a un fin legítimo, por lo que su conformidad con el Derecho de la Unión depende de que sea proporcional al fin que persigue. Además, el Tribunal no estima necesario que la medida corresponda a una concepción compartida por el conjunto de Estados miembros en cuanto a las modalidades o el nivel de protección del derecho fundamental considerado⁸⁸.

En este sentido se manifestaría en su sentencia de 2004 en el asunto *Omega*, en la que consideró admisible una orden de la autoridad gubernativa de Bonn prohibiendo la organización de juegos de simulación consistentes en disparar a blancos humanos mediante láser, estimando que, a pesar de contrariar la libre prestación de servicios, podía justificarse por la excepción de orden público (a que se refiere el artículo 62 del TFUE por referencia a su artículo 52) debido a que tal actividad menoscaba la dignidad humana⁸⁹.

En el asunto *Schmidberger*, por su parte, el Tribunal europeo no tuvo dificultad en reconocer que el hecho de que Austria no impidiera una concentración de 30 horas de duración de la autopista de Brenner, si bien podría ser considerado como contrario a la libre circulación mercancías, estaba justificado por una necesidad social imperiosa (el respeto de los derechos de expresión y de reunión garantizados por el CEDH) y era proporcionado a la finalidad legítima perseguida⁹⁰.

En cambio, en la sentencia de 2010 en el asunto *Winner Wetten* el TJ excluye la posible aplicación transitoria de una legislación nacional estableciendo un monopolio público de apuestas deportivas por resultar contraria a las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios⁹¹, a pesar de que el TCFA, al tiempo que declaró que vulneraba el artículo 12.1 de la Ley Fundamental (que garantiza la libertad profesional), decidió mantener sus efectos transitoriamente, permitiendo así al legislador proceder a su modificación⁹².

Sin embargo, no todos los pronunciamientos del TJUE en los que se ha visto llamado a ponderar si una medida restrictiva para el mercado interior estaba justificada por entrar en juego un derecho fundamental han estado exentos de polémica. Baste recordar sus sentencias de 2007 en los asuntos *Laval*⁹³ y *Viking*⁹⁴. Como se recordará, en ellas se hace prevalecer la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento sobre el ejercicio de derechos de acción colectiva. En *Laval* se trataba de acciones colectivas tendentes a impedir la realización de actividades económicas de una empresa letona en Suecia que pretendía pagar salarios más bajos a sus trabajos letones desplazados que los

⁸⁸ Además de las sentencias que se mencionan seguidamente, véase en este sentido la STJ de 14.2.2008, as. *Dynamic Medien* (C-244/06, párs. 36 ss.).

Recuérdese, por otra parte, que el TJ extiende la oponibilidad de los derechos fundamentales que forman parte del Derecho de la UE (de la CDFUE, tras el Tratado de Lisboa) frente a normas nacionales que obstaculizan las libertades básicas del mercado interior; véase STJ de 18.6.1991 en el as. *ERT* (C-260/89, pár. 43) y las referencias al art. 51.1 de la Carta en el epígrafe II.3.3 de este trabajo.

⁸⁹ STJ de 14.10.2004 (C-36/02, párs. 37 ss.).

⁹⁰ STJ de 12.6.2003 (C-112/00; párs. 65 ss.).

⁹¹ STJ de 8.9.2010 (C-409/06; pár. 60).

⁹² STCFA de 26.3.2006 (BVerfG, 1 BvE 1054/01).

⁹³ STJ de 18.12.2007 (C-341/05).

⁹⁴ STJ de 11.12.2007 (C-438/05).

pactados en el correspondiente convenio colectivo; en *Viking*, de acciones colectivas transnacionales dirigidas a evitar el establecimiento de una empresa finlandesa de transporte marítimo en Estonia en búsqueda de salarios más bajos y de menores niveles de protección de sus trabajadores. En ambos casos, el TJ admite que las acciones colectivas consideradas perseguían la protección de los trabajadores y que es éste un interés legítimo que puede justificar una restricción a las libertades básicas del mercado interior (razón imperiosa de interés general). Sin embargo, estimó que tales acciones podían resultar contrarias al principio de proporcionalidad⁹⁵. Huelga aclarar que en los asuntos *Laval* y *Viking* no sólo estaban en juego derechos restringidos, sino que la configuración legal en los Estados miembros del derecho a la acción colectiva responde a tradiciones distintas.

Más allá de las libertades básicas del mercado interior, podemos mencionar de nuevo la sentencia en el asunto *Sayn-Wittgenstein*, en relación, en este caso, con los derechos de ciudadanía⁹⁶. El Tribunal Constitucional austriaco declaró en 2003 que la Ley de abolición de la nobleza, que tiene rango constitucional y que aplica el principio de igualdad en este ámbito, impide a un ciudadano austriaco adquirir un apellido que incluya un título nobiliario por medio de la adopción por un ciudadano alemán que tiene dicho título como elemento constitutivo de su apellido. En esta situación se encontraba la demandante en el asunto principal, que había recurrido ante la jurisdicción la decisión de las autoridades competentes de corregir su apellido. Planteada la oportuna cuestión prejudicial, el TJ confirmó que esta decisión resultaba contraria al artículo 21 del TFUE en la medida en que la diversidad de apellidos a la que la interesada se vería abocada podría arrojar dudas sobre su identidad y obstaculizar así el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación y de residencia que dicho precepto le reconoce como ciudadano de la Unión⁹⁷. Sin embargo, constata que la finalidad de la legislación austriaca es garantizar el principio de igualdad y la considera justificada, recordando que para ello “no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido” y, además, descarta que la medida sea desproporcionada⁹⁸.

