

# **Los derechos fundamentales de la Unión Europea en perspectiva constitucional: Un proceso en construcción<sup>1</sup>**

Ana Carmona Contreras

Profesora titular (acreditada como catedrática) de Derecho Constitucional

Universidad de Sevilla

**Sumario:** 1. Los derechos y el Tratado de Lisboa: continuidad y transformación; 2. El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión; 3. Los principios inspiradores del sistema de derechos fundamentales: La dialéctica autonomía versus pluralismo (artículo 6 TUE); 4. Elementos configuradores y parámetros de integración del contenido de los derechos (artículo 52 CDFUE): *4.1 Los derechos del CEDH como umbral mínimo; 4.2 Las tradiciones constitucionales comunes como criterio interpretativo; 4.3 La referencia al ámbito infraconstitucional interno: Las legislaciones y prácticas nacionales;* 5. La definición del nivel de protección de los derechos fundamentales: A vueltas con el artículo 53 CDFUE

## **1.- Los derechos y el Tratado de Lisboa: continuidad y transformación**

Tomando como referencia directa la aquilatada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, los Tratados de Niza (2000) y el Proyecto de Constitución Europea (2004) llevaron a cabo sendos intentos constitucionalizadores que, sin embargo, no lograron salir adelante. Hay que esperar a 2009, año en el que entra en vigor el Tratado de Lisboa<sup>2</sup>, para que la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea (UE) se lleve efectivamente a cabo. El artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) proclama expresamente un *Bill of Rights* europeo -“la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad “Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: De la Carta de DDFF a las Constituciones, pasando por el CEDH” (DER2013-41303-P).

<sup>2</sup> La denominación Tratado de Lisboa (aprobado en 2007) no se refiere a un único texto normativo. Bajo tal rúbrica se integran el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), diversos Protocolos, así como distintas Declaraciones que acompañan a aquéllos.

de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo”- al que se confiere el máximo rango normativo, reconociéndole “el mismo valor jurídico que los Tratados”.

Una adecuada comprensión del fenómeno aludido exige tener presente que, como pone de manifiesto la propia dicción literal del artículo 6.1 TUE, la regulación de los derechos fundamentales por parte del derecho primario no opera en el vacío ni crea *ex novo* un sistema desconocido para el ordenamiento jurídico de la UE<sup>3</sup>. Antes bien, el salto de los derechos al máximo nivel normativo nos sitúa ante el punto de llegada de un largo proceso de construcción<sup>4</sup> que se remonta muy atrás en el tiempo -arranca con la sentencia *Stauder* (1969)<sup>5</sup>- y que ha contado para su desarrollo con el esencial impulso creativo del Tribunal de Justicia de la Unión<sup>6</sup>. Buena prueba de ello, según se constatará más adelante, es que las previsiones que recoge la normativa aprobada en Lisboa a la hora de definir el contenido de los derechos viene a asumir el elenco de elementos configuradores acuñado paulatinamente por la Corte de Luxemburgo en su jurisprudencia. Con la normativización, pues, se formaliza y sistematiza un corpus de derechos y una comprensión de los mismos que ya existía con anterioridad.

El evidente elemento de continuidad inherente a este modo de proceder, sin embargo, no sólo no puede soslayar sino que ha de conjugarse necesariamente con la potente carga transformadora que se desprende de la constitucionalización de los derechos, colocándolos en el núcleo del universo comunitario y confiriéndoles una renovada capacidad para permear y condicionar las actuaciones de las instituciones europeas y sus normas. El punto de llegada, de esta forma, no puede considerarse como

---

<sup>3</sup> M. Cartabia, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, vol. 5/1, 2009, p. 15.

<sup>4</sup> Un proceso de constitucionalización que para L. Gordillo / G. Martinico, *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 19 debe entenderse como expresión de la “progresiva humanización” del ordenamiento jurídico comunitario.

<sup>5</sup> STJ de 12 de noviembre de 1969, 29/69, asunto *Stauder*.

<sup>6</sup> De hecho, ha sido la construcción pretoriana de los derechos por parte del Tribunal de Justicia la que ha ido marcando el paso a la progresiva y fragmentaria incorporación de los derechos a los tratados comunitarios. Así se pone de manifiesto en el contenido del artículo F del Tratado de la Unión Europea firmado en 1992 en Maastricht: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario”.

un punto y seguido. Ello equivaldría a afirmar que todo ha cambiado para que todo permanezca igual. Desechada tal opción meramente continuista tampoco cabe afirmar que estemos ante un punto final que proporciona una imagen definitiva del sistema de derechos fundamentales aplicable en el espacio de la Unión. Muy al contrario, cerrada una puerta se abre otra y ésta nos sitúa directamente ante la compleja problemática inherente a la operación *iusfundamentalizadora* que, desde su arranque, está generando tensiones relacionales con los sistemas de derechos preexistentes en el espacio europeo, muy señaladamente con los de cuño constitucional interno. Atendiendo precisamente a dicha problemática este trabajo se propone realizar un breve recorrido analítico por algunos de los frentes conflictivos que en la actual fase de construcción del sistema europeo de derechos se están poniendo de manifiesto. Más concretamente, dedicaremos una atención preferente a tres cuestiones: por un lado, la determinación del ámbito de aplicación en el que tales derechos gozan de operatividad y que, por lo tanto, delimita su terreno de actuación. Por otro, la definición del contenido de los derechos fundamentales de la Unión y su interacción con el proclamado por los *otros* textos constitucionales que operan en el ámbito de la Unión. Finalmente, abordaremos la espinosa cuestión de cómo determinar cuál ha de ser el nivel de protección que corresponde a los mismos en caso de discrepancias entre el estándar definido por la Carta/CEDH y las Constituciones nacionales.

## **2. El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales europeos :**

De entrada no cabe perder de vista una idea que por obvia no deja de ser determinante, a saber, que los derechos fundamentales alcanzan la mayoría de edad en la UE en un escenario en el que los Estados miembros cuentan, y siguen contando a día de hoy, con sus propias declaraciones de derechos. Unas declaraciones nacionales que en su superior configuración constitucional muestran una inicial vocación omnicompreensiva y a las que la Carta no aspira a sustituir *tout court*. En efecto, los derechos de la Unión presentan por definición un radio de acción doblemente limitado. Desde la perspectiva del funcionamiento de la Unión porque como el propio artículo 6.1 in fine TUE dispone: “Las disposiciones de la Carta *no ampliarán* en modo *alguno las competencias de la Unión* tal como se definen en los Tratados” (cursiva nuestra).

Cerrando el paso a cualquier duda que pudiera plantearse al respecto, el artículo 51.2 CDFUE, asume una actitud más incisiva, formulando un abierto compromiso con

el principio de contención competencial que rodea la afirmación de los derechos UE: “La presente Carta *no amplía* el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión *más allá de las competencias* de la Unión, *ni crea ninguna competencia* o misión nuevas para la Unión, *ni modifica las competencias* y misiones definidas en los Tratados” (cursiva nuestra).

