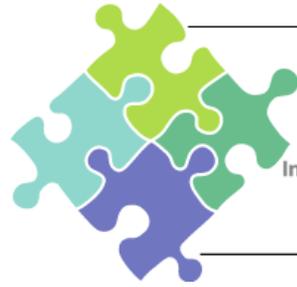




Erasmus+



ideir

Instituto de Derecho Europeo
e Integración Regional
Universidad Complutense

Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

**El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales
ordinarios en un contexto de tutela multinivel
de los derechos fundamentales**

WP IDEIR nº 23 (2015)

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

© Tomás de la Quadra-Salcedo Janini 2015

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 papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini*

I. Introducción. II. La perspectiva del Tribunal de Justicia: la primicia incondicional del Derecho de la Unión Europea. III. La perspectiva de los tribunales constitucionales nacionales: una primacía condicionada. 1. Los derechos fundamentales constitucionales como parámetro de control del Derecho secundario (derivado) de la Unión Europea. 2. Los derechos fundamentales constitucionales como límite a la actuación de los poderes públicos nacionales cuando operan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. 2.1 La actuación de los poderes públicos nacionales en el ámbito del Derecho de la Unión cuando tienen margen de apreciación en su implementación. 2.2 La actuación de los poderes públicos nacionales sin margen de apreciación en la implementación del Derecho de la Unión. IV. ¿La confluencia de perspectivas?: la diversidad de estándares en materia de derechos fundamentales y el juego de la cláusula del respeto de la identidad nacional recogida en el artículo 4.2 del TUE.

* Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

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

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

Así, la existencia de una pluralidad de catálogos y de una pluralidad de instancias garantizadoras de los mismos plantea una serie de interrogantes en relación con el funcionamiento práctico de todo el sistema de protección; interrogantes a los que se han dado diferentes respuestas dependiendo de cuál sea la perspectiva y el órgano que las dé.

Dedicaremos el presente estudio a analizar uno de los interrogantes fundamentales que suscita la pluralidad de catálogos de derechos: el relativo a la solución que se debe dar al eventual conflicto que se produce como consecuencia del diverso nivel de protección que reconocen los diferentes catálogos, interrogante que necesariamente supone examinar cual es el papel que deben adoptar tanto el Tribunal Constitucional nacional como los jueces tribunales ordinarios nacionales en un contexto de tutela multinivel de derechos como el referido².

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

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

² Sobre ello ver DÍEZ HOCHLEITNER, J. “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. WP IDEIR nº 17 (2013)

II. LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA PRIMACIA INCONDICIONAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha supuesto el reconocimiento en el Derecho Originario de la Unión Europea de un catálogo explícito y propio de derechos fundamentales que se impone a los poderes públicos europeos y a los poderes públicos nacionales cuando apliquen el derecho de la Unión³. Así, de acuerdo con el vigente artículo 6.1 del TUE:

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

Afirmada la eficacia jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta en adelante) se suscita la importante cuestión de su articulación, desde el punto de vista del propio Derecho de la Unión, tanto con los catálogos nacionales de derecho fundamentales como con catálogo contenido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales en aquellas situaciones que caen dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, pues se trataría de situaciones en las que también son, en principio, aplicables tanto los derechos constitucionales nacionales como los derechos recogidos en el Convenio Europeo.

De acuerdo con el artículo 52, apartado 3, de la Carta, “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. El precepto reproducido hace del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales un estándar mínimo por debajo del cual no puede descender la interpretación de la Carta.

Por su parte, el artículo 53 de la Carta, que lleva por significativo título “[n]ivel de protección”, establece que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los

³ De acuerdo con el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

No obstante lo anterior, el Tratado de Lisboa ha mantenido en el artículo 6, apartado 3, del TUE la construcción jurisprudencial realizada en su día por el Tribunal de Justicia- desde la STJ de 12 de noviembre de 1969, 29/69, asunto *Stauder*, en la que el Tribunal de Justicia afirmó que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto debía asegurar el propio Tribunal de Justicia-, y que fue positivizada en Maastricht.

En virtud del vigente artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”

Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”⁴.

El Tribunal Constitucional español interpretó, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que el precepto equivalente al vigente artículo 53 de la Carta -contenido entonces en el artículo II-113 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*-, concebiría la Carta como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno⁵. Así, para el Tribunal Constitucional español se podría interpretar que el artículo 53 de la Carta⁶, al establecer que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa de los derechos reconocidos en las constituciones de los Estados miembros, contiene una cláusula de estándar mínimo de protección (como la que recoge el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷). De interpretarse así, la propia Carta permitiría que los Estados miembros aplicaran el estándar de protección más elevado que derivara de su Constitución, evitando así una regresión del grado de protección de los derechos fundamentales⁸.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha rechazado la interpretación referida, y que le fue sugerida, entre otras interpretaciones posibles, por el propio Tribunal Constitucional español en el Auto 86/2011, de 9 de junio, asunto *Melloni*, en el que el Alto Tribunal español planteó la primera cuestión prejudicial de su historia al Tribunal de Justicia⁹. Así, este último, en la respuesta dada a la cuestión planteada por el tribunal nacional, ha afirmado

⁴ Según las explicaciones relativas al artículo 53 de la Carta, «el objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH».

⁵ Tal concepción se ha señalado que obedece a la lógica específica de un sistema internacional de protección de derechos, no a la de un sistema de integración supranacional como la Unión Europea. RUBIO LLORENTE, F. “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, REDC n° 64, CEPC. 2002, pp. 43-44

⁶ ATC 86/2011, de 9 de junio, asunto *Melloni*.

⁷ De acuerdo con el artículo 53 del CEDH “ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

⁸ Ciertamente, la interpretación referida evita algunas situaciones de conflicto pero no las elimina completamente, pues en muchos supuestos no se tratará de la determinación de una mayor o menor protección de un concreto derecho sino de una ponderación entre derechos, de un distinto reparto de la libertad. Así lo ha resaltado la doctrina, ver GONZALEZ PASCUAL, M., *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Civitas, 2010. p. 112 En efecto, no siempre ante un eventual conflicto entre la doctrina de los distintos tribunales el principio de mayor protección nos dará la solución. Cuando de ponderar derechos se trata, como es el supuesto, por ejemplo, de un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, aquel principio no permite determinar cual es la doctrina más protectora de los derechos fundamentales, pues cada una puede ser la más protectora de uno de los derechos en liza. Los operadores jurídicos se encuentran en la tesitura de decidir que doctrina siguen en caso de un eventual conflicto entre ambas.

⁹ ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido, consecuencias», en WP IDEIR, núm. 8, 2011, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional; REVENGA, M., «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)», Revista Española de Derecho Europeo, núm. 41, 2012; TORRES PÉREZ, A., «Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court knocking on Luxembourg’s Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011», European Constitutional Law Review, núm. 8.

que el art. 53 de la Carta no permite que un Estado miembro aplique un nivel de protección más alto que el de la Carta en una materia –como, por ejemplo, la orden europea de detención y entrega– en la que existen normas comunes europeas¹⁰. Para el Tribunal de Justicia la interpretación del art. 53 de la Carta sugerida por el Tribunal Constitucional español en su Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, que reproduce la interpretación realizada en su día en la DTC 1/2004, pondría en cuestión el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que conduciría a atribuir la prioridad en cada caso específico a la norma jurídica que concediera el grado de protección más alto al derecho fundamental considerado. Para el Tribunal de Justicia, ello supondría reconocer, en aquellos casos en los que el estándar nacional fuese superior, la preeminencia de las Constituciones nacionales sobre el Derecho de la Unión, en contra de la jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia que considera que invocar normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, a fin de limitar el alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, implicaría lesionar la unidad y la eficacia de dicho Derecho.

Para el Tribunal de Justicia la finalidad del artículo 53 de la Carta no sería el establecimiento de una cláusula de estándar mínimo de protección, sino que sería la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando, al igual que hace 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 Carta¹¹.

Por el contrario, fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión, la Carta no impediría la aplicación del estándar de protección de los derechos fundamentales previsto por la Constitución de cada Estado miembro. En esta línea, subraya el Abogado General Bot que “la Carta no puede tener el efecto de obligar a los Estados miembros a rebajar el grado de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución nacional en los supuestos situados fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión”¹².

Ciertamente, el Tribunal de Justicia matizará¹³ que en aquellos supuestos en los que un Estado miembro tenga margen de apreciación a la hora de implementar el Derecho de la Unión, tratándose, por tanto, de un ámbito en el que se produce la aplicación de este, sí cabría aplicar el estándar nacional constitucional superior siempre, claro, que no se ponga en riesgo ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

Así, para el Tribunal de Justicia 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

¹⁰ STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*.

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

¹² Para el Tribunal Constitucional español, esta lectura del artículo 53 de la Carta, que se explica por la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, tendría el inconveniente, por un lado, de privar a ese artículo de contenido jurídico propio, de modo que se convertiría en una disposición redundante respecto al artículo 51 de la Carta y por otro, el de reconocer así que la Carta podría dar lugar en los Estados miembros a una reducción de nivel de protección de los derechos fundamentales derivado de sus normas constitucionales.

¹³ STJ de 26 de febrero de 2013, C-617/10, asunto *Åkerberg Fransson*,

los derechos fundamentales que sean superiores a los fijados en la Carta. No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia ha establecido como cautela que ello será posible “siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”¹⁴.

Recapitulando, el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto *Melloni* al interpretar el alcance del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha impuesto el desplazamiento de los estándares nacionales aún cuando estos sean superiores a los de la Carta, cuando no exista margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de implementar el Derecho de la Unión¹⁵.

El Tribunal de Justicia niega así que el artículo 53 de la Carta establezca una excepción al principio de primacía del Derecho de la Unión y reitera así su idea de la primacía incondicional de aquel¹⁶, en virtud de la cual la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (idea que fue enunciada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 1970 *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁷).