Sin perjuicio de la valoración que merezcan algunas de las sentencias antes aludidas, con carácter general no parece objetable que el TJUE determine el alcance de las libertades básicas del mercado interior concretando el grado de injerencia (comunitaria) que, en función de tales libertades o de los derechos de ciudadanía, es admisible frente a los derechos fundamentales de configuración legal. En la ponderación de intereses y valores en juego que esta tarea comporta, el Tribunal debe ciertamente –al igual que cuando ejerce el control de legalidad de los actos de la Unión– asegurar un nivel alto de protección, que no será otro que el que resulte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros cuando son comunes. Pero, a falta de tradiciones comunes, no tiene sentido que la configuración que el derecho fundamental en juego tenga en un Estado miembro frente al poder público nacional se oponga, de forma automática, frente al poder público europeo. Por el contrario, debe corresponder al Tribunal europeo, en tanto

⁹⁵ SSTJ *Laval* (párrs. 86 ss.) y *Viking* (párrs. 75 ss.).

⁹⁶ STJ de 22.12.2010 (C-208/09).

⁹⁷ Cita a este respecto, entre otras, sus sentencias de 14.10.2008 en el as. *Grunkin y Paul* (C-353/06, párrs. 21 ss.) y de 2.10.2003 en el as. *García Avello* (C-148/02, párr. 36).

⁹⁸ STJ antes cit. (párrs. 81 ss.).

que Tribunal constitucional, llevar a cabo dicha ponderación teniendo en cuenta también en este caso los objetivos legítimos que persigue la Unión. Una ponderación que, por razones funcionales, no pueden asumir los Tribunales constitucionales nacionales y que, con fundamento en las cláusulas constitucionales de europeidad, ha sido transferida a aquél.

Otra cosa es que esta función debe llevarse a cabo con cautela por el Tribunal en el marco de la cuestión prejudicial de interpretación, pues es a los tribunales nacionales a quienes corresponde, ante un litigio concreto, actuar como jueces comunitarios. Sobre este aspecto de la cuestión volveremos más tarde.

Fuera del ámbito de las libertades básicas del mercado interior y en presencia de una norma comunitaria que regule o afecte a los derechos fundamentales, el TJUE reconoce mayor o menor margen de apreciación a los Estados miembros en la determinación del nivel de protección en función, como es natural, del margen de apreciación que otorgue dicha norma. Si la norma comunitaria establece un estándar de protección más elevado que el que se deriva de las normas constitucionales nacionales, la situación no será en principio conflictiva, a menos que dicho estándar se oponga a algún precepto constitucional ajeno a la protección de los derechos fundamentales.

Así, por lo que se refiere al principio de no discriminación entre hombre y mujer, la sentencia de 2000 en el asunto *Kreil*, antes citada, estimaría que la prohibición general contenida en la legislación alemana de reclutar mujeres para el ejército (salvo cuando se produce sobre la base de un alistamiento voluntario y en unidades sanitarias o en formaciones de música militar) era contraria a la Directiva 76/207⁹⁹. Y llegó a esta conclusión a pesar de que, como vimos, el Gobierno alemán hubiera alegado que dicha legislación tenía su fundamento en el artículo 12ª de la LF, que excluía a las mujeres de los empleos militares que implican el uso de armas¹⁰⁰. En cambio, en su sentencia de 2003 en el asunto *Dory*, el Tribunal descartó que la reserva del servicio militar obligatorio consagrada en artículo 12ª de la LF fuera contraria a la Directiva citada, estimando que la decisión de un Estado miembro de garantizar parcialmente su defensa a través de un servicio militar obligatorio responde a la elección de un modelo de organización militar a la que, consiguientemente, no se aplica el Derecho comunitario¹⁰¹.

Mucho más compleja se torna la situación, claro está, cuando la norma comunitaria establece un estándar de protección propio que resulta menos elevado que el exigido por normas constitucionales nacionales. La cuestión se reconduce al artículo 53 de la CDFUE, antes referido. En el asunto *Melloni*, el abogado general Yves Bot descarta que pueda ser considerada como una cláusula de estándar mínimo de protección (tal y como la contenida en el artículo 53 del CEDH)¹⁰², que permita a los Estados miembros aplicar un estándar de protección más elevado, considerando que “esta interpretación lesionaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que conduciría a atribuir la

⁹⁹ STJ de 11.1.2000, cit. (pár. 27).

¹⁰⁰ Para un comentario crítico de la sentencia, véase M.A. Martín Vida: “La reforma del artículo 12a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la Sentencia ‘Kreil’ del Tribunal de Justicia”, *Rev. Derecho Constitucional Europeo*, 2004, nº 1, pp. 357 ss.

¹⁰¹ STJ de 11.3.2003 (C-186/01; pár. 39).

¹⁰² El TC acogió esta interpretación del correspondiente precepto de la “Constitución Europea” en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (FJ 6).

prioridad en cada caso específico a la norma jurídica que concediera el grado de protección más alto al derecho fundamental considerado”¹⁰³ y, consecuentemente, “podría obstaculizar la ejecución de las órdenes de detención europeas”. Por el contrario, afirma que la finalidad del artículo 53 es 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 Carta¹⁰⁴. El TJ hace suya esta tesis en una sentencia que, sin embargo, dista mucho de ser un buen exponente de diálogo con los Tribunales constitucionales dada su parquedad y escasa motivación¹⁰⁵. Además, también comparte con el abogado general, como vimos, que el nivel de protección del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 CDUE) y a un proceso justo y de los derechos de defensa (artículo 48) que proporciona el artículo 4 bis de la Decisión marco sobre la euroorden –objeto de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional– es adecuado, teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la Unión¹⁰⁶.

3.3. Medidas nacionales de ejecución de normas del Derecho de la Unión que no imponen un estándar de protección de los derechos fundamentales

En un ejercicio de economía argumentativa difícilmente comprensible, la sentencia *Melloni* añade a las consideraciones anteriores que “el artículo 53 confirma que, cuando un acto de Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, 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”¹⁰⁷. Esta afirmación requiere, cuando menos, alguna consideración adicional, comenzando por recordar el sentido y alcance del artículo 51.1 de la CDFUE.

¹⁰³ Véase en este sentido, J. Martín y Pérez de Nanclares: “Comentario al artículo 53”, en *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea...*, ob. cit. (en pp. 857 ss.).

