

RELACIONES ENTRE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DECLARACIÓN DE DERECHOS CONTENIDA EN LA CONSTITUCIÓN

MANUEL CARRASCO DURÁN
Universidad de Sevilla

1. Introducción

El ámbito de los derechos fundamentales es uno de los que ha experimentado mayores cambios en la Unión Europea en los treinta años transcurridos desde que se hiciera efectiva la adhesión de España a las Comunidades. A comienzos de 1986, los Tratados aún no contenían ninguna referencia expresa a los derechos, aunque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había expresado el compromiso de las Comunidades con los derechos fundamentales, como principios generales del Derecho Comunitario, y había reconocido a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos, dentro de los cuales tomaba especial fuerza el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos útiles para precisar los derechos fundamentales que tomaría en consideración en sus resoluciones¹, pero estos compromisos aún no se habían incorporado a los Tratados.

En lo tocante a la relación entre las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, nos encontrábamos aún, en el ámbito de las primeras, en la época de *Solange* (sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de mayo de 1974) y de *Frontini* (sentencia de la Corte Constitucional italiana de 27 de diciembre de 1973), y en el del segundo, en la época de *Simmenthal* (STJCE de 9 de marzo de 1978)².

Treinta años después, el panorama es muy diferente. La Unión Europea está dotada de una Carta de los Derechos Fundamentales que se ha incorporado al Derecho de la Unión a través del texto del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea reformado mediante el Tratado de Lisboa, que le reconoce «el mismo valor jurídico que los Tratados³», y los derechos fundamentales suponen un

¹ STJCE de 2 de noviembre de 1969, asunto *Stauder*, 29/79, STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, STJCE de 14 de mayo de 1974, asunto *Nold*, 4/73, STJCE de 28 de octubre de 1975, asunto *Rutili*, 36-75, y, como conclusión, STJCE de 13 de diciembre de 1979, asunto *Hauer*, 44/79. Posteriormente, la doctrina es nuevamente recopilada en la STJCE de 13 de julio de 1989, asunto *Wachauf*, 5/88.

² Las dos primeras sentencias afirmaron la competencia de ambos tribunales constitucionales para controlar la constitucionalidad del Derecho comunitario, mientras aquél no contuviera una declaración de derechos. En la STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, 106/77, el Tribunal de Justicia de las Comunidades afirmó claramente la primacía del Derecho comunitario sobre toda disposición del ordenamiento nacional.

³ Dejando a salvo unas genéricas menciones en el Preámbulo del Acta Única Europea, habría que esperar al Tratado de la Unión Europea para encontrar, incorporado ya a un texto de carácter normativo, un artículo, el F, que preveía que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizar en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario». Posteriormente, vendrían el nuevo artículo 6.1

instrumento que apuntala la legitimidad de sus actuaciones y actúa expandiendo el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Con respecto a la jurisprudencia, la dinámica del conflicto ha dado lugar a otra, en la que tanto las jurisdicciones constitucionales de los principales Estados de la Unión Europea, siguiendo el modelo de la sentencia *Solange II* del Tribunal Constitucional Federal alemán, se han esforzado por hallar soluciones que abran un espacio a la aplicación del Derecho de la Unión con primacía y que diluyan los posibles conflictos entre uno y otro espacio jurisdiccional.

En el presente trabajo, estudiaremos la relación entre los derechos fundamentales en la Unión Europea y las declaraciones de derechos fundamentales propias de las Constituciones nacionales, si bien hay que aclarar que, cuando hablamos de derechos, nos referimos a derechos interpretados, por el Tribunal de Justicia y por los tribunales que ejercen funciones de justicia constitucional en cada país. Finalmente, las relaciones de convergencia o de conflicto se darán entre la jurisprudencia de ambas instancias jurisdiccionales. Lógicamente, se centrará la atención en nuestro Tribunal Constitucional.

Para ello, examinaremos las características de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y mencionados en el Tratado de la Unión Europea; identificaremos posibles escenarios de contraposición entre los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y en los ámbitos nacionales y describiremos las reglas creadas por la jurisprudencia para evitar conflictos; describiremos la importancia, sustancial y procesal, de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión se haya incorporado a nuestro Derecho a través del artículo 93 de la Constitución; y mencionaremos cómo el reforzamiento de la autonomía y del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que se deriva de algunas de las más recientes sentencias del Tribunal de Justicia puede conllevar que aparezcan nuevos escenarios de conflicto entre jurisdicciones. La cita de *Akerberg* y de *Melloni* será inevitable.