Idea, la de la primacía incondicional que, sin embargo, no ha sido nunca aceptada, en tales términos absolutos, por los tribunales constitucionales nacionales¹⁸.

¹⁴ STJ de 26 de febrero de 2013, C-617/10, asunto *Åkerberg Fransson*, apartado 29 que se remite a la STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*, apartado 60. Para Ladenburger cuando el Derecho de la Unión permite su implementación mediante diferentes vías siempre que no se ponga en cuestión su efectividad, se puede admitir que se exija a los poderes públicos nacionales que seleccionen únicamente las modalidades de aplicación que respeten su propia Constitución en LADENBURGER, C.: «European Union Institutional Report», en *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, rapports du XXVe congrès de la FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1.

¹⁵ De manera cuando menos discutible, el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* argumenta que permitir que un Estado miembro pueda alegar los derechos fundamentales constitucionales en aquellos supuestos en los que la regulación se encuentra armonizada a nivel europeo conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por la norma europea contraviendo así el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que la norma pretende reforzar. Es decir se impone la uniformización de los derechos para que no se vea afectado el principio de reconocimiento mutuo.

¹⁶ El Tribunal de Justicia ni siquiera hace un intento de explorar la vía sugerida por el Abogado General en sus Conclusiones para condicionar la primacía del Derecho de la Unión, la cláusula de respeto de la identidad nacional del art. 4.2 TUE, que será examinada infra.

¹⁷ En aquella ocasión el Tribunal de Justicia afirmó que “el Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede, en razón de su naturaleza, dejarse oponer judicialmente normas de Derecho nacional, cualesquiera que éstas sean, sin perder su carácter comunitario y sin que sea cuestionado el propio fundamento jurídico de la Comunidad”, añadiendo que, en consecuencia, “la alegación de violaciones bien de los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”.

¹⁸ Así lo recuerda el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia *Lisboa* (2009) cuando afirma que “con la Declaración número 17 relativa a la primacía aneja al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del Derecho de la Unión incondicional y dudosamente constitucional” (apartado 331) pues el derecho de la Unión no puede en caso de conflicto “pretender preeminencia alguna con respecto a la identidad constitucional de los Estados miembros, que queda protegida por el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa y que está constitucionalmente garantizada por el control de identidad del artículo 23.1 frase 3, en conexión con el artículo 79.3 LFB” (apartado 332).

III. LA PERSPECTIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES: UNA PRIMACÍA CONDICIONADA

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

Así lo estableció tempranamente el Tribunal Constitucional italiano cuando afirmó la existencia de límites constitucionales al proceso de integración en la Sentencia *Frontini* (1973) estableciendo la teoría de los *controlimiti*, según la cual, el proceso de integración europeo no puede suponer el otorgamiento a las instituciones comunitarias de «un poder inadmisiblemente de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana»¹⁹. Doctrina que será reiterada en las Sentencias *Granital* (1984) y *Frad* (1989)

Igualmente el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido que los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn pertenecen a los contenidos esenciales de la Constitución que limitan la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea en virtud del artículo 23.1, frase 2 de la Ley Fundamental²⁰.

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

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

¹⁹ Según el Tribunal «*deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma —sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini—, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*»

²⁰ De acuerdo con el artículo 23.1 de la Constitución alemana “para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones”.

nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”.

Así, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que España como Estado miembros de la Unión se encuentra sujeto a las normas del ordenamiento de la Unión Europea, normas “que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas”²¹; pero tal primacía tiene límites materiales que se imponen a la propia cesión competencial. Límites que se han fundamentado en la pervivencia de la soberanía de los Estados miembros.

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

Desde la perspectiva de los tribunales constitucionales nacionales la admisión incondicionada de la primacía del Derecho de la Unión Europea contradice la eficacia normativa de la Constitución como norma suprema de la que se derivan límites al proceso de integración y supondría, en su caso, una modificación de la obra del poder constituyente sin seguir los cauces constitucionalmente previstos para su reforma.

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

No obstante lo anterior, la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales sometan a escrutinio los actos de la UE, ya sea directa o indirectamente mediante el control de la actuación de los poderes públicos nacionales que aplican el Derecho de la Unión, y eventualmente excluyan su aplicabilidad en el Estado miembro respectivo por contradecir los catálogos nacionales de derechos fundamentales, es sólo potencial, pues el hecho de que durante el proceso de integración europeo se haya producido la incorporación, implícita²² o explícitamente²³, en el propio Derecho Primario de la Unión Europea de aquellos valores y principios que se consideran, por parte de las Constituciones nacionales, límites al

²¹ SSTC 28/1991; 64/1991, 130/1995 o 58/2004.

²² Como se ha señalado el Tribunal de Justicia fue consciente de la necesidad de incorporar como parámetro de legalidad de los actos de las instituciones europeas las pretensiones de validez propias del Derecho constitucional nacional como lo refleja su primera jurisprudencia en materia de protección de los derechos fundamentales en ausencia de un catálogo expreso en el propio derecho comunitario.

²³ Las sucesivas reformas de los tratados han ido incorporando referencias explícitas no sólo a los derechos fundamentales sino igualmente a la identidad y a los valores constitucionales de los Estados miembros a la hora de establecer el propio marco constitucional de la Unión.

En materia de derechos fundamentales, el Tratado de Maastricht consagró la jurisprudencia del Tribunal de Justicia iniciada en el asunto *Stauder*, 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

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

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

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

Así, los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea vienen admitiendo a trámite -con fundamento en la condicionalidad de la cesión que las propias cláusulas constitucionales de apertura, implícita o explícitamente, establecen- aquellas impugnaciones que se les plantean contra el Derecho Originario de la Unión Europea²⁴. Sin embargo, más matizadas vienen siendo sus respuestas en los supuestos en los que lo que se impugna es bien la actuación de las instituciones de la Unión, bien la actuación de los poderes públicos nacionales actuando en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

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

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

Carta de Derechos Fundamentales proclamada en Niza (CDFUE).

²⁴ Así correspondería al Tribunal Constitucional examinar si el Derecho originario de la Unión vulnera aquellos límites materiales que se imponen a la cesión prevista en el artículo 93 CE, y que, a falta de su constitucionalización explícita, implícitamente se derivan, según el Alto Tribunal, de la propia Constitución, y entre los cuales se encontraría el respeto del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia. El referido control se realizaría tanto a través tanto del procedimiento de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales establecido en el art. 95.2 de la Constitución (lo que supondría el control de un Derecho originario que todavía no es tal, un Derecho Originario *in fieri*) como del recurso de inconstitucionalidad [arts. 27.2 C) 31 y 32.1 LOTC] y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC) frente a normas ya vigentes. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado en su sentencia *Lisboa* que el derecho primario es legítimamente impugnable sobre la base del artículo 1.1 LFB

Los tribunales constitucionales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea han renunciado, en principio, a controlar la conformidad de los actos y disposiciones de las instituciones de la Unión con los derechos fundamentales contenidos en sus respectivas constituciones nacionales.

En el caso español, la razón de tal renuncia se ha fundamentado en el hecho de que el conflicto entre el Derecho derivado de la Unión y los derechos fundamentales constitucionales se considera que no sería, en principio, posible que se produjese, pues según el Tribunal Constitucional español, “el propio Derecho de la Unión [originario] garantiza que ninguna de sus disposiciones pueda interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos ... por las constituciones de los Estados miembros”²⁵.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español “es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados²⁶, el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales”²⁷.

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

La idea de que una contradicción entre el Derecho derivado de la Unión Europea y los derechos constitucionales nacionales será al tiempo una contradicción de aquel Derecho con el Derecho originario, que es el que le sirve al Tribunal de Justicia como parámetro de validez del Derecho derivado, lleva al Tribunal Constitucional español a afirmar que “no le corresponde, por tanto, a este Tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, el

²⁵ DTC 1/2004. Para Alonso García el Tribunal Constitucional viene a reconocer en esta resolución una suerte de presunción genérica de constitucionalidad del Derecho de la Unión. ALONSO GARCIA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, ed. Civitas, 3a ed., Madrid, 2012, p. 321.

²⁶ Así lo pondrían de manifiesto diversos preceptos que son examinados por el Tribunal Constitucional en su DTC 1/2004 como el art. I-5.1, (en buena medida reproducido en el vigente art. 4.2 del TUE) cuando dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”. o el art. I-2 (cuyo contenido es coincidente con el artículo 2 del vigente TUE) según el cual:

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

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

²⁷ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3

Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen [por parte de los jueces nacionales]. Es fundamentalmente a través de éstas, así como de las cuestiones prejudiciales de interpretación, como se le ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de garantizar y salvaguardar de manera efectiva un alto nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”²⁸.

El Tribunal Constitucional español asume, así, como propia, la doctrina establecida en su día por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia *Solange II* (1986) donde tras reconocer que el nivel de protección de los derechos que garantiza el Tribunal de Justicia cuando controla a las instituciones de la Unión es equivalente al nivel de protección dispensado por el ordenamiento nacional, concluyó que en tanto tal nivel equivalente se mantuviera, el Tribunal Constitucional renunciaría a controlar el Derecho adoptado por las instituciones europeas²⁹.

La renuncia a someter a control el Derecho derivado y demás actos de las instituciones de la Unión tomando como parámetro los derechos fundamentales constitucionales no es, sin embargo, una renuncia definitiva. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado que “ejercerá su jurisdicción sobre el control del Derecho secundario de la Unión y otros actos de la Unión Europea, únicamente en tanto que no sea ya esencialmente similar el modo en que la Unión Europea garantice una vigencia de los derechos fundamentales, según el contenido y la eficacia de la protección de los derechos fundamentales, al que se considera indispensable conforme a la Ley Fundamental de Bonn”³⁰.