¹⁰⁴ Conclusiones de 2.10.2012, cit. (pár. 97).

¹⁰⁵ La STJ en el asunto *Melloni* se contenta a este respecto con señalar (párrs. 58 y 59) que dicha interpretación del art. 53 de la Carta “menoscaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado” y recuerda que “según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión [...] 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”, invocando a este respecto las sentencias en los as. *Internationale Handelsgesellschaft* y *Winner Wetten*, antes cit.

¹⁰⁶ En relación con este último aspecto, la STJ afirma que “la adopción de la Decisión marco 2009/299, que introdujo la disposición citada en la Decisión marco 2002/584, trata de superar las dificultades del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas sin la comparecencia de la persona afectada en el juicio derivadas de la existencia en los Estados miembros de diferencias en la protección de los derechos fundamentales. A ese efecto, dicha Decisión marco lleva a cabo una armonización de las condiciones de ejecución de una orden de detención europea en caso de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una orden de detención europea” (pár. 62).

¹⁰⁷ Pár. 60.

Como es sabido, de acuerdo con su artículo 51.1, la Carta resulta oponible a los Estados miembros “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. En la explicación del *Praesidium* se recuerda que esta disposición trae causa de una jurisprudencia constante del TJ, de acuerdo con la cual los Estados miembros están obligados a respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión cuando actúan “en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”¹⁰⁸.

Como ha explicado el abogado general Pedro Cruz Villalón, la afirmación del artículo 51.1 de la Carta está pensada para los supuestos en que el Derecho de la Unión deja un margen de apreciación a los Estados miembros, de manera que la eventual vulneración del derecho fundamental considerado no pueda ser imputada a aquélla¹⁰⁹. Por el contrario, cuando la norma comunitaria armoniza de forma completa el nivel de protección del derecho fundamental considerado –como ocurre con el artículo 4 bis de la Decisión marco sobre la euroorden– el control por el TJ de la conformidad con la CDFUE debe dirigirse a la propia norma adoptada por la Unión y no a las medidas nacionales de aplicación, para las no queda margen a la discrecionalidad y cuya conformidad con el Derecho de la UE debe apreciarse a la luz de la norma comunitaria que aplica. A salvo queda, no obstante, el supuesto en que en la aplicación de la norma europea por un Estado miembro se dé una situación de violación de un derecho fundamental de carácter sistémico, como se desprende de la sentencia de 2011 en el asunto *N.S.*¹¹⁰.

El artículo 51.1 de la Carta no precisa, sin embargo, frente a qué medidas nacionales resultan oponibles sus disposiciones. ¿Debe tratarse de medidas de ejecución, en sentido estricto, o basta con que incidan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como se desprende de la jurisprudencia del TJ anterior al Tratado de Lisboa y se deduce de la referida explicación del *Praesidium*? Tal y como había anticipado un sector de la doctrina¹¹¹ y ha confirmado el propio Tribunal en su sentencia *Åkerberg Fransson*¹¹², la redacción del precepto no comporta la necesidad de un cambio en la doctrina jurisprudencial. Sin embargo, se impone un esfuerzo por delimitar los supuestos cubiertos por el concepto de “aplicación” o “ámbito de aplicación” del Derecho de la UE¹¹³. Así lo ha puesto de relieve el abogado general en el asunto *Åkerberg Fransson*,

¹⁰⁸ La explicación del *Praesidium* al art. 51.1 de la CDFUE cita las SSTJ de 13.7.1989 en el as. *Wachauf* (5/88), de 18.6.1991 en el as. *ERT*, antes cit., de 18.12.1997 en el as. *Annibaldi* (C-309/96) y de 13.4.2000 en el as. *Kjell Karlsson* (C-292/97).

¹⁰⁹ Conclusiones de 12.6.2012 en el as. *Åkerberg Fransson* (C-617/10; párs. 27 ss.).

¹¹⁰ STJ de 21.12.2011 (as. ac. C-411/10 y C-493/10). A pesar del tenor del art. 3. del Reglamento 343/2003, en materia de asilo, con arreglo al cual Grecia era el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo del recurrente, el TJ afirma en su sentencia que “en el supuesto de que hubiera razones para temer fundadamente que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el Estado miembro responsable que implican un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta, de los solicitantes de asilo trasladados al territorio de ese Estado miembro, ese traslado sería incompatible con dicha disposición” (pár. 86).

¹¹¹ Véase R. Alonso García: “The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *European Law Journal*, 2002, nº 4, pp. 492-514 (en pp. 494 ss.), y P. Eeckhout: “The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question”, *Common Market Law Rev.*, 2002, nº 5, pp. 945-994 (en p. 993).

¹¹² STJ de 26.2.2013 (C-617/10; párs. 17 ss.).

¹¹³ El TJ ha optado por una interpretación tan amplia como discutida por la doctrina y varios abogados generales; así, por ej., la STJ de 18.6.1991 en el as. *ERT*, antes cit., entiende, como vimos, que cubre las

señalando que debe exigirse “una presencia del Derecho de la Unión en el origen del ejercicio de la facultad de la potestad pública”, en el sentido de “capacidad para determinar o influir en mayor o menor medida en el contenido de dichas manifestaciones de la potestad pública en el Estado miembro”¹¹⁴. Esta formulación debe a mi juicio modularse, pues podría dejar fuera aquellas medidas nacionales que, siendo anteriores a la norma comunitaria considerada, operan también como medidas de aplicación de aquélla al considerarlas el legislador o la autoridad nacional competente apropiadas a tal fin¹¹⁵ o afectan a supuestos en los que, retomando palabras del abogado general, “la legitimidad de la *res publica* europea puede estar en juego”¹¹⁶.

Sea como fuere, cuando estamos ante una medida nacional de aplicación o que incide en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y no existe ninguna disposición comunitaria que imponga un estándar uniforme de protección de los derechos fundamentales que pudieran entrar en juego, resultará de aplicación el estándar nacional siempre y que se cumplan dos condiciones: que sea conforme con el exigido por la CDFUE y que asegure la efectividad del Derecho de la Unión.