2. En la Unión Europea, ¿dónde están los derechos?

El primer paso que debe darse para tratar sobre las relaciones entre el estatus de los derechos fundamentales en la Unión Europea y las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones nacionales consiste en dilucidar cuáles son los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea y dónde se halla su contenido. La tarea resulta más complicada de lo que a primera

del Tratado de la Unión Europea introducido por el Tratado de Amsterdam y, ya de forma decisiva, la adopción por la propia Unión Europea de una Carta de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Niza, de 7 de diciembre de 2000, que, sin embargo, solo adquiriría fuerza normativa, con algunas modificaciones aprobadas por el Consejo de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, mediante el texto del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea aprobado en virtud del Tratado de Lisboa. Puede consultarse un resumen de la trayectoria de la recepción de los derechos fundamentales en la jurisprudencia y la normativa de la Unión Europea en MUÑOZ MACHADO, S.; «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50 (2015), págs. 195-230, y CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I.; «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39/2008, págs. 42 y ss.

vista puede parecer porque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no agota las referencias a los derechos fundamentales y, por otra parte, los derechos reconocidos en la Carta toman su contenido de múltiples fuentes a las que la propia Carta da entrada.

2.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una Carta *por remisión*

La nota más característica de la Carta es que, a través de su artículo 52, determina el contenido, las condiciones de ejercicio y los límites de los derechos por remisión, principalmente, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero también a los Tratados, al resto del Derecho de la Unión, a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a las explicaciones elaboradas para guiar su interpretación. Ello es así, al punto de que Cruz Villalón se ha referido a nuestro objeto de estudio como una Carta *transparente*⁴.

Sin embargo, a pesar del corsé que supone aparentemente el artículo 52, la Carta ha adquirido en la práctica una significativa vitalidad. Esto era algo que ya podía esperarse en el momento de su aprobación, incluso aunque no se le concediera eficacia jurídica⁵, dado el valor simbólico que, desde un principio, adquirió la Carta. En efecto, la Carta pronto se convirtió en una referencia para la interpretación de los derechos fundamentales por nuestro Tribunal Constitucional, como se muestra en la 292/2000⁶. Incluso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo uso de la Carta ya en su sentencia de 11 de julio de 2002, asuntos *I. c. Reino Unido* y *Goodwin c. Reino Unido*⁷ y actualmente cita, en ocasiones, las disposiciones de la Carta, dentro de la legislación y jurisprudencia internacional que toma como referencia. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene utilizando la Carta como el referente normativo principal de la Unión con respecto a la protección de los derechos fundamentales⁸.

La principal base para la determinación del contenido de los derechos reconocidos en la Carta la constituye el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Conforme al artículo 52.3, los derechos de la Carta que coincidan

⁴ CRUZ VILLALÓN, P.; «La Carta, o el convidado de piedra», en *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 120. Lógicamente, las consideraciones de este autor se inscriben en el proceso de elaboración del Tratado destinado a establecer una Constitución para Europa, pero son igualmente aplicables, en sustancia, al resultado de incorporar la Carta al Derecho de la Unión a través del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea.

⁵ Aprobada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, pero sin que se definiera su alcance, como reflejan las Conclusiones de la Presidencia de dicho Consejo, celebrado entre el 7 y el 10 de diciembre de dicho año.

⁶ Desde este asunto, la Carta ha sido tomada como referente interpretativo por otras nueve sentencias: SSTC 53/2002, 17/2006, 163/2009, 60/2010, 173/2011, 41/2013, 61/2013, 186/2013, 26/2014.

⁷ En sentido particularmente decisivo, además de la citada en el texto, en la SSTEDH de 26 de noviembre de 2013, asunto *X. c. Letonia*, de 23 de febrero de 2012, asuntos *Bayatyan c. Armenia*, de 14 de mayo de 2013, asunto *N.K.M. c. Hungría*, de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 12 de noviembre de 2008, asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, de 19 de abril de 2007 (Gran Sala), asunto *Vilho Eskelineny y otros c. Finlandia*, y de 11 de enero de 2006, asunto *Sorensen y Rasmussen c. Dinamarca*. A veces, la cita de artículos de la Carta se hace junto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los interpreta, *vid.* STEDH de 15 de octubre de 2009, asunto *Micallef c. Malta*.