En la misma línea el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en

²⁸ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3. Para el Tribunal Constitucional el propio Derecho Originario de la Unión vendría a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

²⁹ Así, en la STCFA en el asunto *Solange II* (1986) el Tribunal Constitucional Federal Alemán renunció a ejercer su control de constitucionalidad sobre los actos de derecho comunitario derivado en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, “en tanto en cuanto” las Comunidades Europeas mantuviesen –a través del Tribunal de Justicia- un nivel de garantía de aquellos derechos sustancialmente equivalente al que se garantizaría por el Tribunal Constitucional aplicando la Ley Fundamental, esto es, admitió la transferencia condicionada de esa competencia jurisdiccional del Estado al declarar la inadmisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteasen.

De acuerdo con la doctrina posterior del Tribunal Constitucional alemán, el art. 23 párrafo 1 inciso 1 de la Constitución alemana (introducido por la Ley de 21 de diciembre de 1992) habría constitucionalizado explícitamente esta jurisprudencia. La República Federal de Alemania coopera, según ello, en la consecución de una Europa unida, en el desarrollo de la Unión Europea, sometida a los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federales y al principio de subsidiariedad, y que garantiza una protección de los derechos fundamentales básicamente comparable a la de la Ley Fundamental. En la STCFA en el asunto *Plátanos* (2000) BVerfGE 102, 147.

³⁰ STCFA en el asunto Lisboa, apartado 191.

ést[e], en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4)”³¹.

Los Tribunales Constitucionales han autorestringido, así, su propia competencia para controlar el Derecho derivado de la Unión tomando como parámetro los derechos fundamentales de la Constitución, pero lo han hecho de manera condicionada y en la confianza de que la garantía de los derechos fundamentales se realiza de forma equivalente por el Tribunal de Justicia tomando como parámetro los derechos fundamentales contenidos en el propio Derecho de la Unión³².

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

Para el Tribunal Constitucional alemán la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad de un tribunal nacional o de un recurso de amparo que alegue una violación de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental por parte del Derecho europeo derivado debe exponer en concreto que no se ha garantizado con carácter general la protección de los derechos fundamentales que se considera imprescindible³³. Ello su-

³¹ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3. Para Cruz Villalón la cláusula de emergencia, no es sino la necesaria consecuencia de la reserva de Constitución que suponen los límites absolutos implícitos deducidos del art. 93 CE por el Tribunal Constitucional en la DTC 1/2004, pues si la cesión no es incondicional, algún modo ha de haber de hacer eficaz tales condiciones o límites.

³² El Tribunal Constitucional español, junto a la respuesta jurisdiccional que se reserva para el supuesto en el que no se produjese una equivalencia en la protección general de los derechos dispensada por el Tribunal de Justicia, señala, igualmente una respuesta política, la separación de la Unión, reconocida en el artículo I-60 del *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa [en la DTC 1/2004, FJ 4].

³³ El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha venido afirmando desde la STCFA en el asunto *Maastricht* (1993), su capacidad, reiterada luego en la STCFA en el asunto *Lisboa* (2009), para controlar si los actos jurídicos de los organismos e instituciones europeas se mantienen dentro de los límites de las competencias transferidas. No obstante lo anterior el Tribunal Constitucional, se ha mostrado deferente, cuando se le ha planteado la ocasión de realizar tal control.

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

El Tribunal Constitucional alemán ha establecido dos condiciones para ejercer el control *ultra vires* de los actos de la Unión Europea: que el Tribunal de Justicia haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación o validez del acto de la UE considerado (i); y que la violación del principio de la competencia de

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

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

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha rechazado que posea competencia para controlar la validez del Derecho de la Unión, por lo que en principio serían inadmisibles los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad frente a normas de Derecho derivado. De manera reiterada ha afirmado que el control del derecho derivado corresponde al Tribunal de Justicia. Y en relación con los recursos de amparo ha afirmado que “no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos”³⁴.

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

Cuestión distinta, aunque estrechamente vinculada con la renuncia de los tribunales constitucionales a controlar, en principio, la conformidad del Derecho derivado, y demás actos de las instituciones de la Unión, con los derechos fundamentales constitucionales, sería la cuestión relativa al control de los poderes públicos nacionales tomando como parámetro los derechos fundamentales constitucionales cuando aquellos actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

atribución sea manifiesta en el sentido de suficientemente cualificada (ii). Además, recordemos que el Tribunal alemán ha señalado que debe admitirse el derecho del Tribunal de Justicia a un margen de error.

La doctrina ha considerado que el Tribunal Constitucional alemán en *Honeywell* (2010) limaba la aspereza del pronunciamiento categórico realizado un año antes en la Sentencia *Lisboa* (2009) donde había afirmado que “tanto el control ultra vires como el control de la identidad pueden conducir a que el Derecho comunitario, o en el futuro el Derecho de la Unión, sea declarado inaplicable en Alemania. Para proteger la viabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional abierta al Derecho europeo requiere, desde la consideración del precepto jurídico contenido en el artículo 100.1 LFB, que tanto un control ultra vires como el control de una vulneración de la identidad constitucional correspondan en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal” (apartado 241). Ver DÍEZ HOCHLEITNER, J. “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. WP IDEIR nº 17 (2013),

³⁴ En STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a), luego reiterado en la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11.

Independientemente del alcance que el Tribunal de Justicia ha dado al ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales³⁵, el Tribunal Constitucional español se continúa considerando plenamente competente para someter a control la actuación de los poderes públicos españoles cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión tomando como parámetro los derechos fundamentales constitucionales.

³⁵ De acuerdo con el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

La dicción literal del precepto, así como los debates que se produjeron en el seno de la Convención que elaboró la Carta, llevaron a algunos autores a sostener que los derechos de la Carta únicamente vinculan a la actividad de los Estados miembros como aplicadores del derecho europeo, pero no a la actividad de los Estados miembros en el ámbito de aplicación del derecho europeo. HUBER, P. M. “Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios: Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia ERT”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 0, 2008. Iustel. P. 73

Así, se habría señalado que el artículo 51.1 de la Carta pretendería restringir la doctrina establecida en su día por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *ERT* acerca del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del derecho europeo y no como aplicadores del mismo. El Abogado General Bot en sus Conclusiones en el asunto *Scattolon* C-108/10 subraya las dos interpretaciones en liza del artículo 51 de la Carta: “en tanto que los defensores de una concepción restrictiva del concepto de aplicación del Derecho de la Unión mantienen que ésta se refiere sólo a la situación en la que un Estado miembro actúa en calidad de agente de la Unión, los valedores de una concepción extensiva afirman que ese concepto se refiere con mayor amplitud a la situación en la que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

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

En efecto, el Tribunal de Justicia ha subrayado que la normativa nacional *incluida en el ámbito de aplicación* del Derecho de la Unión debe cumplir la Carta y que «la *aplicabilidad* del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta» STJ de 26 de febrero de 2013, C- 617/10, asunto *Åkerberg Fransson*, apartado 21.

Así lo ha confirmado recientemente el Tribunal de Justicia en la STJ de 30 de abril de 2014, C- 390/12, asunto *Pfleger*, al subrayar que cuando un Estado miembro invoque razones imperiosas de interés general para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho de la Unión, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho de la Unión, y especialmente de los derechos fundamentales actualmente garantizados por la Carta.

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

Esta definición del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión contenidos en la Carta vendría corroborada, según el Tribunal de Justicia, por las explicaciones relativas al artículo 51 de la Carta, explicaciones que, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo tercero, y al artículo 52, apartado 7, de la Carta, deben tenerse en cuenta para la interpretación de ésta. Según las citadas explicaciones, «la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión»; y se citan concretamente en tales explicaciones tanto la STJ *Wachauf* como la STJ *ERT*.

Por tanto, el Tribunal de Justicia ha desechado que el artículo 51 de la vigente Carta justifique únicamente una aplicación de la misma en contextos de “ejecución” o “implementación” en sentido estricto del Derecho de la Unión (comprendiendo por tal la situación *Wachauf*), pues también se aplicará en situaciones en las que nos encontremos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (comprendiendo por tal la situación *ERT*).

Con carácter previo a desarrollar la idea referida, hay que subrayar que de acuerdo con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional español no le corresponde a él controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento de la Unión Europea, y, en su caso, al Tribunal de Justicia a través del recurso por incumplimiento (art. 170 TCEE)³⁶. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho de la Unión Europea por los poderes públicos nacionales es, pues, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español, “una cuestión de carácter infraconstitucional” y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional al afirmar que el proceso de integración «no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E.»³⁷.

El Tribunal Constitucional español ha sido criticado por caracterizar la eventual infracción de la legislación europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores como un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria por tratarse de un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto. Sin embargo, con tal afirmación lo que el Tribunal Constitucional ha pretendido subrayar es que sus competencias son de atribución correspondiéndole únicamente la garantía de la Constitución y no la garantía del Derecho de la Unión que quedaría atribuida a los jueces y tribunales ordinarios³⁸.

Precisamente, el Tribunal Constitucional español, si bien no le corresponde a él el control de la recta aplicación del Derecho de la Unión, ha señalado que sí le correspondería a él el control de la recta aplicación de la Constitución por los órganos constitucionales nacionales que proceden al desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea³⁹. Control que ejercería a través de los distintos procesos constitucionales.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español “en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental,

³⁶ El Tribunal de Justicia enjuicia la validez de los actos de las instituciones de la Unión, a través de los recursos de anulación y de las cuestiones prejudiciales de validez, y se pronuncia sobre la conformidad de las normas nacionales con el Derecho de la Unión, a resultas de resolver los recursos por incumplimiento o (indirectamente) las cuestiones prejudiciales de interpretación.

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

³⁷ Por todas la temprana STC 28/1991, FJ 4). La reciente Sentencia *Melloni* del Tribunal Constitucional español confirma la jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho de la Unión Europea no integra el canon de constitucionalidad, que el Tribunal Constitucional no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho de la Unión Europea, y que el Derecho de la Unión Europea solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales.