Resulta claro, pues, que el radio de acción de los derechos contenidos en la Carta queda circunscrito en primer lugar únicamente al ámbito de las competencias de la Unión, sin que puedan penetrar el terreno de aquellas otras que, por no haber sido cedidas por los Estados, permanecen incardinadas en la esfera de su soberanía. Este modo de plantear la cuestión de los derechos asume sin fisuras el principio de atribución (artículo 5.1 TUE<sup>7</sup>), en tanto que principal eje vertebrador del sistema europeo de competencias. En virtud del mismo el artículo 5.2 TUE dispone lo siguiente: “La Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

Esta aproximación al tema justifica que al definir la identidad de los destinatarios de los derechos fundamentales de la Unión el artículo 51.1 CDFUE mencione en primera instancia “a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del principio de subsidiariedad”. Obsérvese que la acción de la Unión, aún dentro del radio de sus competencias queda sometida a un límite ulterior, puesto que ha de respetar adicionalmente el principio de subsidiariedad<sup>8</sup>. Centrándonos en el mandato

---

<sup>7</sup> “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

<sup>8</sup> Sobre la operatividad y ámbito funcional del principio de subsidiariedad, el artículo 5.3 TUE dispone: “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo (sic. número 2)”. Una completa panorámica de dicho principio se encuentra en M. Rodríguez-Izquierdo Serrano, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, especialmente pp. 260/274 y 336/359.

genérico que este precepto contiene, la idea esencial a subrayar es que el respeto de los derechos opera como inexcusable condición de legalidad de las normas y actos adoptados por los entes aludidos. Se reafirma, pues, su estatus de parámetro de control en la valoración de los actos adoptados por las instituciones de la Unión. Su naturaleza de derecho primario se impone como canon de validez de las normas derivadas.

Por su parte, los Estados miembros también van a quedar vinculados por los derechos, pero en este segundo supuesto el mandato contenido en el artículo 51.1 CDFUE en torno a la operatividad de las disposiciones de la Carta incorpora una segunda y asimismo, sustancial modulación al afirmar que ésta se activa “*únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*”. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” (cursiva nuestra).

La previsión relativa al respeto de los derechos por parte de los Estados cuando aplican la normativa europea recoge expresamente la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Wachauf* (1989)<sup>9</sup>. En dicha resolución se abordaba la cuestión de la “aplicación” tomando en consideración la actividad desarrollada por el Estado miembro cuando actúa como “agente de la Unión”, esto es, cuando adopta normas internas que son requeridas por disposiciones comunitarias (transponiendo directivas o desarrollando otro tipo de normas europeas). En tal caso, el Estado se comporta como instancia ejecutiva o ejecutora del derecho europeo, lo cual abre la puerta para la incorporación del mismo a su ordenamiento<sup>10</sup>.

Una segunda vertiente inherente al concepto “aplicación” es la que se contempla en la sentencia *ERT* (1991)<sup>11</sup>, considerando que cuando un Estado adopta una medida

---

<sup>9</sup> STJ de 13 de julio de 1989, 5/88, asunto *Wachauf*.

<sup>10</sup> El planteamiento del Tribunal adopta la doctrina de la “incorporation” utilizada por el Tribunal Supremo de los EE.UU. y en cuya virtud los derechos de la Constitución de la Federación son incorporados a los ordenamientos de los estados que la integran a través de la normativa de aplicación por éstos del derecho central. Sobre el paralelismo existente entre ambos planteamiento, por todos, vid. B. De Witte, “The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights”, en P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 873.

<sup>11</sup> STJ de 18 de junio de 1991. C-260/89. asunto *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*.

que supone una excepción a alguna de las cuatro libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, entonces hay que estimar que aquélla se incluye en el ámbito de aplicación del derecho comunitario y, consecuentemente, debe ser conforme con los derechos fundamentales de la Unión.

Un posterior hito en el desarrollo del contenido atribuido a la noción de “aplicación/implementación” se encuentra en la sentencia *Akerberg Fransson* (2013)<sup>12</sup>, en la que el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado que una norma estatal incluida en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión también queda obligada a respetar la Carta. Sobre la base de tal razonamiento expansivo se ha abierto una puerta para un potencial incremento de la eficacia vinculante de ésta, afirmándose que “la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta”. A la luz de esta novedosa aproximación jurisprudencial es posible mantener que el concepto de “aplicación” recogido por el artículo 51.1 CDFUE no agota su virtualidad en el terreno estricto de las actividades de ejecución normativa de normas comunitarias que llevan a cabo los Estados. Junto a éstas, pasan a incluirse también aquellas regulaciones y acciones estatales que tienen lugar en el ámbito de aplicación del derecho europeo<sup>13</sup>.

La forma en la que se comporta el derecho de la Unión con respecto a la materia que han de aplicar los Estados, determinando plenamente la acción estatal (armonización normativa) o, por el contrario, dejándoles margen de apreciación a la hora de su aplicación (normativa europea no armonizada), va a erigirse en criterio determinante de cara a delimitar el espacio accesible a las previsiones nacionales. O lo

---

<sup>12</sup> STJ de 26 de febrero de 2013, C-617/10, asunto *Akerberg Fransson*.

<sup>13</sup> Esta aproximación jurisprudencial ha sido objeto de incisivas críticas por parte de la doctrina. Así, F. Fontanelli, “*Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*”, *European Constitutional Law Review*, 9, 2013, p. 326, llama la atención sobre el peligro inherente a la misma, afirmando que “this assumption would turn Article 51 of the Charter, a clause that expressly defines itself as a safeguard against competence-creep, into a sort of ‘implicit powers’ portal”. Por otra parte, como el mismo autor pone de manifiesto, al hilo de un caso en el que se trataban cuestiones referidas a la regulación de una base de datos anti-terroristas, la argumentación del TJUE en *Fransson* ha suscitado importantes reservas en el seno del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*), considerando que “*Fransson* would then be tantamount to an ‘obvious’ *ultra vires* act threatening the system of fundamental rights protection in member states” (pp. 315, 316, 327-331).

que es lo mismo, si se adopta la perspectiva inversa, dicho espacio marcará los límites de la aplicabilidad de la Carta frente a las regulaciones nacionales. A este respecto, como tendremos ocasión de ver al tratar la cuestión del nivel de protección, en el primer caso (armonización europea), las regulaciones estatales de derechos fundamentales quedan desplazadas por lo dispuesto en la Carta (sentencia *Melloni*<sup>14</sup>). En el segundo (no armonización), por el contrario, la normativa interna más protectora<sup>15</sup> podrá mantenerse frente a lo dispuesto por la regulación europea sólo si de ello no se deriva un riesgo para la primacía, unidad y eficacia del derecho de la Unión<sup>16</sup>.