⁸ El propio Cruz Villalón admite, en la obra citada, pág. 129, la posibilidad de que la Carta adquiriera vida propia, «acaso por obra y gracia de los jueces».

con los reconocidos en el Convenio tendrán un sentido y alcance iguales a los que aquél les confiere, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión les conceda una protección más extensa.

Como se ve, la regla es más fuerte que la recogida en el artículo 10.2 de nuestra Constitución. No es que el Convenio sea una fuente interpretativa de los derechos reconocidos en la Carta, sino que estos derechos toman prestado su contenido del Convenio⁹. Y, cuando se dice del Convenio, se quiere decir en realidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, lo que viene a decir el artículo 52.3 es, en realidad, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pasa a incorporarse, automáticamente, al acervo *jurisprudencial* relativo al Derecho de la Unión, en calidad de imprescindible referencia para interpretar el contenido de los derechos de la Carta.

La mención del Convenio significa para la Carta el punto de legitimidad que supone entroncarla con el estándar de protección de los derechos admitido comúnmente por todos los Estados democráticos en Europa. Una legitimidad que, de manera refleja, se transmite a la propia Unión Europea. Sin embargo, no puede dejar de recordarse que el Convenio tiene la condición de mínimo denominador común europeo en materia de derechos y que los Estados pueden ampliar la protección de los derechos sobre dicho mínimo (art. 53 CEDH), lo cual habrá que tener en cuenta a la hora de prever posibles conflictos con la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales.

Con todo, cabe preguntarse si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispone de algún margen para llevar a cabo una interpretación autónoma de los derechos de la Carta. El Tribunal de Justicia ha admitido su vinculación a los derechos del Convenio, pero, sobre dicha base, ha desarrollado distintos tipos de argumentación. En ocasiones, recibe directamente los derechos del Convenio y resuelve a partir de ellos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, son más las ocasiones en las que hace un desarrollo del derecho aplicable en términos autónomos, incluso aunque, en la práctica, dicho desarrollo concuerde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰, o bien realiza una interpretación del concreto derecho y solo en un segundo paso se ocupa de enmarcar dicha interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹.

Junto a ello, existen situaciones que abren espacio a una interpretación autónoma de los derechos por parte del Tribunal de Justicia, como sucede en los casos en los que debe ponderar los derechos con las libertades fundamentales, o bien cuando la comprensión de un derecho no tiene caracteres uniformes en los Estados miembros¹², o en aquellos casos en los que debe dar respuesta a fenómenos inéditos¹³.

⁹ CRUZ VILLALÓN, P.; ob. cit., pág. 123.

¹⁰ P. ej., en la sentencia de 26 de septiembre de 2013, asunto *Texdata Software*, C-418/11.

¹¹ La STJUE de 23 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11, es significativa. El Tribunal de Justicia realiza su interpretación del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47 de la Carta y solo en un segundo paso se ocupa de razonar que dicha interpretación es conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹² Puede examinarse, por ejemplo, la construcción que el Tribunal de Justicia hace del principio *non bis in idem*, sin referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 23 de febrero de 2013, asunto *Akerberg*, C-617/10. En el mismo

La última referencia de interés al respecto se encuentra en el Dictamen 2/13, el cual afirma que «la autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión». Objetivos que «recordados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, se confía a una serie de disposiciones fundamentales, como las que establecen la libertad de circulación de mercancías, servicios, capitales y personas, la ciudadanía de la Unión, el espacio de libertad, seguridad y justicia y la política de competencia. Estas disposiciones, que se integran en el marco de un sistema propio de la Unión, están estructuradas de forma que contribuyan, cada una en su ámbito específico y con sus características particulares, a la realización del proceso de integración que constituye la razón de ser de la propia Unión¹⁴.»