Así, en el asunto *DEB*, relativo al derecho de asistencia gratuita de las empresas en el marco de una reclamación de responsabilidad patrimonial por violación del Derecho de la Unión ante los órganos nacionales alemanes, el TJUE ofreció una respuesta respetuosa con las diferentes tradiciones constitucionales de los Estados miembros¹¹⁷. En concreto, en su sentencia de 2010 señala que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 de la CDFUE) no excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas, dejando en manos del juez nacional apreciar si una normativa nacional que supedita el ejercicio de la acción al pago de costas procesales y que no reconoce la asistencia jurídica gratuita a una persona jurídica, aunque no pueda satisfacer ese pago anticipado, afecta a la propia esencia de este derecho, si persigue un fin legítimo y si satisface las exigencias de proporcionalidad. No hemos de olvidar que en este caso el único elemento comunitario de conexión era el principio según el cual, si bien una reclamación de responsabilidad patrimonial por violación del Derecho de la UE se rige por las normas

normas nacionales que constituyen obstáculos a la libertades básicas del mercado interior (pár. 43). Véase las conclusiones de la abogada general E. Sharpston de 30.9.2010 en el as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09, párs. 156 ss.). En la doctrina, *per omnia*, P. Eeckhout: ob. cit. (en pp. 963 ss.); A. Mangas Martín: “Comentario al artículo 51”, en *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea...*, ob. cit. (en pp. 816 ss.); y A. von Bogdandy et al.: “Un salvavidas para los derechos fundamentales europeos. Principios básicos de una doctrina Solange en el Derecho de la Unión frente a los Estados miembros”, *Rev. General de Derecho Europeo*, nº 28, 2012 (en pp. 11 ss.).

¹¹⁴ Conclusiones en el as. *Åkerberg Fransson*, antes cit. (pár. 33).

¹¹⁵ Véanse las conclusiones de la abogada general J. Kokott de 15.12.2011 en el as. *Bonda* (C-489/10), que considera dentro del ámbito de aplicación de la Carta un régimen sancionador que se aplica a infracciones a la norma comunitaria considerada pero que es anterior a ésta (pár. 20). No entrarían en cambio en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE medidas anteriores a la transposición de una Directiva que guarden relación con su contenido; véanse en este sentido las SSTJ de 23.9.2008, as. *Bartsch* (C-427/06, párs. 16 y 18) y de 10.5.2011, as. *Römer* (C-147/08, pár. 6).

¹¹⁶ Conclusiones en el as. *Åkerberg Fransson*, cit. (pár. 41).

¹¹⁷ Véase en este sentido S. Iglesias Sánchez: “¿Centralidad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la jurisprudencia del TJUE tras Lisboa? (sentencia de 22 diciembre de 2010, as. *DEB*, C-279/09)”, en *Últimas tendencias en la jurisprudencia del TJUE (2008-2011)* (J. Díez-Hochleitner, C. Martínez Capdevila, I. Blázquez y J. Frutos, coords.), ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 109-132 (en pp. 129 ss.).

procesales internas, éstas no pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la obtención de una indemnización.

En este mismo sentido cabe también citar la sentencia *Åkerberg Fransson*, en la que el TJ descarta que, al imponer una combinación de recargos fiscales y sanciones penales a unos mismos hechos relativos a la declaración del IVA, la legislación sueca sea contraria al principio *non bis in 31dem* consagrado en el artículo 50 de la CDFUE, precisando, no obstante, que corresponde al tribunal remitente apreciar si procede realizar un examen de dicha legislación en relación con los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales¹¹⁸. A este respecto, el TJ advierte, en línea con la sentencia *Melloni* (a la que cita), pero en términos más claros, 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 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, 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”¹¹⁹.

Así, pues, a falta de una norma comunitaria que imponga un determinado nivel de protección de un derecho fundamental –como ocurre en el caso *Melloni*, en relación con el artículo 4 bis de la Decisión marco sobre la euroorden–, los Estados miembros pueden aplicar sus propios estándares de protección si son conformes a la Carta y no obstaculizan los objetivos de la acción perseguida por la norma comunitaria en juego. En *DEB*, el TJ deja en manos del juez nacional la apreciación de esta última circunstancia; en *Åkerberg Fransson*, en cambio, resultaba evidente que la legislación de Suecia sirve adecuadamente al propósito de garantizar que el IVA se perciba íntegramente en su territorio, como exige la Directiva del IVA, así como de combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión, como prescribe el artículo 325 del TFUE. Otra cosa es que estas dos obligaciones comunitarias constituyan o no un elemento de conexión suficiente para considerar que la legislación sueca pueda considerarse una medida de aplicación del Derecho de la Unión o que incide en su ámbito de aplicación, en el sentido del artículo 51.1 de la Carta, teniendo particularmente en cuenta que, aunque sirve a objetivos establecidos en la Sexta Directiva y en el artículo 325 del TFUE, no fue dictada en ejecución de las obligaciones dimanantes de ellos¹²⁰. En este punto el TJ adopta una posición contraria al abogado general¹²¹.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que el estándar nacional de protección no alcance el nivel exigido por la Carta, recordemos el conjunto de sentencias del TJ anteriores al Tratado de Lisboa que consideraron contrario al principio de igualdad, tal y

¹¹⁸ STJ de 26.2.2013, cit. (párrs. 34 a 36).

¹¹⁹ Ibid. (pár. 29).

¹²⁰ Véanse las conclusiones de la abogada general J. Kokott en el as. *Bonda*, cit.