³⁸ CRUZ VILLALON, P., “Unos derechos, tres tribunales” en *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. La Ley. 2006, p. 1019.

³⁹ Recientemente STC 138/2013, de 6 de junio, FJ 9.

el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE⁴⁰. Es decir, el acto podrá ser válido con arreglo al Derecho de la Unión, pero si vulnera un derecho fundamental reconocido en la Constitución, habrá de ser anulado.

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

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

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

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

Un primer supuesto ha sido el control de la Ley de 21 de julio de 2004, que transpuso en Alemania la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden europea de detención y los procedimientos de entregas entre Estados miembros de la Unión Europea⁴¹.

⁴⁰ STC 64/1991, FJ 4. Para López Castillo ello no se ajusta a las exigencias comunitarias, si se entiende como asunción de competencias para enjuiciar actos formalmente provenientes de una autoridad estatal pero materialmente predeterminados por el Derecho comunitario. LÓPEZ CASTILLO, A. «La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas», Revista de Estudios Políticos, 99, enero-marzo 1998

⁴¹ Las normas nacionales dictadas en cumplimiento de las obligaciones que establece la Decisión Marco 2002/584/JAI han sido objeto de control constitucional también en otros Estados miembros como Polonia, Chipre, República Checa, o, de forma indirecta, también en España donde el Tribunal Constitucional ha examinado su aplicación en su STC 177/06, de 5 de junio.

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

La Ley nacional fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 18 de julio de 2005 al considerar que violaba los derechos fundamentales contenidos en el artículo 16 párrafo 2 y en el artículo 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental de Bonn⁴².

Ciertamente, el pronunciamiento anulatorio del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁴³ afectaba única y exclusivamente a la ley alemana que transponía la Decisión Marco europea y no suponía un control de constitucionalidad de la norma europea, como se encargará de subrayar la Sentencia del Alto Tribunal germano. En efecto, para el Tribunal Constitucional alemán el legislador alemán podría haber elegido una transposición de la Decisión Marco más respetuosa con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución alemana sin por ello entrar en conflicto con los objetivos vinculantes de la Decisión Marco⁴⁴.

Un segundo supuesto en el que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha controlado la conformidad con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución nacional de una norma nacional que desarrolla el Derecho de la Unión ha sido el relativo a la

Un análisis sobre las cuestiones que suscita la construcción del espacio judicial penal, incluyendo las referidas a los derechos fundamentales, lo realiza MAPELLI MARCHENA, C., *El modelo penal de la Unión Europea*. Aranzadi, 2014.

⁴² Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Ley alemana que transpone la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea contraviene el artículo 16, párrafo 2, nº 1 de la Constitución germana que garantiza a sus nacionales el derecho fundamental a no ser extraditados. Asimismo el Tribunal Constitucional alemán considera que la imposibilidad de impugnar la decisión de concesión de la entrega contraviene el artículo 19.4 de la Constitución alemana que garantiza el derecho fundamental a una protección legal eficaz frente a los actos de los poderes públicos.

⁴³ El procedimiento que desembocó en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio tiene su origen en una petición de extradición por parte de España a Alemania de un ciudadano de nacionalidad alemana presuntamente vinculado con la red terrorista Al-Queda. La decisión de concesión de la entrega a España del ciudadano alemán adoptada por el Tribunal Regional Superior Hanseático de Hamburgo desemboca en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional federal alemán contra aquella decisión. Recurso de amparo que es estimado por el Tribunal Constitucional germano declarando la nulidad de la decisión de concesión de la entrega y de la Ley alemana en la que se fundamenta tal decisión.

⁴⁴ Para el Tribunal Constitucional Federal alemán la Ley alemana de transposición de la Decisión Marco impondría una restricción desproporcionada sobre el derecho fundamental de los nacionales alemanes a no ser extraditados al no establecer como motivo obligatorio de denegación de la entrega el hecho de que la infracción cometida por un alemán tenga un componente decisivo interno, motivo de denegación de la entrega que quedaría contenido en aquel motivo previsto en la Decisión Marco de que la infracción haya sido cometida en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro. Motivo que si bien en la Decisión Marco viene enunciado como motivo facultativo, en virtud de la Constitución alemana debería ser necesariamente asumido como motivo imperativo de denegación de la entrega por la Ley alemana que transpone la norma europea, al menos cuando el hecho de que se haya cometido la infracción en todo o en parte en el territorio nacional vaya acompañado del hecho de que los efectos de la infracción también repercutan en Alemania.

Es por tanto la Ley alemana que transpone la Decisión Marco la que afecta desproporcionadamente al derecho de los nacionales a no ser extraditados establecido en el artículo 16.2 de la Constitución al no haber utilizado el legislador el margen de maniobra que le abría el artículo 4 de la Decisión Marco que recoge los posibles motivos de denegación de las entregas.

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

reforma de la Ley de Telecomunicaciones que transpone la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

La Ley nacional fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 2 de marzo de 2010 al considerar que violaba los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa del artículo 10.1 de la Constitución alemana⁴⁵.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia recuerda que, en principio, no cabe interponer demandas de amparo contra las normas europeas⁴⁶, pero sin embargo, señala que sí cabe el planteamiento de un recurso de amparo frente a la Ley nacional de transposición de una Directiva, pues se trata de un supuesto en el que las autoridades nacionales tienen un margen de decisión que puede quedar sometido al control del Tribunal Constitucional, al dejar la norma europea un espacio suficiente al legislador nacional para transponerla sin vulnerar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia ha afirmado 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 que sean superiores a los fijados en la Carta. No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia ha establecido como cautela que

⁴⁵ Se ha señalado que el Tribunal Constitucional Federal Alemán no habría tomado la decisión más favorable para los derechos ya que, a pesar de declarar la nulidad de la Ley ha renunciado a su propio nivel de exigencia sin darle la oportunidad al TJUE a través del planteamiento de una cuestión prejudicial de expulsar del ordenamiento de la UE una norma que vulnera potencialmente diferentes derechos fundamentales. GONZALEZ PASCUAL, M., "La Directiva de Retención de Datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los derechos: un fin no siempre deseable". Revista española de derecho europeo nº 36. Civitas. 2010. p. 605.

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

El Tribunal de Justicia en Sentencia de 8 de abril de 2014, C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland*, ha declarado inválida la Directiva 2006/24/CE al considerar que el legislador de la Unión sobrepasó los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad en relación con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta que reconocen los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de datos de carácter personal.

⁴⁶ Recordemos que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán, los procedimientos para someter las normas del derecho europeo secundario al control constitucional del Tribunal Constitucional Federal, sólo serán admisibles cuando su fundamentación en concreto recoja que el desarrollo jurídico para la protección de los derechos fundamentales en el derecho europeo, especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no garantiza con carácter general la protección de los derechos fundamentales que necesariamente es obligada de acuerdo con la Ley Fundamental. En tanto la Unión Europea, y especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garanticen con carácter general una protección eficaz de los derechos fundamentales frente al poder público europeo, que se haya de considerar esencialmente igual a la que necesariamente se ha de garantizar de acuerdo con la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal no controlará este derecho a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (doctrina Solange II).

ello será posible “siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”⁴⁷.

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

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

El Tribunal Constitucional alemán ha considerado, sin embargo, inadmisibles aquellas impugnaciones de los actos de los poderes públicos nacionales dictados en aplicación del Derecho de la Unión en el supuesto en el que las autoridades nacionales no tengan margen de decisión a la hora de implementar éste⁴⁸. El Tribunal Constitucional alemán considera, así, que el Tribunal de Justicia es el competente para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la República Federal de Alemania frente a los actos del poder público nacional (alemán) adoptados, sin margen de apreciación, en aplicación del derecho derivado. En este ámbito el Tribunal Constitucional Federal sólo actuaría nuevamente si el Tribunal de Justicia abandonara el estándar de garantía general de los derechos fundamentales que aquel fija en *Solange II*⁴⁹.

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

Más recientemente el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el marco de un recurso de amparo, ha afirmado que “si los Estados miembros carecen de margen de maniobra en la transposición del Derecho de la Unión, el juez ordinario debe controlar éste, en su caso,

⁴⁷ STJ de 26 de febrero de 2013, asunto *Åkerberg Fransson*, C-617/10, apartado 29 que se remite a la sentencia del mismo 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11, apartado 60.

⁴⁸ Señala Alonso García que “tratándose de una actividad interna de ejecución del Derecho Comunitario en términos reglados, un pronunciamiento de inconstitucionalidad material de la norma interna lo sería indirectamente también de la comunitaria de la que trae causa”. ALONSO GARCÍA, R., “Jurisdicción Constitucional Nacional y Derecho de la Unión Europea”. IV jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional. 2005. p. 11.

⁴⁹ En la medida en que el Tribunal Constitucional nacional entienda que la protección general que otorga el Tribunal de Justicia no es equivalente podrá hacer valer su interpretación del derecho constitucional invocado incluso anulando el acto europeo que a su juicio lo infringe. Tal y como se ha señalado la tensión conflictual subsiste plenamente, aunque en la práctica resulte difícil que aflore con toda su fuerza.

a la luz de su compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión, activando la vía prejudicial ex artículo 267 TFUE”⁵⁰.

De esta manera el Tribunal Constitucional germano rechaza constituirse en el órgano encargado de garantizar de manera habitual, aunque subsidiaria, los derechos fundamentales, reservándose, no obstante el papel de garante de la identidad constitucional nacional a través de la posibilidad de actuar sólo si se demuestra que no existe una equivalencia general en la protección de los derechos (doctrina *Solange II*).

Esta doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán que considera inadmisibles aquellos recursos y cuestiones planteados frente a la actuación sin margen de apreciación de los poderes públicos nacionales⁵¹, sería parcialmente compatible con aquella doctrina del Tribunal de Justicia que considera que cuando la acción estatal esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales no estarían facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales distintos a los estándares de la Carta⁵². Así, para el Tribunal de Justicia cuando tal margen de apreciación en la implementación no existe no cabe que los órganos judiciales nacionales invoquen la aplicación de tales estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales superiores⁵³.