### **3. Los principios inspiradores del sistema de derechos fundamentales: La dialéctica autonomía versus pluralismo (artículo 6 TUE)**

Como ya se ha apuntado, la partida de la articulación entre sistemas de derechos en el espacio europeo se juega a tres bandas (UE-CEDH-Constituciones nacionales) y se lleva a cabo un contexto relacional esencialmente dinámico en el que resulta imprescindible determinar pautas operativas que orienten la armónica convivencia entre los actores concernidos. A este respecto, el artículo 6 TUE se muestra como referente fundamental, al proporcionar los componentes principales que configuran la hoja de ruta a seguir. Así, en el párrafo final de su primer apartado se incorpora una decidida apuesta a favor del principio de autonomía, estableciendo: “Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones

---

<sup>14</sup> STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*.

<sup>15</sup> Si el nivel de protección interno fuera menor al ofrecido por la Carta, ésta prevalecerá, aunque el Estado disponga de margen para la implementación de la norma europea. Así se ha puesto expresamente de manifiesto en *Fransson*. Coincidimos con la valoración de D. Sarmiento, “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, 2013, p. 1294, cuando sostiene que en estos supuestos la Carta “plays a subsidiary rule, waiting to enter the scene in case national standards are inferior to those of the Charter. ... if the Charter goes beyond the standards set by the internal legal order in an area governed by EU law, the former will display its protective force”.

<sup>16</sup> Razona acertadamente D. Sarmiento, “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new framework of Fundamental Rights Protection in Europe”, *ob. cit.*, p. 1295 que estamos ante “a safeguard clause, an exceptional remedy for situations where the ordinary application of Article 53, as interpreted in *Åkerberg Fransson*, might lead to severe breach of constitutionally protected principles inherent in the EU's legal order. In principle,

generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”<sup>17</sup>.

Queda sentada una fundamental premisa según la cual se afirma que para el desarrollo de las tareas interpretativas de los derechos fundamentales UE se ha de acudir a lo establecido por un preciso manual de instrucciones de carácter interno: las disposiciones del Título VII de la Carta. Es la voluntad normativa de la Unión la que dota a los actores europeos de los materiales de construcción a la hora de discernir el contenido de los propios derechos, determinando su alcance y operatividad. Ya desde la fundamental sentencia *Stauder* (1969)<sup>18</sup>, en la que el Tribunal afirmó la existencia de los derechos en el ordenamiento comunitario bajo la veste de principios generales<sup>19</sup>, quedó establecido que el canon para apreciar la validez de los actos de las instituciones europeas se encuentra en dicho ordenamiento y no en los de los Estados miembros. De este modo, los derechos proclamados por las Constituciones estatales no operan como parámetro directo sino, antes bien, como referentes de índole mediata en la tarea de determinar los límites de las actuaciones europeas. La vocación de primacía que define al derecho de la Unión en su ámbito de competencia –tempranamente afirmada en la sentencia *Costa contra Enel* (1964)<sup>20</sup>-, así como la necesidad de preservar su unidad y

---

these circumstances should be exceptional, and the safeguard clause should thus act as the equivalent to the Solange clauses developed by national constitutional courts”.

<sup>17</sup> El apartado 7 del artículo 52 CDFUE aporta el último de los instrumentos al servicio de la interpretación de los derechos: “Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”. Del tenor literal del precepto se infiere el carácter auxiliar de las explicaciones al establecerse un deber matizado de atención. Esta aproximación a las explicaciones conduce a afirmar que las mismas están desprovistas de valor legal.

<sup>18</sup> STJ de 12 de noviembre de 1969, 29/69, asunto *Stauder*.

<sup>19</sup> Esta resolución supone un crucial punto de inflexión, superando la jurisprudencia precedente (sentencias *Stork* y *Comptoirs de Vente*) en la que el Tribunal negó expresamente la existencia de derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Sobre tal fase “negacionista”, vid. A. Carmona Contreras, “La tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea por el Tribunal de Luxemburgo”, en R. Romboli y M. Labanca Corrêa de Araújo (orgs.), *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdiccional dos Direitos Fundamentais*, Arraes, Belo Horizonte, 2015, pp. 352-355.

<sup>20</sup> STJ de 15 de julio de 1964, 6/64, asunto *Costa c. Enel*, en donde se razonaba que la normativa comunitaria se integra en los ordenamientos nacionales, que está obligados a respetarla (principio de primacía). De este modo, si una disposición interna es contraria a lo



efectividad excluye que éste quede supeditado o sometido al derecho nacional. Una nueva y rotunda afirmación en este sentido volvió a formularse en *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)<sup>21</sup>, afirmándose un concepto absoluto de primacía en cuya virtud se proclama que “el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y eficacia del Derecho comunitario”.

En una línea similar, aunque recurriendo a una formulación más contundente, la sentencia *Hauer* (1979)<sup>22</sup> zanja el paso a cualquier duda al respecto argumentando lo siguiente: “la cuestión relativa a un atentado de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades *no puede ser apreciado más que en el marco del Derecho Comunitario mismo*. La introducción de criterios de apreciación particulares, *procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado*, por el hecho de *atentar a la unidad material y a la eficacia del Derecho Comunitario*, tendría por efecto, irremisiblemente, *quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad*” (cursiva nuestra).

Es en este contexto preliminar de autoafirmación normativa en el que se enmarca el expreso tributo al pluralismo<sup>23</sup> que se manifiesta en los siguientes apartados del artículo 6 TUE. Reproduciendo el orden de prioridades normativas establecido por la jurisprudencia comunitaria en etapas precedentes, el primer referente va a ser el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La vinculación con el mismo se formula a través del compromiso inequívoco<sup>24</sup> contenido en el apartado 2: “La Unión se adherirá

---

establecido por el Derecho europeo, aquélla deberá ser inaplicada dándose preferencia a éste. Los términos de la relación se articulan sobre la base del principio de competencia y aplicación, no de jerarquía y nulidad, lo que explica que la normativa estatal no quede anulada ni tampoco derogada por la primacía comunitaria. Su efecto, por el contrario, se manifiesta en el ámbito de la inaplicación.

<sup>21</sup> STJ de 17 de diciembre de 1970, 11/70, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>22</sup> STJ de 13 de diciembre de 1979, 44/79, asunto *Hauer*.

<sup>23</sup> Sobre el principio pluralista, sigue siendo referencia obligada N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999, especialmente p. 120 y ss.

<sup>24</sup> Compromiso que, sin embargo, en el pasado se topó con el rechazo explícito manifestado en el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH, el cual rechazó la competencia de ésta para adherirse al Convenio. Se afirmó entonces que la adhesión

al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.