¹²¹ Párrs. 24 ss. de la STJ y párrs. 57 ss. de las conclusiones del abogado general, antes cit.

como se reconoce en el ordenamiento jurídico de la Unión, el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores al excluir de la cobertura del FOGASA las deudas salariales de los empresarios declarados insolventes reconocidas en virtud de pacto o conciliación¹²², a pesar de la jurisprudencia en sentido contrario del Tribunal Constitucional¹²³. Sin embargo, como antes señalamos, una situación como la descrita no crea en principio situaciones irreconciliables. En el caso considerado, la solución vino de la mano del legislador, pero en todo caso habría encontrado un cauce adecuado en el artículo 10.2 de la Constitución, que hubiera determinado la necesidad al menos de que el TC reconsiderase su doctrina¹²⁴. Por lo demás, el hecho que una norma nacional sea constitucional no obsta a que pueda resultar inaplicable por violación del ordenamiento comunitario.

Del párrafo de la sentencia *Melloni* transcrito al comienzo de este epígrafe parece desprenderse que el TJ deduce la facultad de las autoridades y tribunales nacionales de aplicar los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, en el supuesto y con las condiciones que hemos analizado, del artículo 53 de la Carta. Debo confesar que yo hubiera anudado dicha facultad –que, como hemos visto, cabía inferir de la jurisprudencia anterior del Tribunal– al propio artículo 51 y, en particular, a su apartado 2, según el cual la Carta “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión”, precepto que debe tenerse presente a la hora de interpretar el artículo 53.

En cualquier caso, la sentencia en el asunto *Melloni* parece decantarse –sin decirlo– por la tercera de las interpretaciones del artículo 53 de la CDFUE sugeridas por el Tribunal Constitucional en su Auto de remisión al TJ, cuando señala que el precepto “operaría, bien como una cláusula de estándar mínimo de protección –capaz, por tanto de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental–, o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio –aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales–, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate”¹²⁵. En el caso *Melloni*, el supuesto es, como hemos visto, el de una disposición comunitaria (el artículo 4 bis de la Decisión marco sobre euroorden) que impone una solución uniforme.

¹²² SSTJ de 12.12.2002, as. *Rodríguez Caballero* (C-442/00, párs. 29 ss.); de 16.12.2004, as. *Olaso Valero* (C-520/03, párs. 34 ss.); y, de 7.9.2006, as. *Cordero Alonso* (C-81/05, párs. 40 ss.).

¹²³ STC 306/1993, de 25.10.1993.

¹²⁴ Véase C. Izquierdo Sans: ob. cit. (en pp. 211 ss.).

¹²⁵ Auto 86/2011, antes cit. (FJ 7.c).

El Auto, sin embargo, resulta menos claro cuando, posteriormente señala que “podría, en efecto, pensarse, que esa alternativa de principio pudiera ser resuelta de forma distinta según que nos encontráramos ante un conflicto entre derechos fundamentales, o entre un derecho fundamental y algún otro principio general del Derecho de la Unión Europea reconocido fuera de la Carta, o, en fin, que la estructura normativa de cada uno de ellos tuviera alguna relevancia en cuanto a la posibilidad de admitir un mayor nivel de protección por parte de las Constituciones de los Estados miembros”.

III. LA NECESIDAD DE INTENSIFICAR EL DIALOGO CONSTITUCIONAL

En el ejercicio de su papel como garantes de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales, los Tribunales constitucionales pueden y deben actuar de manera que no lleguen a cuestionar la dinámica de la integración. Ello es posible, como hemos visto en las páginas anteriores, si se admiten todas las consecuencias que comporta la apertura de la Constitución a la europeidad. Por una parte, conlleva el principio de interpretación *pro unione* de las normas constitucionales teniendo particularmente en cuenta las funciones que, dentro del respeto de unos valores constitucionales compartidos, está llamado a desempeñar el poder público europeo. Por otra parte, implica que, en el ámbito de acción de la Unión, corresponde al TJUE ejercer la función de intérprete y garante constitucional.

Este planteamiento pluralista, que preserva para los Tribunales constitucionales nacionales los ámbitos de soberanía no compartida, presupone en cambio que existen campos sujetos a un sistema constitucional compuesto, en los que las competencias de aquéllos han sido en buena medida transferidas al TJUE. En estos campos, que han transitado hacia un marco constitucional más amplio, de alcance europeo, se imponen la cooperación entre el TJUE y los Tribunales constitucionales y la tolerancia constitucional.

Proyectados al ámbito del control de validez de los actos de la Unión, estos principios comportan la necesidad de un diálogo estrecho entre la jurisdicción constitucional nacional y la europea y de un esfuerzo de autocontención y de deferencia recíproca. Desde esta perspectiva, sólo es concebible que un Tribunal constitucional nacional pueda llegar a conocer de la constitucionalidad de un acto de la Unión en el marco de un mecanismo de control concreto o incidental (nunca abstracto) tras dar la oportunidad al TJUE de pronunciarse por vía prejudicial, ya sea a requerimiento del correspondiente órgano jurisdiccional nacional o, si fuere necesario, del propio Tribunal constitucional, como admitió el TCFA en su decisión en el asunto *Honeywell*¹²⁶. Y es que la posibilidad de una colisión entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales no puede considerarse efectiva –sino tan sólo potencial– hasta tanto el TJUE se pronuncie, ya sea por vía del recurso de anulación o de una cuestión prejudicial de validez.

Además, también es exigible en los Tribunales constitucionales autocontención, descartando todo pronunciamiento en cuanto al fondo a menos que aprecien, *prima facie*, una exlimitación flagrante del poder público europeo o una violación manifiesta del núcleo esencial de los valores constitucionales fundamentales, que no deje espacio al error judicial, como también admitió el TCFA en *Honeywell*¹²⁷.

Lo mismo cabe decir de los supuestos en que un Tribunal Constitucional o Supremo enjuicia la constitucionalidad de una ley nacional –también en el marco de un control abstracto en este caso– adoptada en aplicación de una norma comunitaria que no deja margen de apreciación a los Estados miembros. A este respecto debe recordarse que, en su sentencia *Melki* de 2010, el TJ ha señalado que resulta contrario a los Tratados un procedimiento de control incidental de la constitucionalidad de las leyes que pueda

¹²⁶ Decisión del TCFA de 6.7.2010, cit. (pár. 60).