⁵⁰ Auto de 19 de julio de 2011 (1 BvL 1916/09). Señala el Tribunal Constitucional alemán que “al verificar si el Derecho de la Unión deja o no margen de maniobra en su implementación es el juez ordinario el que determina si los derechos de la Constitución deben ser tomados en consideración o si debe abstenerse de controlar la actividad nacional de implementación sobre la base de los estándares de la Constitución en tanto la Unión Europea asegure una protección de los derechos fundamentales que, en términos de contenido y efectividad sea sustancialmente similar a la protección que deriva de la Constitución”.

Ciertamente, para el Tribunal Constitucional el juez a quo a la hora de determinar la inexistencia de margen de apreciación en la aplicación del Derecho de la Unión debe plantear cuestión prejudicial al TJUE, pues de no hacerlo el Tribunal Constitucional Federal alemán considera que puede el mismo revisar tal determinación.

⁵¹ Rodríguez-Piñero considera que la tensión conflictual entre el Derecho de la Unión europea y las Constituciones nacionales se reduce con posturas como la del Tribunal Constitucional Federal alemán, que sostiene que, una vez alcanzado en el ámbito de la Unión un nivel de protección de derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado por la Ley Fundamental, en tanto ese nivel sea garantizado por el Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional se abstendrá de ejercer jurisdicción en relación con la compatibilidad de los actos comunitarios, y, habría que añadir que también en relación con los actos de los poderes públicos nacionales que sean aplicación del derecho europeo, y los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: «Tribunal constitucional y Derecho comunitario», Noticias de la UE, núm. 118, nov. 1994, p. 11

⁵² Así se ha interpretado por la doctrina académica lo establecido en las sentencias *Åkerberg Fransson* y *Melloni*, pues en la primera el Tribunal de Justicia afirmará que en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, lo que a sensu contrario no ocurriría en una situación como la de *Melloni* donde no existe margen de apreciación. Así para Sarmiento en aquellos supuestos en los que el Derecho de la Unión haya determinado plenamente la forma de actuar de los Estados miembros, la Carta desplaza a los derechos fundamentales nacionales. Bajo aquellas circunstancias la Carta es el único estándar de derechos fundamentales aplicable. SARMIENTO, D., “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”. *Common Market Law Review*. Vol. 50 No. 5 October 2013.

⁵³ El Abogado General en sus conclusiones al asunto *Melloni* se preguntaba sobre el margen de actuación de que disponen los Estados miembros para establecer el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión. Y proponía diferenciar las situaciones en las que existe una definición en el ámbito de la Unión del grado de protección de un derecho fundamental que debe garantizarse en el contexto de la ejecución de una acción de la Unión y aquellas en

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

Pese a esta diferencia, no menor, la doctrina del Tribunal de Justicia y la del Tribunal Constitucional alemán habrían llegado a un punto de equilibrio que sólo se alteraría en el supuesto en el que se diesen las circunstancias establecidas por el primero en su doctrina *Solange II*.

Frente al equilibrio referido, el Tribunal Constitucional español, sin embargo, no ha declarado, todavía, la inadmisibilidad de aquellos recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteen frente a los actos de los poderes públicos nacionales que resultan del Derecho europeo derivado cuando la actuación de aquellos se realiza sin margen de apreciación en la implementación de éste.

Ciertamente, la cuestión de la inadmisibilidad se habría suscitado en el seno del propio Tribunal. Así, la Abogacía del Estado en el asunto resuelto por la STC 64/1991 sostuvo la necesidad de que el Tribunal Constitucional se abstuviese de controlar los actos de los poderes públicos españoles que se limitan a aplicar o trasponer el Derecho de la Unión Europea. En aquella ocasión la Abogacía del Estado alegó que, en los casos sometidos al Tribunal Constitucional, los poderes públicos nacionales no habían actuado en su calidad de tales, sino como órganos comunitarios, ejecutando lo dispuesto por el Derecho Comunitario⁵⁴. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó expresamente este planteamiento, advirtiendo que la Administración nacional no se convierte en estos casos en mero agente comunitario no sujeto al ordenamiento interno: «... la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución)».

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

las que ese nivel de protección no ha sido objeto de una definición común.

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

⁵⁴ Doctrina que es la que parece haber acogido el Consejo Constitucional francés cuando se declara incompetente para controlar “la conformidad con los derechos y libertades que la Constitución garantiza de las disposiciones legislativas que se limiten a extraer las consecuencias necesarias de disposiciones incondicionales y precisas de una Directiva de la Unión” Decisión nº 2010-79 QPC, de 17 de diciembre.

Una nueva ocasión para matizar su doctrina le ha llegado al Tribunal Constitucional a raíz del asunto *Melloni*. En efecto, en esta ocasión se planteaba un recurso de amparo en un supuesto en el que los poderes públicos nacionales tenían que aplicar el Derecho derivado sin margen de apreciación.

El Tribunal Constitucional español plantea en el asunto *Melloni* por primera vez en su historia una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Ciertamente la razón fundamental para no haberlo hecho antes, tenía mucho que ver con las propias características del reenvío prejudicial en el Derecho de la Unión, que tiene como finalidad permitir la cooperación de los órganos judiciales nacionales encargados de la aplicación del Derecho de la Unión con el Tribunal de Justicia, pues de este modo se promueve que la aplicación del Derecho de la Unión se hagan de manera uniforme en todo el territorio de la Unión⁵⁵. El hecho de que el Tribunal Constitucional no aplique el Derecho de la Unión y tenga como sola competencia la garantía de la Constitución, haría innecesario, por lo general, el planteamiento de cuestiones prejudiciales, dado que estas únicamente son necesarias en los procesos en que debe hacerse aplicación de aquel y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo⁵⁶.

No obstante lo anterior, en el Auto de planteamiento de la cuestión en el asunto *Melloni*, el Tribunal Constitucional justifica la necesidad, en esta ocasión, de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el hecho de que la solución del caso depende, en gran parte, de la interpretación y de la validez del Derecho de la Unión (tanto de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, como de la Carta de derechos fundamentales de la UE). Para el Tribunal Constitucional ello trae causa, en particular, de la circunstancia de que, en virtud de la doctrina constitucional relativa a las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el canon de control a aplicar para enjuiciar la constitucionalidad de la resolución judicial por la que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades de otro Estado, “ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega, de donde deriva claramente la trascendencia constitucional de la interpretación que haya de darse a esas disposiciones del Derecho de la Unión”⁵⁷.

⁵⁵ Ésta era la opinión del propio Tribunal de Justicia que, en su Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, emitido en mayo de 1995, declaró que «es de todo punto evidente que la necesidad de garantizar la interpretación y la aplicación uniformes del derecho comunitario, así como de los convenios indisolublemente ligados a la consecución de los objetivos de los Tratados, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional único, como el Tribunal de Justicia, que fije definitivamente el derecho para toda la Comunidad».

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

⁵⁶ Así lo venía destacando el propio Tribunal cuando señalaba que “el Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional. Por consiguiente, ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo” STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7.

⁵⁷ ATC 86/2011, de 9 de junio. Así lo ha confirmado en la sentencia que resuelve finalmente el recurso de amparo, En efecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional “para precisar cuáles son, en

Por tanto, el planteamiento de la cuestión prejudicial se funda en el hecho de que aunque no le corresponda al Tribunal Constitucional aplicar el Derecho de la Unión, la interpretación que se haga de éste por parte del Tribunal de Justicia, tiene relevancia a la hora de determinar la interpretación del derecho fundamental constitucional por parte del Tribunal Constitucional⁵⁸.

concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles, hemos destacado la decisiva relevancia que adquieren los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7) (...) Entre tales tratados encontramos tanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se constituyen, así, junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE. Contenido cuyo desconocimiento determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles” STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4.

Así se señaló con anterioridad a la interposición de la cuestión prejudicial en el asunto *Melloni*, pues el Tribunal Constitucional “ha de interponer una cuestión prejudicial no como aplicador del Derecho de la Unión sino como jurisdicción que tiene el monopolio en la garantía de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, en el que se integra el Derecho de la Unión”, IZQUIERDO SANS, C., “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción española (en materia de derechos fundamentales)” REDE nº 34. 2010.

⁵⁸ Para el Tribunal Constitucional “la Decisión Marco de 2009 es aplicable, en todo caso, como criterio de integración del contenido del derecho reconocido en el art. 24.2 CE cuyo desconocimiento determina, de conformidad con la doctrina señalada, su vulneración indirecta por parte de los órganos judiciales españoles”. No le corresponde al Tribunal Constitucional aplicar la Decisión marco, pero la interpretación que se haga de esta sirve como criterio de integración del derecho fundamental constitucional.

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

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

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

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

Dos de los votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional español que resuelve definitivamente el recurso de amparo planteado por el Sr. Melloni, consideran que el Tribunal Constitucional, en supuestos en los que la regulación esté plenamente armonizada, debería aplicar única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso, los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013⁵⁹. Pues, según los votos, el canon que el Tribunal Constitucional debe aplicar es el del art. 93 CE en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea y no el del art. 10.2 CE.

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

La concepción de los votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el asunto *Melloni* supondría la conversión del Tribunal Constitucional español en un órgano aplicador del Derecho de la UE y obligaría a revocar aquella doctrina del Tribunal Constitucional español que considera que la jurisdicción constitucional no aplica los derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española⁶⁰.