De esta manera, los derechos del Convenio, para el Tribunal de Justicia, operan en una doble dirección. Por una parte, la referencia al Convenio refuerza la legitimación del Tribunal de Justicia para llevar a cabo una interpretación autónoma del ordenamiento de la Unión. Por otra parte, constituyen elementos básicos para su argumentación sobre derechos fundamentales, cuya interpretación, sin embargo, puede requerir adaptaciones para enmarcar aquellos en la naturaleza funcional y finalista del Derecho de la Unión. Así, el Convenio, para el Tribunal de Justicia, más que punto de llegada, parece estar convirtiéndose en punto de partida para la interpretación de los derechos de la Carta.

Finalmente, la relación del Convenio, interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la Carta reviste, en ocasiones, mayor complejidad que la que se desprende de la mera lectura de la Carta¹⁵. Por ejemplo, en un juego de ida y vuelta, las SSTEDH de 11 de julio de 2002, asuntos *I. c. Reino Unido y Goodwin c. Reino Unido*, tomaron como referencia el artículo 9 de la Carta para determinar que vulneraba el derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio y el derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del mismo el no reconocimiento del cambio de sexo de las personas transexuales, y a su vez, posteriormente, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 7 de enero de 2004, asunto *K.B.*, ha tomado como referencia la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para considerar que vulnera la normativa de la Unión Europea la negativa del Reino Unido a reconocer un

sentido, aun sin referencia a la Carta, la interpretación del concepto de óvulo humano que lleva a cabo la STJUE de 18 de octubre de 2011, asunto *Brüstle*, C-34/10, ante la falta de consenso sobre este tema en el ámbito europeo.

¹³ STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto *Google Spain y Google*, C-131/12, sobre el derecho al olvido. Para este autor, la función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido la de un complemento de la autonomía. *Vid.* AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las “funciones esenciales” de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 32 (2013), págs. 245-247. Para una visión actual de la aplicación de la Carta, recientemente se ha publicado DE VRIES, S., BERNITZ, U. y WEATHERILL, S.; *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

¹⁴ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014, sobre el Proyecto de acuerdo internacional — Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales — Compatibilidad de dicho Proyecto con los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento.

¹⁵ En sentido contrario, MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.; «Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *Revista General de Derecho Europeo*, 30 (2013), pág. 30 (2013).

complemento salarial a una persona, al someter la percepción de dicho complemento a la condición de haber contraído matrimonio y negar dicha posibilidad a las parejas de transexuales, debido a la falta de reconocimiento civil del cambio de sexo.

O bien, en otro juego de ida y vuelta, pero en sentido contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión, en la sentencia de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S.*, ha tomado como base los datos que constaban en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶ para considerar que, en la fecha en la que se produjeron los hechos, existían deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en Grecia.

La segunda regla en importancia para la fijación del contenido de los derechos de la Carta viene en su artículo 52.2, el cual precisa que los derechos que aquella reconoce y «que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.» Ello es una muestra de la naturaleza funcional y finalista que continúa teniendo la Unión Europea, cuyas competencias y objetivos vienen marcados en los Tratados.

Sin perjuicio de que, en ocasiones, los Tratados incorporen límites en sentido clásico, las condiciones y límites a los que se refiere el artículo 52.2, normalmente, serán aquellos que delimitan las competencias cuyo ejercicio los Estados han cedido a la Unión. Cuando dichas competencias afectan al ejercicio de derechos fundamentales, estos solo podrán ser tutelados por la Unión en el marco definido por las disposiciones específicas de los Tratados. Es algo, por ejemplo, muy patente en relación con la regulación de las tradicionales libertades fundamentales en los Tratados, que constituyen en realidad el marco en el que se debe ejercer la libertad profesional y el derecho a trabajar (art. 15 de la Carta) y la libertad de circulación y de residencia (art. 45 de la Carta) en la Unión. De manera refleja, además, esta previsión remite el contenido de los derechos a la normativa de derecho derivado que desarrolla las competencias de la Unión.

La subordinación de los derechos a las normas específicas de los Tratados provoca que, en ocasiones, los derechos sean utilizados por el Tribunal de Justicia como referencias argumentativas genéricas, para después centrar el grueso de su argumentación en la interpretación de dichas normas, de las cuales extrae la solución para los asuntos sometidos a su conocimiento.