Aunque la mera lectura del precepto permitiría inferir una postura de la Unión limitada a la mera adhesión al Convenio, la realidad es muy diversa. Para zanjar tal impresión inicial basta con atender a las distintas disposiciones que vienen a marcar de forma muy exigente la senda por la que habrá de discurrir dicho proceso<sup>25</sup>. Abre la serie, la Declaración 2 que acompaña al Tratado de Lisboa, específicamente dedicada al artículo 6.2 TUE, al establecer que la adhesión “deberá realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión”. A su vez, el Protocolo número 8 (también relativo al artículo 6.2 TUE) contiene dos previsiones que insisten en la necesidad de salvaguardar “las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión” en el establecimiento de recursos ante el Tribunal de Estrasburgo (artículo 1) y, asimismo, en la no afectación de sus competencias y atribuciones (artículo 2). Desde una perspectiva procedimental, debemos llamar la atención sobre el especial énfasis que incorpora el artículo 218.8 *in fine* TFUE, al exigir que el Consejo se pronuncie “por unanimidad sobre el acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH” y, asimismo, subordinar la entrada en vigor de la decisión de celebrar dicho acuerdo a su previa aprobación “por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

El carácter de evento todavía futuro e hipotético que presenta la adhesión de la UE al CEDH<sup>26</sup> en modo alguno viene a eclipsar la nota de apertura que es consustancial

---

requeriría necesariamente una reforma del Tratado que contemplara expresamente dicha competencia.

<sup>25</sup> Para un completo análisis de la compleja problemática que plantea la adhesión de la UE al CEDH vid., por todos, J. Martín y Pérez de Nanclares, “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica”, *Working Paper on European Law and Regional Integration*, IDEIR, nº 14, 2012.

<sup>26</sup> En su reciente Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado de forma muy crítica sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de 25 de abril de 2013). Solventada la cuestión de la competencia de la UE para la adhesión, el Tribunal llama la atención sobre los problemas que desde distintas perspectivas plantea para la primacía, la unidad y efectividad del derecho de la Unión el referido proyecto de acuerdo de adhesión.

al sistema de derechos de la Unión desde sus orígenes, según se desprende del contenido del apartado 3 del artículo 6 TUE: “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”<sup>27</sup>.

Gracias a esta fundamental disposición, auténtica clave de bóveda del sistema de derechos UE<sup>28</sup>, se ampara la tradicional heteronomía que lo caracteriza y gracias a la cual éste se dota de una esencial herramienta que le permite mantener esa actitud receptiva hacia el contexto circundante de derechos que le imprime un carácter dinámico y en constante evolución. En efecto, ya en la referida sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)<sup>29</sup>, el Tribunal tras haber afirmado la autonomía de las normas comunitarias como único parámetro de validez, se referirá expresamente a las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” confiriéndoles la cualidad de fuente inspiradora a la que recurrir para determinar el contenido de los derechos comunitarios. El siguiente paso en la apertura del espectro lo encontramos en el caso *Nold* (1974)<sup>30</sup>, en el que vino a incluirse en el catálogo de referentes inspiradores a “los tratados internacionales, relativos a la protección de los Derechos del Hombre en los que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido”. Asimismo, el valor de los estándares nacionales de protección quedarán reforzados cuando se afirma que el ordenamiento comunitario “no admitirá medidas incompatibles con los derechos fundamentales y garantizados por las Constituciones de los Estados”. La vía para la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos quedaba, de este modo,

---

<sup>27</sup> Nótese la diferencia en la dicción literal empleada por este precepto y su antecesor en Maastricht. La afirmación de un deber de respeto –“La Unión respetará”- que contiene éste (artículo F) se transforma en una operación de asunción –“formarán parte”.

<sup>28</sup> S. Iglesias Sánchez, “The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights”, *Common Market Law Review*, 49 (5), 2012, p. 1576.

<sup>29</sup> STJ de 17 de diciembre de 1970, 11/70, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>30</sup> STJ de 14 de mayo de 1974, 4/73, asunto *Nold v Comisión*.

despejada y muy poco después, en la sentencia *Rutili* (1975)<sup>31</sup> se produjo de forma expresa.

Este modo de argumentar que confiere a los elementos aludidos el carácter de principios inspiradores de los derechos comunitarios va a incorporarse expresamente al TUE, dotando a este ordenamiento de un fecundo método para integrar en su seno el sustrato común que es compartido por los actores concernidos en el espacio europeo (CEDH y Constituciones de los Estados miembros). La cuestión ahora es dilucidar en qué medida y con qué intensidad se engarzan estos elementos externos en el núcleo del contenido de los derechos proclamados por la Carta.

#### **4. Elementos configuradores y parámetros de integración del contenido de los derechos (artículo 52 CDFUE)**

Ha quedado de manifiesto en las consideraciones hasta aquí desarrolladas que el principio de autonomía existencial del sistema comunitario de derechos no se erige en obstáculo para que éste se abra hacia otros ordenamientos. Asimismo, se ha puesto de relieve que dicha actitud receptiva no puede interpretarse como ausencia de una voluntad rectora de carácter autorreferencial. Se trata de una apertura autoimpuesta y buena prueba de ello es el contenido del artículo 52 de la Carta<sup>32</sup> en donde confluyen claramente ambas vertientes. En lo referido al principio de autonomía, el apartado 2

---

<sup>31</sup> STJ de 28 de octubre de 1975, 36/75, asunto *Rutili*.

<sup>32</sup> Con respecto a la regulación de los derechos la Carta mantiene los rasgos definidores básicos trazados por el Tratado Constitucional. En el terreno de las garantías objetivas, se establece (apartado 1) el principio de reserva de ley para la regulación de los derechos, con el límite del respeto al contenido esencial de los mismos. Toda limitación prevista por la regulación normativa habrá de respetar el principio de proporcionalidad. La impronta constitucional que permea esta previsión es evidente, asimilando el régimen de garantías objetivas de los derechos de la Unión al que recogen las Constituciones de los Estados miembros. Por su parte, la actividad reguladora aparece vinculada por el respeto a un núcleo preexistente (el contenido esencial) que actúa como límite invulnerable y se atribuye a la ley en tanto que fuente dotada de una mayor carga de legitimidad democrática. Una aproximación diversa se constata en relación con los principios con respecto a los cuales el apartado 5 del artículo 52 contempla un nivel de garantías objetivas decididamente más laxo, permitiendo que su aplicación se lleve a cabo “mediante actos legislativos y ejecutivos” en el caso de la Unión, y simplemente “por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Los principios, por lo demás, aparecen desprovistos de eficacia directa, ya que “sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”. Sin desarrollo normativo previo, pues, no son susceptibles de tutela judicial.

denota una claridad meridiana al disponer que “Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”<sup>33</sup>. Vuelve a constatarse de nuevo que es el propio ordenamiento europeo la fuente primigenia de legitimidad de los derechos, el referente directo a tener en cuenta a la hora de determinar su alcance y alcance.