Frente a esta concepción, los votos particulares referidos, tras recordar que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el contenido de los derechos fundamentales queda fijado por sus normas y por la interpretación que de ellas y de los derechos de la Carta

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

⁵⁹ Apartado 3 del Voto particular concurrente que formula la Magistrada Asua que considera que “lo que ha respondido el Tribunal de Justicia...proporciona el canon que debemos aplicar ex art. 93 CE en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013”. En la misma línea se manifiesta el voto particular de la Magistrada Roca cuando afirma que “todos los Jueces y Tribunales nacionales [también la jurisdicción constitucional] deben aplicar el derecho europeo y por ello, todos, sin excepción, son “jueces europeos” cuando se trate de dicha aplicación. También en materia de derechos fundamentales, y en la aplicación del Derecho de la Unión, deben atender al estándar europeo”.

⁶⁰ Establecida en su día en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4. Tal como recuerda el Presidente Sala, el Tribunal Constitucional, en la singular función jurisdiccional que le corresponde, no aplica el Derecho de la Unión, sino sólo la propia Constitución. SALA SÁNCHEZ, P. Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011). La Ley, 2012. P 71.

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

haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶¹, sostienen que tal contenido debe ser aplicado por el Tribunal Constitucional en la resolución de los recursos de amparo que se le susciten⁶².

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina tradicional del Tribunal, “el recurso de amparo se ha establecido por el constituyente y configurado por el legislador como un medio procesal para recabar la tutela de las libertades y derechos proclamados en los arts. 14 al 30 C.E. [arts. 53.2 y 161.1, b), C.E., y 41 LOTC] y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos (art. 41.3 LOTC). De modo que la única medida de enjuiciamiento aplicable, tanto en el proceso constitucional de amparo como en el proceso preferente y sumario seguido ante los Tribunales ordinarios ex art. 53.2 C.E., es la integrada por los preceptos C.E. que reconocen aquellos derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo contenido y alcance, no obstante, habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 C.E.”⁶³.

La validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide al Tribunal Constitucional⁶⁴. La mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales constitucionales es precisamente lo que habría justificado el planteamiento de la cuestión prejudicial en el asunto *Melloni*, pero ello no supondría transmutar al Tribunal Constitucional en un órgano encargado de la aplicación del Derecho de la Unión⁶⁵.

⁶¹ Sin perjuicio de que los dos votos particulares señalen que la aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución.

⁶² Para la Magistrada Roca “todos los Jueces y Tribunales nacionales deben aplicar el derecho europeo (...) también debe actuar así la jurisdicción constitucional, como lo demuestra que el propio Tribunal Constitucional, en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, se reconozca como “órgano jurisdiccional” en el sentido de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea”.

Para los votos particulares únicamente cabría cuestionar la primacía incondicionada del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno en caso de existir un conflicto profundo entre ambos ordenamientos, en ausencia de tal conflicto correspondería al Tribunal Constitucional la aplicación de la Carta.

⁶³ Para el Tribunal Constitucional español la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; “si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas”.

⁶⁴ Parece que de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprendería que el art. 10.2 CE obligaría a subir el estándar nacional si el estándar internacional fuese más alto que el nacional, pero no obligaría a bajar el estándar nacional si el internacional fuese más bajo, pues el Tribunal Constitucional puede interpretar de manera más garantista un derecho fundamental constitucional, constituyéndose así los acuerdos internacionales sobre derechos humanos en una garantía de mínimos pero no de máximos. Así se desprende de la doctrina que afirma que es al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, “en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo” STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

⁶⁵ Ciertamente, un determinado sector doctrinal viene exigiendo una reconsideración de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. 2014 CEPC, p. 335. Sin embargo, para la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional español la adhesión al proceso de integración europeo “no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en

Consecuentemente, el único canon admisible para resolver las demandas de amparo sería, de acuerdo con la doctrina clásica del Tribunal Constitucional, el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, sin que le pueda, por tanto corresponder al Tribunal, la aplicación de la Carta⁶⁶.

Cuestión del todo distinta a la relativa a la eventual conversión del Tribunal Constitucional en un órgano aplicador del Derecho de la Unión, y más concretamente de la Carta, como parecen propugnar los votos particulares referidos, sería la relativa a la determinación de lo que les correspondería hacer a los jueces ordinarios que deben juzgar la actuación de los poderes públicos nacionales que aplican el Derecho de la Unión sin tener un margen de apreciación en la implementación del mismo.

En este supuesto, sí cabría sostener, que los jueces ordinarios tienen la obligación, a priori, de aplicar los derechos fundamentales de la Carta, y no los contenidos en la Constitución, pues el reconocimiento de un derecho fundamental por parte del Derecho de la Unión no sólo tiene eficacia interpretativa por la vía del art. 10.2 CE, sino que es inmediatamente aplicable, en virtud del art. 93 CE y del principio de primacía, cuando nos encontramos en un ámbito de aplicación de aquel Derecho. La Carta se constituye, por tanto, en el canon que deben tener en cuenta los jueces ordinarios nacionales, órganos aplicadores del Derecho de la Unión, cuando determinan la norma aplicable en un ámbito en el que no existe margen de apreciación en la implementación de aquel Derecho.

Y en línea con la doctrina sentada tanto por el Tribunal Constitucional Federal alemán⁶⁷ como por el Tribunal de Justicia⁶⁸, cabría igualmente mantener que los jueces ordinarios deberían dirigirse al Tribunal de Justicia para promover la garantía de los derechos fundamentales contenidos en la Carta, pues es la cuestión prejudicial el mecanismo que le permite al Tribunal de Justicia cumplir su papel de garante de aquella.

Únicamente en el concreto caso en el que los jueces y tribunales ordinarios nacionales considerasen que no se da una equivalencia general en la protección dispensada por el Tribunal europeo, podrían aquellos suscitar la cuestión ante el propio Tribunal Constitucional (doctrina *Solange II*), pues mientras tanto, y por el hecho de poderse considerar

favor de los órganos comunitarios, la atribución del «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 C.E.) Según el Tribunal “es patente que los motivos de amparo han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 C.E. [arts. 53.2 y 161.1 b), C.E. y Título III LOTC], con exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela, únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el art. 10.2 C.E”.

⁶⁶ Por tanto, “la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional” STC 64/1991, de 22 de marzo.

⁶⁷ Que recordemos que ha considerado que “si los Estados miembros carecen de margen de maniobra en la transposición del Derecho de la Unión, el juez ordinario debe controlar éste, en su caso, a la luz de su compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión, activando la vía prejudicial ex artículo 267 TFUE” Auto de 19 de julio de 2011 (1 BvL 1916/09).

⁶⁸ Que recordemos que ha considerado que “antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión (...) los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva” STJ de 11 de septiembre de 2014, C- 112/13, asunto *A y B y otros*.

que la protección del Tribunal de Justicia produce un resultado equivalente a aquel que resultaría de la acción del Tribunal Constitucional, podría justificarse una suspensión transitoria de la competencia de éste último para garantizar los derechos constitucionales.

Así, no puede descartarse que en el futuro⁶⁹, el Tribunal Constitucional español, en línea con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán, renuncie a confrontar con

⁶⁹ Sin embargo, es posible mantener que el concreto asunto *Melloni* no era el más adecuado para realizar una renuncia de jurisdicción de tal calado por parte del Tribunal Constitucional, por varias razones:

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

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

La segunda, y sobre todo, porque, y a pesar de lo que haya podido afirmar el Tribunal de Justicia en el propio asunto *Melloni*, el artículo 4 bis de la Decisión marco de 2009 podría no ajustarse, no ya a la doctrina del Tribunal Constitucional, sino ni siquiera a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se encuentra vinculada la Unión. ver PÉREZ MANZANO, M., “El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio”, REDC nº 95, 2012. CEPC. pp. 324 y ss.

De ser ello cierto, difícilmente podría el Tribunal Constitucional justificar su renuncia a ejercer su control de constitucionalidad sobre los actos del poder público nacional que apliquen el derecho europeo derivado en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, pues en el concreto caso *Melloni* no se cumpliría el presupuesto para hacerlo, la existencia por el Tribunal de Justicia de un nivel de garantía de aquellos derechos sustancialmente equivalente al que se garantizaría por el Tribunal Constitucional aplicando la Constitución, que debe ser, en virtud del artículo 52.3 de la Carta, como mínimo el que garantiza el TEDH interpretando el CEDH.

En efecto, el artículo 4 bis de la Decisión marco de 2009 no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos puntos concretos. Ciertamente eran dos puntos que no se planteaban en el concreto caso del Sr. Melloni, sin embargo, el Tribunal de Justicia, en trance de realizar el control de validez de la Decisión que le pedía el Tribunal Constitucional, podía haber aprovechado para realizar un juicio en profundidad de la conformidad del art. 4 bis de la Decisión Marco con los derechos fundamentales de la Carta en una materia tan sensible como la de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal.

En primer lugar el nuevo artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584/JAI no se ajusta al CEDH pues realiza una configuración alternativa de los supuestos a) y b) recogidos en su primer apartado. Esta configuración alternativa determina que haya de procederse a la entrega cuando el ausente que ha sido debidamente notificado no ha sido defendido por un letrado, sin que conste una renuncia expresa a tal defensa, lo que resulta abiertamente contrario a lo dispuesto por la jurisprudencia de Estrasburgo que ha afirmado que «el hecho de que un acusado, a pesar de haber sido debidamente citado, no comparezca, no puede- incluso aunque tal ausencia resulte injustificada- privarle de su derecho a ser defendido mediante un letrado». STEDH Pelladoah c. Países Bajos, n. 16737/90, de 22 de septiembre de 1994, párr. 40. En el mismo sentido,

los derechos fundamentales recogidos en la Constitución aquellos actos de los poderes públicos españoles dictados en aplicación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación, por considerar que se da una equivalencia en la protección dispensada por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, propugnar la necesidad de que el Tribunal Constitucional deje en suspenso su capacidad de controlar los actos de los poderes públicos nacionales que aplican el Derecho de la Unión sin margen de apreciación, es algo enteramente distinto a propugnar la conversión del Tribunal Constitucional en un órgano aplicador del Derecho de la Unión, como propugnan los referidos votos particulares a la STC 26/2014.