¹²⁷ Ibid. (pár. 61).

conducir a la anulación de una ley que se limita a transponer las disposiciones imperativas de una Directiva, privando al TJ de la posibilidad de realizar un control de validez de dicha Directiva en el marco del mecanismo prejudicial del artículo 267 del TFUE¹²⁸.

Esta misma actitud *pro unione* y de *self-restraint* debería presidir cualquier eventual control concreto o incidental de la constitucionalidad de los propios Tratados que rigen la Unión al que pudiera estar llamado un Tribunal Constitucional, no debiendo descartarse en este caso el posible planteamiento de una cuestión prejudicial que tenga por objeto su interpretación.

En todo caso, la pretensión por parte de un Tribunal Constitucional de pronunciar la última palabra ante un supuesto conflicto entre el Derecho de la Unión y una norma constitucional nacional puede toparse con la reticencia de los propios órganos jurisdiccionales nacionales. En el asunto *Landtovà*, tras la sentencia del Tribunal Constitucional checo de 2012 declarando que el TJ había actuado *ultra vires* en su previa sentencia de 2011¹²⁹, el Tribunal Supremo ha vuelto a dirigirse al TJ preguntándole, entre otras cosas, si con arreglo al Derecho de la UE debe apartarse de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en la medida en que “no parezca conforme con el Derecho de la Unión Europea tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”¹³⁰.

Especial mención merece a este respecto la Declaración 1/2004 del Tribunal constitucional español, que considera difícilmente concebible que el Derecho de la Unión Europea llegue a resultar inconciliable con la Constitución española asumiendo que los “hipotéticos excesos del Derecho europeo” pueden ser remediados “por los ordinarios cauces previstos” por los Tratados, esto es, por el TJUE¹³¹. Pero faltaba que el Tribunal Constitucional también asumiera la exigencia de no pronunciarse sobre la posible conformidad del Derecho de la Unión con la Constitución –si es que se viera en esta tesitura– sin antes dirigirse al TJUE y, a la postre, que admitiera que también él puede o debe, según los casos, acudir al mecanismo del artículo 267 del TFUE (lo que parecía haber negado hasta ahora¹³²). El planteamiento de la cuestión prejudicial en el asunto *Melloni* responde a esta exigencia, asumida antes por otros Tribunales constitucionales¹³³, y deja en evidencia posiciones como la del Tribunal Constitucional checo en el asunto *Landtovà*.

La necesidad de este diálogo venía en el caso *Melloni* determinada por el hecho de que en su STC 199/2009 el TC había, a la postre, cuestionado la constitucionalidad del

¹²⁸ STJ de 22.6.2010 (C-188/10 y C-189/10, párs. 54 ss.).

¹²⁹ Véase supra epígrafe II.1 (*in fine*) de este trabajo.

¹³⁰ Cuestión prejudicial planteada el 24.5.2012 (as. C-252-/12; *DOUE*, C 273, de 8.9.2012).

¹³¹ Declaración 1/2004, cit. (FJ 4).

¹³² Particularmente en la STC 28/1991, de 14 de febrero (FJ 7).

¹³³ Habían planteado anteriormente cuestiones prejudiciales el Tribunal Constitucional belga (antigua Corte de Arbitraje) (la última de las numerosas cuestiones planteadas por el TC belga es objeto de la STJ de 1.3.2011, as. *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, C-236/09), el Tribunal Constitucional italiano (STJ de 17.11.2009, as. *Presidente dei Consiglio dei Ministri*, C-169/08), el Tribunal Constitucional austriaco (la última objeto de la STJ de 20.5.2003, as. *Österreichischer Rundfunk* y otros (as. ac. C-465/00, C-138/01 y C-139/01) y el Tribunal Constitucional lituano (STJ de 9.10.2008, as. *Sabatauskas*, C-239/07).

artículo 4 bis de la Decisión marco. Una posición que, de mantenerse, podría llegar a ser cuestionada directamente por los órganos jurisdiccionales españoles ante el TJ¹³⁴, con el eventual (aunque poco probable) riesgo de revivir un conflicto como el protagonizado por el Tribunal Constitucional checo en el asunto *Landtovà*.

Cierto es que, en la medida en que el TC estuviera en realidad decidido a llevar a cabo un cambio en su doctrina en el asunto *Melloni*, la argumentación anterior decaería. Sin embargo, no cabe deducir del Auto de remisión que el TC haya asumido sin más la necesidad de un cambio doctrinal (al menos pleno). Desde luego, no cabe inferir tal cosa de las tres cuestiones prejudiciales planteadas al TJ. Tampoco del hecho de que admita en el Auto de remisión que la doctrina del TEDH no impone la posición mantenida hasta la fecha¹³⁵, pues la protección que otorga el CEDH se configura –ésta sí– como un estándar mínimo de protección.

Otra cosa es que la respuesta ofrecida por el Tribunal europeo en la sentencia *Melloni* (con las explicaciones más precisas que ofrece el abogado general en sus conclusiones) permita al TC transitar si no hacia un verdadero cambio doctrinal, sí al menos hacia una modulación de su jurisprudencia anterior en su aplicación al mecanismo de la euroorden, solución a la que –según se desprende del (excelente) contenido del Auto de remisión– no se muestra cerrado¹³⁶. El pronunciamiento de los jueces de Luxemburgo, vinculado al juego del artículo 10.2 de la Constitución, le proporciona una fuente de legitimación añadida para dar este paso. Por lo demás, no es la decisión de acudir por vía prejudicial al TJ el hecho más relevante. Lo más destacable es la apertura al Derecho de la UE de que hace gala en el Auto de remisión¹³⁷.