#### *4.1 Los derechos del CEDH como umbral mínimo*

La ya aludida línea de apertura se confirma y desarrolla con la referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos contenida en el apartado 3 al disponer lo siguiente: “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”. Partiendo de la eventualidad del reconocimiento de una serie de derechos similares en ambos textos<sup>34</sup>, se va a tender un puente hacia la asimilación por parte de la Carta. En efecto, el sistema de la UE, en una muestra de máxima deferencia y respeto, recibe y hace suyos el contenido de los derechos proclamados por el Convenio y la interpretación que de los mismos lleva a cabo su máximo intérprete, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ahora bien, tal adopción no es incondicional ni tampoco absoluta, puesto que como la propia norma se encarga de aclarar en su inciso final: “Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una *protección más extensa*” (cursiva nuestra).

---

<sup>33</sup> Desde *Stauder* la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha mantenido constante a este respecto.

<sup>34</sup> Repárese en que la expresión “En la medida en que...” pone de manifiesto que el elenco de derechos contemplados por la Carta no coincide plenamente con los proclamados por el CEDH, presentando aquélla un contenido más amplio que éste. Así se confirma en las Explicaciones que acompañan a la Carta cuando, al hilo del tema planteado, a modo de premisa se afirma que “no se reproducen aquellos derechos que vienen a añadirse a los del CEDH” e inmediatamente a continuación se incorporan dos listados de artículos en donde se cotejan las correspondencias entre los derechos de la Carta y los del CEDH: un primer listado que contiene los artículos de la Carta “cuyo sentido y alcance son los mismos que los artículos correspondientes al CEDH”. Y un segundo que hace referencia a los “artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio”.

Queda claro, pues, que la consideración que la Carta atribuye al contenido de los derechos del Convenio es la de un estándar mínimo. O para decirlo con otras palabras, los derechos de la Unión se identifican con los existentes en el CEDH como punto de partida necesario e inexcusable, una suerte de contenido esencial cuyo respeto vincula a modo de umbral mínimo a la normativa europea. El respeto de tal contenido, sin embargo, como la propia norma de la Carta afirma de forma explícita, no agota ni impide que ésta dote a los derechos de una configuración más amplia.

#### *4.2 Las tradiciones constitucionales comunes como criterio interpretativo:*

Por su parte, las tradiciones constitucionales comunes despliegan un rol más matizado, circunscribiendo su eficacia al ámbito de lo hermenéutico. En los supuestos en que las mismas operan como punto de partida para el reconocimiento de ciertos derechos, la norma prevé un deber de interpretación armónica con respecto a las mismas, según se desprende de la dicción literal utilizada por el apartado 4 del artículo 52, cuando prevé que los “derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, ..., se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

El contraste con respecto al CEDH resulta patente, constatándose en el supuesto de las tradiciones una menor vinculación por parte de la Unión y, consecuentemente, una mayor cuota de autonomía. Como ya tuvimos ocasión de referir con anterioridad, en la ya tantas veces citada sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* el tribunal hizo hincapié en la siguiente idea: “la salvaguardia de los derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad”.

Llegados a este punto se impone llevar a cabo dos aclaraciones en torno a la percepción e inserción de las “tradiciones constitucionales comunes” en el sistema de derechos europeos. Una primera de índole sustancial, interrogándonos acerca del entendimiento que éstas reciben. Otra ulterior, de matriz adjetiva, tomando en consideración de qué manera o a través de qué vía dichas tradiciones se plantean ante la jurisdicción de Luxemburgo. En relación con la primera de las cuestiones apuntadas, debemos hacer hincapié en una circunstancia fundamental referida a la actitud que en la

apreciación de la tradiciones constitucionales comunes adopta el Tribunal de Justicia, excluyéndose de entrada la asimilación automática de aquel "mínimo común denominador" existente y que es compartido de forma mayoritaria por parte de los Estados miembros con respecto a un derecho. La pauta seguida, por el contrario, es la de aplicar un método selectivo en virtud del cual sólo se incorporarán al ordenamiento comunitario aquellos elementos internos que siendo comunes denoten una mayor sintonía con las exigencias comunitarias. El objetivo, como indican las Explicaciones que acompañan a este preciso apartado del artículo 52, es llevar a cabo una interpretación de los derechos de la Carta que “ofrezca un elevado nivel de protección que resulte *apropiado* para el Derecho de la Unión y esté en *armonía* con las tradiciones constitucionales comunes” (cursiva nuestra).

La segunda cuestión aludida, referida a la vía de acceso de las tradiciones ante la jurisdicción comunitaria, nos sitúa directamente ante la necesaria articulación entre jurisdicciones, esto es, al fenómeno del “diálogo entre jueces”. A este respecto no cabe perder de vista que el Tratado de Lisboa no ha modificado sustancialmente la consideración del Tribunal de Luxemburgo como instancia jurisdiccional *ratione materiae* al que se atribuyen tareas de control eminentemente normativo. Esta vertiente objetiva resulta todavía en la actualidad predominante, sin que la constitucionalización de los derechos fundamentales haya traído consigo la previsión de un recurso específico de tutela subjetiva que permita a los individuos acceder ante dicho órgano. La única vía directa es el recurso de anulación (artículo 263 TFUE), un cauce procesal cuyo objeto es controlar la legalidad de la normativa comunitaria y que sólo resulta accesible a los particulares cumpliendo los rigurosos requisitos previstos<sup>35</sup>. La idea de fondo sigue

---

<sup>35</sup> “Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, ..., contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. Los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos”. A este respecto, debe reseñarse el avance que supone el hecho de que el Auto 6.9.2011 del Tribunal General, Asunto C-583/11P, Caso *Inuit Tapiriit Kanatami y otros c. Comisión y Consejo* proporcione una definición de “acto reglamentario” no sólo a los efectos de la previsión contenida en el artículo 263.4 TFUE sino también teniendo en cuenta que la misma se incardina en el marco del sistema de fuentes definido por el Tratado de Lisboa. De tal afirmación, sin embargo, no cabe deducir un efecto de flexibilización en torno a los requisitos formulados en sede jurisdiccional en materia de legitimación de los particulares en el recurso de anulación.

siendo que esa protección subjetiva corresponde a los Estados miembros al quedar constreñidos a establecer “las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión” (artículo 19.1.2 TUE).

Esta forma de abordar la cuestión da pie para que los jueces nacionales se consideren piezas esenciales del poder judicial comunitario, asumiendo la condición de garantes naturales del derecho europeo. Tal precomprensión explica también que la vía preferente a través de la que se han planteado ante el Tribunal de Justicia los conflictos en materia de derechos subjetivos haya sido –y siga siendo en la actualidad- la cuestión prejudicial, regulada en el artículo 267 TFUE:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”<sup>36</sup>.