Finalmente, el artículo 52.2 da pie a la cuestión, que permanece abierta en el Tribunal de Justicia, sobre la relación entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales. En una primera aproximación, los derechos fundamentales pueden operar como base para limitaciones a las clásicas libertades fundamentales. De hecho, el Tribunal de Justicia ha admitido la necesidad de ponderar ambos elementos. Así, ha dicho «que la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado¹⁷». Sin embargo, la necesidad de enmarcar los derechos fundamentales en el marco de competencias y objetivos de la Unión hace que, frecuentemente, los derechos, y especialmente los derechos sociales

¹⁶ STEDH de 21 de enero de 2011, asunto *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*,

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2007, asunto *Laval*, C-341/05.

fundamentales, quedan subordinados a las libertades fundamentales¹⁸, aun siendo esta hoy en día una cuestión discutida en el Tribunal¹⁹.

Esta lógica explica también que los derechos fundamentales, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hayan sido utilizados prevalentemente para controlar actuaciones de los Estados en aplicación del Derecho de la Unión, y que hayan operado de manera mucho más débil como criterio de control de las normas de la Unión²⁰.

En la regla comentada cristaliza, finalmente, la pervivencia de la lógica original de las Comunidades Europeas, que obedece al logro de un espacio de racionalidad económica, construido a través de la integración de los Estados que las componían²¹, y que se superpone a la lógica de la ciudadanía, concretada en los derechos fundamentales²². En este sentido, como hemos visto, el Tribunal de Justicia, en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, sobre la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha recalcado, que los derechos fundamentales deben interpretarse «en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión».

La Carta, a su vez, recoge otros elementos que, complementariamente, sirven como marco de referencia para determinar el contenido de los derechos. Así, los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos pueden ver ampliada su protección por el Derecho de la Unión, conforme al propio artículo 52.3 de la Carta. Esta previsión operará normalmente en el ámbito del Derecho derivado. En tales casos, el contenido ampliado de los derechos no tendría naturaleza *fundamental*, sino que dependería de la configuración «legal» de tales derechos.

Por otra parte, el artículo 52.4 de la Carta reconoce el valor de las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» como criterio interpretativo de los derechos. En todo caso, la referencia a las tradiciones constitucionales

¹⁸ La STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Laval*, C-341/05, termina decantándose por una solución en la que el derecho fundamental a entablar medidas de conflicto colectivo no puede limitar el ejercicio de la libertad de prestación de servicios. La STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Viking Line*, C-438/05, confirma que el derecho a la negociación colectiva debe ejercerse en el marco de la libertad de establecimiento regulado por los Tratados. En el mismo sentido, entre otras, la STJUE de 13 de septiembre de 2011, asunto *Prigge*, C-447/09. Existen también ejemplos en los que los derechos limitan a las libertades fundamentales, *vid.* la STJCE de 14 de octubre de 2004, asunto *Omega*, C-36/02, y la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

¹⁹ La cuestión sobre la relación entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales ha sido discutida en las Conclusiones de la Abogada General Trstenjak de 14 de abril, en el asunto *Comisión c. República Federal de Alemania*, C-271/08, especialmente aps. 183 y ss. Igualmente, sobre el tema de los límites a las libertades fundamentales, las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón al asunto *Santos Palhota*, C-515/08, aps. 48 y ss.

²⁰ Las excepciones más relevantes son las SSTJUE de 1 de marzo de 2011, en el asunto *Test-Achats*, C-236/09, de 8 de abril de 2014, en el asunto *Digital Rights Ireland*, C-293/12, y de 6 de octubre de 2015, asunto *Schrems*, C-362/14. Quizás la explicación de la tendencia descrita se deba a que el Tribunal de Justicia ha optado, preferentemente, por interpretar la manera en que los Estados deben aplicar la normativa de la Unión Europea, dando entrada en su argumentación a los derechos fundamentales, al responder a cuestiones prejudiciales.

²¹ No ignoramos las reiteradas llamadas del Tribunal de Justicia a reconocer que la Unión tiene una finalidad no sólo económica, sino también social. En todo caso, parece que la lógica de la racionalidad económica es el eje sobre el que se constituyen las Comunidades originarias y que dicha dimensión social es un reflejo de la primera. *Vid.*, por ejemplo, la STJUE de 11 de diciembre de 2007, en el asunto *Viking Line*, C-438/05.