Por lo que se refiere al TJUE, cabe exigirle, por su parte, la articulación de una política judicial igualmente auto-contenida, así como deferente y dialogante con los Tribunales constitucionales. Su discurso no puede ser únicamente autorreferencial, sino que debe ser coherente con los valores y tradiciones constitucionales nacionales, tal y como exige el TUE. Y sólo en el caso de que esté en juego la consecución de los objetivos de la Unión y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros no ofrezcan una respuesta unívoca a la resolución del problema que se suscite, estaría justificado un discurso (relativamente) autónomo a la hora de enjuiciar la validez de un acto de la Unión. Un discurso que, en todo caso, requiere profundidad en el análisis de las

¹³⁴ Véase en este sentido P. Sala Sánchez: “La prejudicialidad en la Unión Europea. La perspectiva del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional españoles”, en *Últimas tendencias en la jurisprudencia del TJUE...*, ob. cit., pp. 53-79 (en p. 75).

¹³⁵ Auto 86/2011, cit. (FJ 5).

¹³⁶ Sobre la posibilidad de este cambio en la doctrina del TC y sus costes, véase M. Pérez Manzano: ob. cit. (en pp. 336 ss.). En favor de dicho cambio se muestra L. Arroyo Jiménez: “Sobra la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”, *InDret*, (www.indret.com), oct. 2011 (en pp. 17 ss.).

¹³⁷ Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial por el TC, véase P. Andrés Sáez de Santa María: “Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional recurre al reenvío prejudicial”, en *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo* (C. Fernández Liesa, C.J. Moreira y E. Menéndez Rexach, dirs.), CGPJ-Universidad Carlos III, 2011, pp. 189-214; la autora destaca, con razón, el hecho de que el TC no se limite en su Auto a plantear las cuestiones prejudiciales sino que ofrezca posibles respuestas a las mismas (en pp. 208 ss.). Véase también L. Arroyo Jiménez: ob. cit.; M. Revenga Sánchez: “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)”, *Rev. Española de Derecho Europeo*, nº 41, 2012, pp. 139-150; M. Pérez Manzano: ob. cit. (en pp. 318 ss.); C. Izquierdo Sans: ob. cit. (en pp. 226 ss.).

tradiciones constitucionales, desde un planteamiento progresivo en la determinación del nivel de protección de los valores constitucionales en juego, y sólido en cuanto a su coherencia interna¹³⁸. La sentencia *Melloni* no es el mejor exponente de esta actitud. La parquedad de su argumentación y la falta de respuesta a las diversas opciones interpretativas ofrecidas por el Tribunal Constitucional –en una clara manifestación de su disposición al diálogo– no son de recibo¹³⁹.

Esta misma actitud debe presidir el control por el TJUE de la conformidad con el Derecho de la Unión de las normas nacionales con rango o relevancia constitucional. En este caso, además, no hemos de olvidar que su papel como intérprete supremo del Derecho de la Unión se articula en el marco de un sistema jurisdiccional descentralizado en el que la valoración *ad casum* de la incompatibilidad de una norma nacional con aquél –así como la consiguiente inaplicación de la misma– corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, sin perjuicio de la función que incumbe a la Comisión Europea y al TJ en el marco del procedimiento por incumplimiento. La cuestión prejudicial de interpretación no puede desplazar completamente la función que corresponde al juez nacional como juez comunitario.

A nadie se le escapa, sin embargo, que la necesidad de un diálogo recíproco entre los Tribunales constitucionales y el TJ no se traduce en la existencia de instrumentos que lo hagan efectivo en ambas direcciones. Así se puso de relieve en el asunto *Landtovà*, cuando el TJUE devolvió al Tribunal Constitucional checo las observaciones que le hizo llegar en el marco del procedimiento judicial, alegando que “members of the ECJ do not correspond with third persons regarding cases that have been submitted to the ECJ”¹⁴⁰.

Pero cabe un diálogo silencioso del TJUE con los Tribunales constitucionales, que pasa por el conocimiento de su doctrina. Algunos abogados generales del Tribunal europeo dan muestras en sus conclusiones de practicarlo intensamente.

Si aceptamos las premisas anteriores, la posibilidad de una colisión real entre el Derecho de la UE y las normas constitucionales de los Estados miembros se torna más hipotética que real. En todo caso, de producirse, la palabra de los Tribunales constitucionales no sería la última. Tampoco lo sería un pronunciamiento ulterior del TJUE en el marco de una posterior cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional o, ni siquiera, de una declaración de condena a resultas de un procedimiento por incumplimiento contra el Estado miembro considerado.

En un supuesto de colisión real entre el Derecho de la Unión y normas constitucionales nacionales, difícilmente cabe imaginar que los Gobiernos y Parlamentos nacionales no

¹³⁸ Véase, a este respecto, P. Craig: “The ECJ and ultra vires action: a conceptual analysis”, *Common Market Law Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 395-437.

¹³⁹ Sobre la exigencia de una motivación reforzada por parte del TJ en un supuesto como el que nos ocupa, véase A. Torres Pérez: ob. cit. (en pp. 177 ss.).

¹⁴⁰ Sentencia del TC checo de 31.1.2012, antes cit. (último pár. de la parte VII). Véase a este respecto R. Alonso García: *Sistema...*, ob. cit. (en p. 326); también en “Guardar las formas en Luxemburgo” (editorial), *Rev. General de Derecho Europeo*, nº 28, 2012 (en pp. 6 ss.).

promuevan, cada uno en su respectivo ámbito de competencia, una reforma de los Tratados o de la propia Constitución¹⁴¹.

La sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 2005 declarando inconstitucional la ley de transposición de la Decisión marco sobre la euroorden, por violación del artículo 55 de la Constitución que prohíbe la extradición de los ciudadanos polacos, llevó a la modificación en 2006 de dicho precepto¹⁴². También la Constitución chipriota fue modificada tras la sentencia del Tribunal Supremo de 2005 relativa a la aplicación de la misma Decisión marco y a la correspondiente ley nacional¹⁴³. Por su parte, Alemania reformó en 2000 el artículo 12ª de su Ley Fundamental tras la sentencia *Kreil* del TJUE¹⁴⁴. Previamente había procedido a la modificación de su artículo 16 para hacer posible la entrega de nacionales a otros Estados miembros de la Unión¹⁴⁵. Podemos asimismo mencionar la reforma del artículo 13 de la Constitución española como consecuencia de la Declaración 1/92 del Tribunal Constitucional, fruto, esta vez, de un control de constitucionalidad preventivo¹⁴⁶.