Así pues, ya sea con carácter interpretativo de los tratados o desarrollando una actividad de control sobre la validez del derecho derivado a aquéllos, la cuestión prejudicial permite crear un contexto relacional dinámico en el que gracias al impulso de las jurisdicciones nacionales la perspectiva normativa interna queda directamente expuesta ante la máxima instancia judicial comunitaria. A través de este vehículo, el Tribunal de Luxemburgo tiene un conocimiento directo de los elementos configuradores de los derechos fundamentales proclamados por los ordenamientos constitucionales que le permite desarrollar la tarea de decantación sobre qué haya de entenderse por “tradiciones constitucionales comunes”. En su condición de máximos garantes de los derechos fundamentales nacionales, los Tribunales Constitucionales están llamados a

---

<sup>36</sup> Cierran el artículo 267, los siguientes apartados: “Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.



asumir un rol protagonista en este ámbito, abriendo canales de entendimiento con la Corte de Justicia que permitan imprescindibles sinergias de colaboración<sup>37</sup>.

#### *4.3 La referencia al ámbito infraconstitucional interno: Las legislaciones y prácticas nacionales*

La mirada a los sistemas estatales, empero, no se circunscribe exclusivamente al nivel constitucional, adoptándose una perspectiva más amplia que permite trascender hasta el plano de la legalidad ordinaria, según se desprende de la previsión contenida en el apartado 6 del artículo 52 CDFUE: “Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta”.

No plantea dudas el hecho de que la aludida plenitud a la hora de tomar en consideración los referentes internos mencionados no lo es tal, debiendo entenderse en términos puramente relativos, puesto que en modo alguno se activará cuando de ello se derive un riesgo para la primacía, unidad y efectividad del derecho europeo en su ámbito de actuación. Quiere decirse que en la esfera en la que la Unión ejerce sus competencias, los Estados aplican normas europeas o las normas internas se inscriben en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, la legislación o prácticas internas operan como un canon interpretativo que se toma en consideración dentro de los límites aludidos. La pretendida plenitud deben entenderse condicionada a su ajuste con los parámetros europeos.

### **5. La definición del nivel de protección de los derechos fundamentales: A vueltas con el artículo 53 CDFUE**

Una vez acotado el ámbito de aplicación de los derechos de la Unión y tras haber presentado los elementos de los que éstos se nutren, la siguiente cuestión a considerar aparece referida al nivel de protección del que disfrutan. Vista la dialéctica que se entabla entre los principios de autonomía y pluralismo que configuran el sistema

---

<sup>37</sup> M. Cartabia, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *ob. cit.*, p. 26, acota perfectamente los términos en los que ha de entenderse la función a desarrollar por los órganos nacionales de justicia constitucional: “The specific mission of the constitutional courts *does not only imply the defence of the constitutional values* when they are attacked, but also to *promote them as a necessary part of the construction of Europe*” (la cursiva es nuestra).

comunitario de derechos, la eventualidad de que en la práctica se produzcan fricciones interordinamentales, como consecuencia de la existencia de diferentes estándares de protección está servida. Consciente de tal heterogeneidad sustancial y del sesgo conflictual inherente a la misma, el artículo 53 de la Carta establece la siguiente disposición: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

Una primera lectura de este precepto conduce a afirmar que estamos ante una típica cláusula de *non regression* característica en el ámbito del Derecho Internacional Público<sup>38</sup> en cuya virtud se excluye una interpretación de la Carta que implique la rebaja en el nivel de protección de los derechos fundamentales recogidos en los textos normativos aludidos. Esta percepción inicial que desplazaría el menor estándar de protección reconocido a un derecho en el ámbito de la Unión dando prioridad al nivel superior existente en otros sistemas normativos aplicables, sin embargo, no se ajusta a los perfiles existenciales del Derecho de la Unión que, como ya sabemos, pone como límite a la heteronomía la necesidad de mantener incólumes los principios de primacía, eficacia y unidad. Así pues, en caso de conflicto internormativo ¿qué disposición deberá prevalecer?, ¿quién está legitimado para decir la última y definitiva palabra? Porque, como bien se ha señalado desde la doctrina, aunque la referencia a las “constituciones de los Estados miembros” cumple el importante objetivo político de aclarar que las Constituciones nacionales no serán reemplazadas por la Carta, al mismo tiempo encierra una directa amenaza a la primacía del derecho comunitario<sup>39</sup>.

A la luz de las consideraciones expuestas anteriormente, es posible afirmar que la hipótesis de conflicto entre la Carta y el CEDH, una vez asumido el estándar mínimo

---

<sup>38</sup> Así lo considera J. Martín y Pérez de Nanclares, “Artículo 53: Nivel de protección”, en A. Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008, p. 854.

<sup>39</sup> En este sentido, por todos vid. J. B. Liisberg, “Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?”, *Jean Monnet Working Paper* 4/01, 2001.

convencional de protección por el artículo 52.3 de la Carta la eventualidad de confrontación, queda neutralizada<sup>40</sup>. Los términos del debate, por lo tanto, se reconducen esencialmente al terreno de la dialéctica que se entabla entre la Carta y las Constituciones nacionales. A este respecto, la Corte de Luxemburgo ha tenido ocasión de pronunciarse por vez primera sobre el sentido del artículo 53 CDFUE en la sentencia dictada en el *Asunto Melloni* (2013)<sup>41</sup>. En dicha resolución el Tribunal se enfrentaba a un supuesto en el que nuestro ordenamiento constitucional (más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) venía a conferir un mayor grado de protección a los condenados en rebeldía (*in absentia*) que el previsto por la normativa comunitaria<sup>42</sup>. Según la doctrina del Alto Tribunal español el respeto del contenido absoluto de los derechos de defensa y a un proceso con las garantías debidas que recoge en el artículo 24.1 de la Constitución vetaba la extradición al país requirente por parte de las autoridades españolas de un condenado en tales circunstancias si aquél no garantizaba la celebración de un nuevo juicio<sup>43</sup>. Se recordará que la primera formulación (Decisión marco de 2002) de la Orden de detención y entrega europea (*Euroorden*) contemplaba una excepción similar en su artículo 4, por lo que la coexistencia pacífica entre los estándares de protección establecidos en los respectivos

---

<sup>40</sup> Recuérdese que a partir del caso *Bosphorus*, de 30 de junio de 2005, el TEDH considera que en el seno de la UE rige un sistema de tutela de los derechos fundamentales que otorga una “protección comparable” a la prevista por el CEDH. De este modo, los jueces de Estrasburgo afirman una suerte de presunción de compatibilidad del derecho de la Unión con lo dispuesto por el Convenio. No obstante, como el mismo TEDH se encarga de subrayar, no estamos ante una presunción absoluta, puesto que la misma cederá cuando “atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente”. En cualquier caso, como recuerdan L. Gordillo / G. Martinico, *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, ob.cit., p. 125, estamos ante una doctrina que ha de entenderse “a modo de Derecho transitorio hasta que se produzca la adhesión (sic. de la UE al CEDH)”.

<sup>41</sup> STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*.