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

Igualmente podría llegar a inadmitir los recursos de amparo que se le planteasen frente a aquellos actos de los poderes públicos nacionales que sin margen de apreciación aplicasen el Derecho de la Unión. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, que exige para la admisión del recurso de amparo la existencia de especial trascendencia constitucional facilitaría que el Tribunal Constitucional inadmitiese a trámite tales

SSTEDH Poitrimol c. Francia; Lala c. Países Bajos, n. 146168/89, de 22 de septiembre de 1994, párr. 33; Van Geysegem c. Bélgica, n. 26103/95, de 21 de enero de 1999, párr. 34.

Los supuestos a) y b) del primer apartado del nuevo artículo 4 bis de la Decisión marco no deberían ser alternativos sino cumulativos para poder considerar el precepto conforme con doctrina del TEDH

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

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

Para el TEDH los procedimientos que tienen lugar en ausencia del acusado no son necesariamente contrarios al artículo 6 de la Convención, sin embargo se produce una denegación de un proceso equitativo cuando una persona condenada *in absentia* no puede obtener un nuevo pronunciamiento de un tribunal sobre el fondo del asunto cuando no ha renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer.

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

Ciertamente en el caso español está configurada como causa obligatoria y en el asunto Melloni se cumplían los requisitos para no poder denegar la entrega, pero el art. 4 bis abre la puerta a que un determinado Estado entregue imputados a otros estados que no hayan comparecido en el juicio del que derive la resolución (sin que se cumplan los requisitos de notificación etc.. que demuestren que el imputado ha renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer).

supuestos por incumplimiento de aquel requisito, dejando no obstante abierta la puerta a la eventual admisión de aquellas cuestiones de inconstitucionalidad o recursos de amparo que justificasen la relevancia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el hecho de que no se garantiza por el Tribunal de Justicia con carácter general la protección de los derechos fundamentales que se considera imprescindible (doctrina *Solange II*)⁷⁰.

Ciertamente, una eventual renuncia transitoria del Tribunal Constitucional a ejercer su competencia de garantía de los derechos fundamentales constitucionales por considerar que existe una equivalencia en la protección dispensada por el ordenamiento de la Unión, realizaría la importante función que cumpliría en este hipotético escenario de renuncia, el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los jueces ordinarios, jueces que se encontrarían obligados a utilizar los Derechos de la Carta como parámetro directo de control de la actuación de los poderes públicos nacionales sin margen de apreciación.

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

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

Ahora bien, el Tribunal Constitucional igualmente ha considerado que “la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental”⁷¹. Tal podría ser el caso cuando el órgano judicial, por ejemplo, decide no plantear la cuestión prejudicial en una situación de implementación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación sin que se den las circunstancias para que no se produzca tal planteamiento establecidas en las sentencias del Tribunal de Justicia *Da Costa* y *CILFIT*⁷².

El Tribunal Constitucional español, sin embargo, no ha llegado, de momento, tan lejos y ha rechazado la inclusión de los criterios recogidos en la doctrina europea referida como

⁷⁰ Este último supuesto, sin embargo, únicamente cabría si previamente se le ha ofrecido al TJUE la oportunidad de examinar el caso desde la perspectiva del Derecho de la Unión a través de la cuestión prejudicial planteada por los jueces ordinarios.

⁷¹ STC 58/2004, de 19 de abril.

⁷² En la STJ *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963, se establece la doctrina del acto aclarado en virtud de la cual se exime a los órganos jurisdiccionales que con carácter obligatorio tendrían que plantear la cuestión prejudicial de la obligación de plantearla cuando la cuestión sea materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo.

En la STJ *CILFIT*, de 6 de octubre de 1982 se establece la doctrina del acto claro en virtud de la cual se exime a los órganos jurisdiccionales que con carácter obligatorio tendrían que plantear la cuestión prejudicial de la obligación plantearla cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada, aunque precise esta sentencia que antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados Miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad.

elementos para considerar vulnerados los derechos reconocidos en el art. 24 CE. Así, la doctrina constitucional más reciente considera que la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial no afecta al art. 24 CE salvo en el supuesto de que el Juez ordinario haya realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (SSTC 27/2013, de 11 de febrero y 212/2014 de 18 de diciembre). Como denuncia la magistrada Asua en su voto particular a la STC 27/2013, de 11 de febrero, el Tribunal ha optado “por aplicar el canon general de interpretación de la legalidad ordinaria interna, desconociendo los parámetros del Derecho europeo respecto a la delimitación del “acto claro”, asentados sobre la ausencia intersubjetiva de duda alguna”⁷³.

IV. ¿LA CONFLUENCIA DE PERSPECTIVAS?: LA DIVERSIDAD DE ESTÁNDARES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL JUEGO DE LA CLÁUSULA DEL RESPETO DE LA IDENTIDAD NACIONAL RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 4.2 DEL TUE⁷⁴

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

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

⁷³ La magistrada Asua ha defendido la necesidad de seguir la línea jurisprudencial desarrollada en las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 78/2010, de 20 de octubre, en las que el Tribunal declaró que el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede llevar aparejada la lesión del art. 24 CE por incumplimiento de la obligación de remitir al intérprete de la normativa europea el cuestionamiento sobre el alcance de una norma, salvo que sea patente que no concurre duda alguna aplicando los criterios jurisprudenciales europeos al respecto.

Ciertamente la STC 27/2013, de 11 de febrero afirmó que “dado que no hay inaplicación de norma interna alguna no resulta extensible al caso la doctrina contenida en las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 78/2010, de 20 de octubre”. Conclusión de la que, como bien señalaba el voto particular, cabe discrepar totalmente, pues el problema “no reside en que se aplique o no la norma española, sino en la asunción por el Tribunal interno de una tarea interpretativa de la norma europea, tarea que queda radicalmente fuera de su competencia”. Así la aplicación o inaplicación de una norma española no es el ingrediente decisivo para considerar vulnerado el art. 24 CE, pues lo decisivo es que la decisión se funde en la concurrencia de los presupuestos establecidos en Derecho comunitario.

Compartimos, por tanto plenamente, lo sostenido en el voto particular referido donde se consideraba que el canon a aplicar no es el relativo a si la decisión de no plantear una cuestión prejudicial constituye una aplicación arbitraria del Derecho, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (canon ordinario ex art. 24 CE), sino que el canon a aplicar debería ser uno más estricto: el de si la decisión de no plantear la cuestión prejudicial ha sido acompañada de las garantías exigidas por el Tribunal de Justicia para excepcionar la obligación de planteamiento derivada del art. 267 TCE, es decir, la constatación de la claridad de la norma europea, la ausencia intersubjetiva de duda sobre su sentido, a fin de confirmar que se trata de un supuesto de “acto claro”.

En contra ARROYO JIMÉNEZ, L., “La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización”. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 102, 2014. p. 312.

⁷⁴ Sobre la cuestión ver la monografía *National Constitutional Identity and European Integration*, eds Saiz de Arnaiz y Alcobero Llivina, Cambridge, Intersentia, 2013.

la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”⁷⁵.

Se ha subrayado que la cuestión que plantea la existencia de estándares divergentes en materia de derechos fundamentales no encontraría solución en el artículo 53 de la Carta, sino en el artículo 4.2 del TUE. La primacía de la Carta en el supuesto de estándares divergentes dependería, por tanto, de si el estándar nacional forma parte o no de la identidad nacional de un Estado miembro⁷⁶.

En esta línea, el Abogado General Bot en sus conclusiones en el asunto *Melloni* -tras rechazar de plano aquella interpretación del artículo 53 de la Carta que permite atribuir prioridad a la norma más protectora derivada de una Constitución nacional⁷⁷, pues ello lesionaría el principio de primacía del Derecho de la Unión-, admite, sin embargo, que la primacía del Derecho de la Unión no es incondicional cuando recuerda que la Unión está obligada por el artículo 4 TUE, apartado 2, a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos»⁷⁸. Para el Abogado General Bot “un Estado miembro que considerase que una disposición de Derecho derivado vulnera su identidad nacional podría también oponerse a ella basándose en el artículo 4 TUE, apartado 2”⁷⁹.

Se plantea así una cuestión fundamental, que fue eludida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* a pesar de haber sido suscitado por el Abogado General Bot en sus conclusiones, y es la relativa a la necesaria articulación entre el artículo 4.2 del TUE y el

⁷⁵ El concepto de identidad nacional aparece en los tratados europeos en el Tratado de Maastricht (1992) donde el artículo F, apartado 1, del TUE disponía “la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”

⁷⁶ BESSELINK, L.F.M.: “General Report”. en *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, rapports du XXVe congrès de la FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1.

⁷⁷ Para el Abogado General “el artículo 53 de la Carta precisa que, en el contexto de la coexistencia de las diferentes fuentes de protección de los derechos fundamentales, la Carta no puede llevar por sí misma a una reducción del nivel de protección de esos derechos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Así pues, este artículo trata de confirmar que la Carta sólo impone un nivel de protección de los derechos fundamentales dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión.

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

⁷⁸ En la misma línea el propio preámbulo de la Carta recuerda que la Unión debe respetar en su acción la identidad nacional de los Estados miembros

⁷⁹ Ciertamente, para el Abogado General Bot, y también, a la postre, para el Tribunal Constitucional español que plantea la cuestión prejudicial en el asunto *Melloni*, la determinación de lo que constituye el «contenido absoluto» del derecho de defensa que era lo que se discutía en el asunto *Melloni* no formaría parte de la identidad constitucional de España -pues para el Tribunal Constitucional español la determinación de lo que constituye el «contenido absoluto», se construye a partir de los acuerdos y tratados internacionales sobre derechos ratificados por España- por lo que no estaríamos ante uno de esos supuestos en los que el artículo 4.2 del TUE puede permitir a un Estado miembro oponerse a la aplicación de una disposición de Derecho derivado.

artículo 53 de la Carta⁸⁰ y sobre todo la relativa a quién le corresponde interpretar cual es la identidad nacional constitucional de cada Estado⁸¹. Identidad que el propio Derecho originario parecería haber reconocido como límite a la primacía del derecho de la Unión.