Por su parte, la sentencia del Tribunal europeo en el asunto *Grogan*¹⁴⁷, de la que cabe deducir que sería contrario a la libertad de prestación de servicios la prohibición por un Estado miembro de difundir publicidad de clínicas abortivas establecidas en otros Estados miembros, llevaría a que el Tratado de Maastricht añadiera un nuevo Protocolo al Tratado CE en el que se afirma (con carácter preventivo) que los Tratados no afectan a la aplicación en Irlanda del artículo 40.3.3 de su Constitución.

No puedo imaginar, en cambio, que el pronunciamiento de un Tribunal constitucional o del Tribunal europeo pudieran llevar a la retirada de un Estado miembro de la Unión, posibilidad que expresamente contemplan la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español¹⁴⁸ y la sentencia *Lisboa* del Tribunal alemán.

A este respecto, no resisto la tentación de señalar que la lectura que hace el TCFA del nuevo artículo 50 del TUE introducido por el Tratado de Lisboa resulta poco afortunada, en particular, cuando pone en relación directa este precepto, sin más explicaciones, con las cláusulas de denuncia contempladas en el artículo 54 de la

¹⁴¹ Sobre la acción del Derecho de la Unión como “motor de las reformas constitucionales internas”, véase P. Pérez Tremps: “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Rev. Española de Derecho Europeo*, nº 9, 2009, pp. 19-48 (en pp. 40 ss.).

¹⁴² Sentencia de 27.4.2005 (OTK ZU No. 4/A/2005, ítem).

¹⁴³ Sentencia de 7.11.2005, comentada por A Tsadiras en *Common Market Law Rev.*, 2007, nº 5, pp. 1515 ss. El art. 11 de la Constitución chipriota fue reformado en 2006.

¹⁴⁴ Sobre la reforma del art. 12a de la LFB, véase M.A. Martín Vida: ob. cit. (en pp. 364 ss.).

¹⁴⁵ Reforma del art. 16.1 de la LFB de 1993. No obstante, como es bien conocido, la ley de transposición de la Decisión marco sobre euroorden fue declarada inconstitucional por el TCFA por vulneración del principio de proporcionalidad, al restringir el derecho a la no extradición más allá de lo exigido por la norma europea; STCFA de 18.7.2005 (BVerfG, 2 BvE 2236/04, párs. 91 ss). Véase el comentario crítico a esta sentencia de C. Vidal Prado: “Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional Federal Alemán frente a la eficacia del derecho Comunitario”, *Rev. Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2006, pp. 273-310.

¹⁴⁶ Declaración 1/92, de 1.7.1992.

¹⁴⁷ Sentencia de 4.10.1991 (C-159/90).

¹⁴⁸ Declaración 1/2004 (FJ 3).

Convención de Viena de 1969¹⁴⁹. Lejos de consagrar un derecho de retirada libre e incondicional –que no cabía negar antes del Tratado de Lisboa–, el nuevo artículo 50 del TUE articula un procedimiento tendente a forzar que la retirada se produzca en el marco de un acuerdo con la UE. Por lo demás, huelga advertir que la retirada de la UE difícilmente puede concebirse si no es en el marco de un amplio consenso político nacional, que requiere un claro respaldo de la opinión pública, así como de los operadores económicos y de las fuerzas sociales. Retirarse de la UE no es equiparable a denunciar un simple tratado comercial.

Por lo demás, la retirada de la Unión a resultas de un pronunciamiento de un Tribunal constitucional o del TJUE sólo será imaginable en un supuesto –éste en cambio inimaginable– en el que se constatará una violación por parte del Derecho de la Unión del núcleo esencial e inderogable de los valores constitucionales. Es decir, de una violación por parte de la Unión, tolerada por su Tribunal de Justicia, de los valores en los que se asienta la propia Unión.

Estas últimas consideraciones me llevan a proponer que desdramaticemos la tensión dialéctica que se produce en ocasiones entre los Tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia. Más allá de los excesos en los que a veces incurren, no se puede evitar que el diálogo entre instituciones se produzca desde la reivindicación de la importancia de sus respectivas funciones. En todo caso, no puede negarse que este diálogo tenso produce frutos apreciables¹⁵⁰. Por ejemplo, *Solange I*¹⁵¹ fue el detonante de una jurisprudencia del TJUE sobre derechos fundamentales que arranca (precisamente) en sus sentencias *Nold* y *Rutili*¹⁵². Y otros pronunciamientos de los Tribunales constitucionales –como la sentencia *Maastricht*¹⁵³– han servido para embridar el discurso competencial de instituciones como la Comisión Europea y, sin duda, para que el TJUE asuma con responsabilidad –como lo hace– su papel de Tribunal constitucional al servicio de un proyecto de mucho mayor alcance que el buen funcionamiento un mercado interior.

¹⁴⁹ STCFA sobre el Tratado de Lisboa, cit. (pár. 330).

¹⁵⁰ Véase J. Martín y Pérez de Nanclares: “La contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente ‘tira y afloja’ con el Tribunal de Justicia de la UE”, en *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial* (S. Ripoll –dir.– y J.I. Ugartemendía –coord.–), IVAP, Oñate, 2008, pp. 175 ss. Véase también G.C. Rodríguez Iglesias: “Tribunales constitucionales y Derecho comunitario”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1175-1200.

¹⁵¹ STCFA de 29.5.1974 (BVerfGE, 2 BvR 52/71).

¹⁵² SSTJ de 14.5.1974, as. *Nold* (4/73), y de 28.10.1975, as. *Rutili* (36/75).

¹⁵³ STCFA de 12.10.1993, cit.