<sup>42</sup> Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

<sup>43</sup> La doctrina del contenido absoluto se formula por primera vez en la STC 91/2000. Desde entonces había sido mantenida en la jurisprudencia del TC de forma constante -SSTC 177/2006 y 199/2009- hasta la resolución del caso *Melloni*.

ordenamientos quedaba asegurada<sup>44</sup>. La situación experimentará una sustancial transformación a raíz de la incisiva modificación que de dicho precepto lleva a cabo la Decisión marco en 2009.

En efecto, ante la toma de conciencia generalizada por parte de los Estados miembros de que el régimen de excepciones inicialmente previsto ponía en peligro el asentamiento efectivo del espacio europeo de seguridad, libertad y justicia<sup>45</sup>, se procedió a introducir importantes restricciones a la potestad facultativa de los Estados para denegar las entregas (nuevo artículo 4 bis). Por lo que se refiere a la del condenado en rebeldía la nueva normativa, asumiendo el estándar menor de protección aplicado por el TEDH<sup>46</sup>, suprime la posibilidad de que aquélla se rechace en el supuesto de que el condenado hubiera tenido conocimiento del proceso (notificación personal); que aún así no hubiera ejercido su derecho a estar presente durante el juicio (renuncia voluntaria); y que hubiera encomendado su defensa a un letrado de su confianza. Concurriendo tales extremos, la autoridad judicial queda obligada a dar vía libre a la extradición/entrega solicitada por la autoridad judicial, al considerarse que se cumplen las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo y a la defensa (artículo 6 CEDH). Producido el cambio normativo, el choque entre el (menor) nivel de protección comunitario y el (mayor) estándar aplicado en España estaba servido.

---

<sup>44</sup> Por más que la ley de transposición de la Decisión Marco de 2002 (Ley 3/2003), no hubiera introducido en su articulado la excepción contemplada por aquélla, dejando huérfana de reconocimiento legislativo explícito a la doctrina del contenido absoluto acuñada en este preciso ámbito por el Tribunal Constitucional. Tal situación, sin embargo, no fue un obstáculo para el mantenimiento de dicha doctrina en la jurisprudencia posterior a 2003 (vid. SSTC 177/2006 y 109/2009).

<sup>45</sup> El artículo 67 TFUE dispone en su apartado 1 “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”. Por su parte, en el apartado 3 se concretan los contenidos de dicho espacio, afirmándose que “La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante ...medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”. Desarrollando la vertiente de la cooperación judicial en la Unión, el artículo 82.1 TFUE dispone que ésta “se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83.

<sup>46</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos llevó a cabo una síntesis de los principios generales en materia de sentencias dictadas en rebeldía en su sentencia *Sejdovic c. Italia* de 1 de marzo de 2006. Más recientemente ha vuelto a ponerlos de manifiesto en las sentencias *Haralampiev c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012, e *Idalov c. Rusia*, de 22 de mayo de 2012.

Ante el requerimiento formulado en 2008 por un juzgado de Ferrara (Italia) de entregar al señor Stefano Melloni a las autoridades italianas para que cumpliera la condena impuesta tras ser juzgado en rebeldía, la Audiencia Nacional española accedió a la extradición, considerando a pesar de tal circunstancia se habían respetado las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías. Contra tal decisión, los abogados del señor Melloni interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del contenido absoluto de los derechos fundamentales a la defensa y a un proceso justo.

Admitido a trámite el recurso de amparo en junio de 2011, el Tribunal Constitucional se topó directamente con toda una serie de ineludibles incógnitas: ¿Qué hacer ante la discrepancia existente entre los niveles de protección existentes? ¿Qué estándar de protección debería aplicarse en el caso? ¿Debía hacer caso omiso del efecto directo y la primacía del derecho europeo y mantener su propia jurisprudencia? ¿O por el contrario lo procedente debía ser dar preferencia a la Euroorden aún en detrimento de lo dispuesto en el ordenamiento español? ¿La reforma de la Decisión Marco resulta acorde a los derechos fundamentales recogidos en los artículos 47 y 48 de la Carta? La magnitud de las dudas planteadas resultaron determinantes para que el Alto Tribunal, abandonando su tradicional rechazo a interpelar a la Corte de Justicia europea, decidiera plantear su primera cuestión prejudicial (Auto 86/2011<sup>47</sup>). De entre los diversos contenidos de dicha cuestión<sup>48</sup>, nos interesa especialmente el referido al nivel de

---

<sup>47</sup> El Magistrado P. Pérez Tremps formuló un voto particular contra la decisión de plantear la cuestión prejudicial al considerar que “en el presente caso los criterios que la doctrina del propio Tribunal Constitucional determina como integrantes del parámetro de enjuiciamiento interno que en su día deberá realizar hace innecesario acudir a suscitar cuestión alguna, ni de validez ni de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

<sup>48</sup> La primera cuestión planteada alude a la admisibilidad de que el artículo 4 a) de la Decisión Marco permitiera a los Estado “condicionar” la entrega del condenado en rebeldía a la eventualidad de un nuevo juicio en el país de destino. A tal pregunta, el Tribunal de Justicia responderá de forma contundente, negando la posibilidad apuntada por el TC español. En segundo lugar, se interpela sobre la compatibilidad del referido artículo 4 a) de la Decisión marco con los derechos de defensa y a un proceso justo, proclamados por el Carta en los artículos 47 y 48 respectivamente. La respuesta de los jueces de Luxemburgo rechaza abiertamente que la DM lesione tales derechos. Para ello, recuerda que el estándar mínimo marcado por el CEDH se respeta y, asimismo, que la hipótesis de elevar el nivel de protección por parte de la normativa de la Unión se configura como una facultad de la que el legislador puede o no hacer uso.

protección, ya que la Corte española sugería hasta tres interpretaciones posibles del artículo 53 de la Carta:

a) En primer lugar, se proponía una consideración similar a la del artículo 53 CEDH<sup>49</sup>, confiriéndole la cualidad de un estándar mínimo de protección a nivel comunitario que no impide a los Estados aplicar un nivel mayor y que les habilita para hacer uso del denominado “margen de apreciación”.

b) La segunda hipótesis, por su parte, procede a identificar el contenido del artículo 53 con el ámbito de aplicación de los derechos UE, por lo que no estaríamos más que ante una reiteración de lo dispuesto por el artículo 51 CDFUE. En tal supuesto, la autonomía existencia del artículo 53 de la Carta quedaría anulada.

c) En tercer y último lugar, el Alto Tribunal español formula una vía hermenéutica de carácter intermedio en cuya virtud vienen a conjugarse las anteriores aproximaciones y sugiere la necesidad de que el nivel de protección se determine tomando en consideración cada concreto derecho fundamental, así como la situación específica en la que el mismo se aplica, dando prioridad en cada caso a la norma que conceda un nivel más alto de protección.