Como se ha señalado cabría pensar que la proclamación en el propio Derecho primario de la identidad nacional como un límite a la Unión Europea supone el triunfo de los Estados miembros en la disputa por la soberanía, pues han conseguido integrar el parámetro nacional como parámetro europeo⁸². Así el artículo 4.2 TUE consagraría la constitucionalidad singular de los Estados miembros⁸³.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha afirmado en la Sentencia Lisboa que le corresponde a él comprobar si el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental es respetado de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 en conexión con el artículo 79.3 LFB.

Para el Tribunal Constitucional germano el ejercicio de dicha competencia de control, se justificaría en que “de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración. A este respecto, las garantías -tanto la de Derecho constitucional como la de Derecho de la Unión- de la identidad constitucional nacional van de la mano en el espacio jurídico europeo. El control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB”. Para el Tribunal Constitucional Federal alemán “de este modo, se asegura que la primacía del Derecho de la Unión solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional”⁸⁴.

⁸⁰ Examinada por TORRES PÉREZ, A., “Constitutional identity and fundamental rights: the intersection between articles 4(2) TEU and 53 Charter” in A. Saiz Arnaiz and C. Alcobarro (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia 2013

⁸¹ Identidad que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha interpretado como aquello no susceptible de integración (apartado 239 Sentencia *Lisboa*).

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

⁸² Según el Tribunal Constitucional Federal Alemán “el control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB De este modo, se asegura que la primacía del Derecho de la Unión solamente rige en virtud de y en el marco de la aún vigente atribución constitucional” (apartado 249 Sentencia *Lisboa*).

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

⁸³ CRUZ VILLALÓN, P., “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid sobre Identidad, Derecho y Política*. BOE, 2013, p. 505. Para Cruz por medio de la cláusula del artículo 4.2 TUE, los Tribunales nacionales han encontrado en el propio Derecho de la Unión el fundamento tanto de sus estatalidad como de su constitucionalidad específica, en p. 514.

⁸⁴ Apartado 240. Según el Tribunal Constitucional Federal alemán el control de la identidad pueden conducir a que el Derecho de la Unión, sea declarado inaplicable en Alemania. El Tribunal considera que “para proteger la viabilidad del ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación del Derecho constitucional

Pero al tiempo, cabe igualmente sostener que su inclusión en los Tratados permite al Tribunal de Justicia reivindicar que la identidad nacional de los Estados no es otra cosa que lo que él, como intérprete supremo del Derecho primario, decida⁸⁵.

Ciertamente, un importante sector doctrinal viene considerando que el Tribunal de Justicia no será libre de determinar unilateralmente el contenido de tal identidad constitucional nacional, y que para ello deberá contar con los tribunales superiores nacionales cuando interpretan los límites a la integración⁸⁶. La determinación del significado de la identidad nacional constitucional sólo se alcanzará en cada caso a través de un proceso de diálogo entre los tribunales implicados, pues si problemático es que el Tribunal de Justicia decida unilateralmente sobre el concepto de identidad nacional de un determinado Estado miembro, igualmente problemático sería que la interpretación se realizase exclusivamente por el Tribunal Constitucional respectivo, pues supondría elevar a cada uno de estos a la categoría de guardián del Derecho Constitucional de la UE. En efecto, si cada Tribunal Constitucional actuase de guardián de su respectiva identidad constitucional nacional podríamos asistir a una fragmentación del *ius commune* europeo y a una puesta en cuestión del propio principio de unidad que fundamenta el proceso de integración. Desde las perspectivas doctrinales favorables al diálogo entre cortes la específica dinámica de la integración europea debe llevar a que no exista una “última palabra” sino una determinación de la interpretación correcta a través de la cooperación y el diálogo⁸⁷.

Así se ha señalado que el respeto de la identidad nacional, primero reivindicada por los jueces nacionales⁸⁸ y luego convertida en exigencia por el propio Derecho de la Unión, en lugar de ser únicamente una norma de resistencia, se asemeja a una norma de convergencia entre ordenamientos jurídicos, pues en la medida en que es a un tiempo un concepto de Derecho de la Unión y un concepto de Derecho nacional es susceptible de ofrecer una respuesta al conflicto constitucional⁸⁹.

Ello supone que tanto el Tribunal de Justicia como los Tribunales constitucionales deben esforzarse por evitar el conflicto mediante aproximaciones excesivamente unilaterales. La solución a un posible conflicto, no procede, desde la perspectiva de los que defienden

abierta al Derecho europeo requiere, que el control de una vulneración de la identidad constitucional correspondan en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal (apartado 241).

⁸⁵ REQUEJO PAGÉS, J. L., “Identidad nacional e integración europea”, *Revista española de Derecho Constitucional* nº 100, 2014, p. 433.

⁸⁶ Así por ejemplo, en una de las partes más criticadas de la Sentencia *Lisboa*, el Tribunal Constitucional alemán identifica aquellos ámbitos materiales que son intransferibles por conformar la capacidad del Estado de determinar política y socialmente sus propias condiciones de vida y que la sentencia identifica con las decisiones sobre el Derecho penal material y formal (1), la capacidad de disposición sobre el monopolio de la fuerza, con respecto a la policía en el interior, y al ejército en el exterior (2), las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos – en especial también los motivados por la política social – (3), la conformación de las condiciones de vida en un Estado social (4), así como las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas (5).

⁸⁷ Sobre todo ello ver DÍEZ HOCHLEITNER, J. “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. WP IDEIR nº 17 (2013) o TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford Univ. Press, 2009.

⁸⁸ Por ejemplo, en las Sentencias de la Corte Constitucional italiana *Frontini* (1973) o *Granital* (1984), en las Sentencias del Tribunal Constitucional alemán *Solange I* (1974), *Solange II* (1986) o *Lisboa* (2009) o en la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español.

⁸⁹ MILLET, F.X. *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*. Tesis defendida en el Instituto Europeo de Florencia el 3 de diciembre de 2012.

el denominado pluralismo constitucional⁹⁰, del establecimiento de una autoridad última, sino de la aceptación de mecanismos de cooperación y diálogo entre las diversas autoridades.

Ciertamente no faltan visiones más escépticas que consideran que las apelaciones al diálogo entre tribunales no son sino una manera de eludir la cuestión fundamental que se plantea con el concepto de identidad constitucional nacional, la relativa a la soberanía⁹¹. En cuestión no está otra cosa que lo que le dijo Humpty Dumpty a Alicia⁹²: detrás del problema de quién puede determinar el significado último de las palabras (en nuestro supuesto la identidad nacional) está la verdadera pregunta ¿Quién es el que manda? La respuesta a tal pregunta no es otra que la determinación de quién es el soberano.

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

Para dar pasos ulteriores en los que la integración deje de encontrarse condicionada por las identidades nacionales quizá sea necesaria la reformulación del propio soberano, dando paso a un verdadero pueblo europeo, capaz de dar forma, a través de un acto constituyente, a un Estado federal europeo⁹³.

⁹⁰ Sobre el pluralismo constitucional ver *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, eds. Avbelj y Komárek, Hart Publishing, (Studies of the Oxford Institute of European & Comparative Law), 2012.

⁹¹ Rodríguez Iglesias y Valle Gálvez consideran que el conflicto radical entre las exigencias del ordenamiento comunitario y las de la Constitución de un Estado miembro no es susceptible de solución lógicamente satisfactoria, ya que tanto el Derecho comunitario como el Derecho constitucional nacional se autoafirman con la pretensión de primacía. Ahora bien, tal conflicto es en realidad puramente hipotético y tanto los Tribunales Constitucionales como el Tribunal de Justicia pueden y deben evitar que tal conflicto se produzca. RODRÍGUEZ IGLESIAS Y VALLE GÁLVEZ «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, 1997.

⁹² “Cuando yo uso una palabra --insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso-- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

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

--La cuestión --zanjó Humpty Dumpty-- es saber quién es el que manda..., eso es todo”.

En el libro *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí* de Lewis Carroll (1871)

⁹³ La fuente última del poder de las instituciones europeas y del ordenamiento que estas crean son los pueblos de Europa, pues, en tanto no exista un *demos* europeo al que imputar la cualidad de soberano, el fundamento de la legitimidad del poder público, incluido el asumido por las instituciones de la Unión Europea, parece continuar radicado en los pueblos de los Estados miembros que al actuar como poderes constituyentes han autorizado en sus normas fundamentales una transferencia limitada de competencias a las instituciones europeas.

Como ha recordado el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia *Lisboa* de 20 de junio de 2009, la Constitución formal de un Estado federal europeo sólo será posible a través del cambio del sujeto de legitimación democrática, a través de la intervención de un nuevo poder constituyente y la desaparición de los poderes constituyentes estatales por decisión propia (Sentencia *Lisboa*, de 20 de junio de 2009, apartado 334). Por decisión propia pues, ciertamente sin la voluntad de los distintos pueblos europeos expresamente declarada, no cabe que las instituciones nacionales democráticamente elegidas, los parlamentos nacionales, puedan crear por sí mismos, a través de las actuales cláusulas de apertura, un nuevo sujeto de

legitimación. Así, el tránsito desde la actual unión de Estados (Staatenverbund) a un Estado federal europeo no parece que pueda producirse a través de las vías constitucionalmente previstas para transferir competencias a las instituciones supranacionales, en el caso español por la vía del artículo 93 CE, sino a través de una reforma constitucional, en el caso español una reforma agravada de las previstas en el art. 168 CE, que desemboque en la fusión del actual soberano, el pueblo español, con los demás soberanos, los pueblos de los Estados miembros, dando, así lugar, a un nuevo soberano, el pueblo europeo, al que imputar el fundamento último de la legitimidad del poder público.