Por su parte, en la resolución de febrero de 2013, el Tribunal de Luxemburgo ha rechazado abiertamente tanto la primera como la última interpretación sugeridas por el TC al considerar que tanto la configuración de la Carta como estándar mínimo de protección como aquella que atribuye prioridad a la norma interna más protectora pondrían en cuestión el principio de primacía del derecho de la Unión. Excluidas ambas hipótesis, en la determinación del contenido del artículo 53 de la Carta el TJUE va a decantarse por el reconocimiento de la primacía del canon europeo de protección de los derechos en su ámbito de aplicación, sin que los Estados puedan dar prioridad a su norma interna, aunque ésta sea de carácter constitucional<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Artículo 53 CEDH, Protección de los Derechos Humanos reconocidos: “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”.

<sup>50</sup> Esta interpretación del artículo 53, que identifica su significado con el del artículo 51 ya fue apuntada en su momento por J. B. Liisberg, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just

Ciertamente, esta solución no es novedosa en cuanto al planteamiento de fondo utilizado. Ya en la sentencia *Kreil* (2000)<sup>51</sup>, la colisión existente entre la regulación comunitaria que consagraba la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en el ámbito laboral y la previsión constitucional alemana (artículo 12 a.IV) que establecía una excepción al respecto en un ámbito de competencia (entonces todavía) no comunitarizado -defensa y seguridad-, se resolvió a favor de la primacía del derecho europeo<sup>52</sup>. No obstante, *Melloni* merece una especial atención ya que, al tratarse de un supuesto en el que las condiciones de entrega del condenado en rebeldía quedan armonizadas por la Decisión Marco (artículo 4 a), el Estado carece de margen de maniobra a la hora de aplicar la normativa europea y por lo tanto, no se admite que éste mantenga el estándar de protección derivado de la Constitución, aunque éste sea mayor (en *Kreil*, era menor y el Estado contaba con margen de apreciación para implementar la directiva europea). Actuar diversamente, hubiera supuesto una inadmisibile quiebra de la triada constante de exigencias formuladas por la jurisprudencia europea y que exige mantener incólumes los principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión. Nada nuevo bajo el sol, pues, pero sólo en apariencia, porque con la Carta ya en vigor, como ha sido enfatizado por parte de la doctrina, el Tribunal de Justicia al no referirse de una forma más explícita al derecho constitucional nacional a la hora de abordar el espinoso tema del nivel de protección ha perdido la oportunidad de conferir una dosis mayor de legitimidad a su decisión<sup>53</sup>. Dada la parquedad y escasa motivación ofrecidas en la resolución del caso<sup>54</sup>, el diálogo ha quedado sustancialmente eclipsado<sup>55</sup>

---

an inkblot?, *ob.cit.*, considerándolo un precepto carente de un particular significado normativo, aunque dotado de una fuerte dimensión simbólica.

<sup>51</sup> STJ de 11 de enero de 2000, C-285/98 asunto *Tanja Kreil*.

<sup>52</sup> Como consecuencia de la sentencia *Kreil*, se modificó el artículo 12 a.IV de la Ley Fundamental de Bonn, suprimiendo la originaria previsión que prohibía a las mujeres prestar servicios con armas en el Ejército.

<sup>53</sup> N. De Boer, “Addressing rights divergences under the Charter: *Melloni*”, *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 1101.

<sup>54</sup> Compartimos la apreciación formulada por J. Komarek, “The place of Constitutional Courts in the European Union”, *European Constitutional Law Review*, 2013/3, vol. 9, p. 433, considerando que ante una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Constitucional que exige una respuesta completa, el TJUE debe responder de forma adecuada. Lo cual, sin embargo, como sigue razonando el autor no se constata en la sentencia *Melloni*, en donde la Corte de Luxemburgo opta por un “estilo cartesiano” (utilizando la expresión acuñada por

y con ello han emergido recelos en torno a la condición de la Carta como principal instrumento de protección de los derechos fundamentales en la UE<sup>56</sup>. Asimismo, el riesgo de la centralización y también de la homogeneización en la comprensión de los mismos ha vuelto a quedar nuevamente en evidencia<sup>57</sup>.

La conclusión –provisional, no pacífica y, por supuesto, susceptible de ser modulada en función de las dinámicas evolutivas de la jurisprudencia europea en la materia- es que en aquellas parcelas de actuación estatal que no están determinadas por la normativa europea, el estándar constitucional de protección de los derechos fundamentales resulta plenamente operativo y no queda sometido a la acción de la Carta. Es en tal reducto en el que la soberanía estatal no queda limitada por las previsiones de la Unión y en donde los textos constitucionales -y sus máximos intérpretes- gozan de libertad operativa. Atendiendo a tal premisa, resulta injustificada y cuando menos sorprendente la actitud maximalista adoptada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/2014 (precisamente la que resuelve el recurso de amparo interpuesto por el señor Melloni en su momento), en la que, aplicando la doctrina emanada por el TJUE en la resolución de las cuestiones prejudiciales interpuestas, viene a declarar que abandona completamente su doctrina sobre el contenido absoluto del derecho de defensa y a un proceso justo de los condenados en rebeldía. Como acertadamente pone de manifiesto el voto particular concurrente de la Magistrada E. Roca, dicha doctrina podría haberse mantenido sin ningún problema - como indicaba el propio Tribunal de Justicia- en aquellos casos de extradición que escapan al radio de acción de la Euroorden, esto es, frente a órdenes de entrega

---

Weiler) que aplica un razonamiento jurídico que trae consigo la inevitabilidad de una serie de resultados y que, como contrapartida, “deja muchas preguntas sin resolver”.

<sup>55</sup> J. Díaz-Hochleitner, “Derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, *Working Paper on European Law and Regional Integration*, IDEIR, n. 17 (2013), p. 36, mantiene una actitud especialmente crítica a este respecto, considerando que la parquedad del TJUE en su argumentación, así como la falta de respuestas ante las diversas opciones interpretativas del artículo 53 ofrecidas por el TC “no son de recibo”.

<sup>56</sup> Vid., en este sentido, A. Torres Pérez, “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, *European Constitutional Law Review*, vol. 10, Issue 2, 2014, p. 313.

<sup>57</sup> El riesgo centralizador ya fue puesto de manifiesto en su momento por M. Cartabia, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *ob. cit.*, p. 14, aludiendo expresamente a “the risk of judicial colonialism”. Como la propia autora indica (p. 12), el efecto que trae consigo tal situación resulta evidente: “to homogenise European constitutional richness and variety into a single constitutional monologue”.



procedentes de terceros países. Y es que la existencia de una comunidad de valores comunes en materia de derechos existente en el espacio europeo, que es justamente la que propicia la existencia de un nivel equivalente de protección entre los diversos Estados y justifica la normativa europea en materia de extradición no puede darse por supuesta en ordenamientos ajenos a dicha comunidad. Al ignorar tal circunstancia y optar por la extensión automática de la doctrina Melloni *tout court*, se provoca una injustificada reducción del nivel de protección de tales derechos fundamentales más allá de lo exigido por la pertenencia de España a la Unión Europea.