²² Sobre este tema, AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; «La autonomía del...», *cit.*, págs. 232-233.

comunes significa algo sustancialmente distinto a reconocer a los derechos reconocidos en la Constitución de cada Estado miembro valor de canon hermenéutico²³, lo cual produciría una inevitable disgregación del Derecho de la Unión. Una conclusión esta que no se ve desvirtuada por las reglas de los artículos 52.6 y 53 de la Carta, cuya aplicación, conforme ha destacado la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, se subordina a que «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.»

El estándar de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros apunta a un contenido de los derechos que pueda reconocerse en la cultura jurídica europea como comúnmente compartido y, entendido de esta forma, dicho estándar no puede, en nuestra opinión, sino confluir con la interpretación de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴.

Aun así, la mención a las tradiciones constitucionales comunes podría ser útil para enmarcar la argumentación relativa a los derechos en un marco consensuado acerca del valor de los derechos y para entroncar el Derecho de la Unión con la legitimidad democrática que aportan los Estados miembros. En contrapartida, tendrán poca operatividad a la hora de construir la norma con la que deba resolverse un asunto²⁵, si bien en la práctica pueden darse excepciones a esta regla²⁶.

Finalmente, los derechos de la Carta deben ser interpretados conforme a las explicaciones elaboradas por la Convención que la redactó, que son mencionadas frecuentemente por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión.

2.2. Los derechos como principios generales: el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea

Además de la referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales, hay otras menciones a los derechos en los Tratados. Entre ellas, tiene particular valor la que contiene el apartado tercero del propio artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, que establece que «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones

²³ Implícitamente, en las Conclusiones del Abogado General Y. Bot en el asunto *Melloni*, C-399/11, aps. 137 y ss.

²⁴ En este contexto, se ha observado que «en la gran mayoría de los casos, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros han quedado relegadas, si es que son siquiera mencionadas, a convidados de piedra, emergiendo exclusivamente cuando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no da una respuesta concluyente y, no encontrando sustrato común, termina por utilizarlas para remitirse a estándar del Derecho interno», *vid.* MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.; «Crónica de una...», cit.

²⁵ Ya en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea advirtió de que «la salvaguardia de dichos 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». Azpitarte considera las tradiciones constitucionales comunes más como *topoi* que como reglas determinantes en el proceso de interpretación, AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104 (2015), pág. 255.

²⁶ STJCE de 14 de octubre de 2004, asunto *Omega*, C-36/02, y, si bien con matices distintos y con mención a la Carta de los Derechos Fundamentales, la STJUE 22 de diciembre de 2010, asunto *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

Lo que llama la atención es que la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, tras la reforma operada en virtud del Tratado de Lisboa, dote del carácter de norma jurídica a la Carta y, al mismo tiempo, mantenga una fórmula del pasado que tenía como finalidad mostrar, por vía jurisprudencial, un compromiso con el respeto a los derechos para solventar el cuestionamiento del Derecho comunitario que la carencia inicial de una declaración de derechos en los Tratados de las Comunidades había provocado en la jurisprudencia constitucional de Alemania e Italia²⁷.

Ante todo, el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea muestra una nueva pervivencia de la lógica finalista y funcional que dio origen a las Comunidades iniciales. Da la impresión de que la Carta, en la que se plasma una lógica de ciudadanía, ha aterrizado en los Tratados como un cuerpo extraño, puesto que, se diría, el texto de los Tratados obedece a una dinámica diferente.

Con todo, la fuerza inherente a la Carta hace suponer que, en general, la consideración a los derechos *como derechos*, en virtud de la Carta, solapará a la de los derechos *como principios*. Así, por citar un ejemplo, en la STEDH de 11 de junio de 2015, asunto *Berlington*, se dice que «cuando un Estado miembro invoca razones imperiosas de interés general para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación debe interpretarse también a la luz de los principios generales del Derecho de la Unión y, especialmente, de los derechos fundamentales actualmente garantizados por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (...) De este modo la normativa nacional de que se trata sólo podrá acogerse a las excepciones previstas si es conforme con los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia»

3. La geometría variable de los derechos en la Unión Europea y las relaciones con los derechos fundamentales en el ámbito nacional

El escenario descrito permite afirmar la existencia de una *geometría variable* de los derechos reconocidos en la Carta, que pueden tener un contenido más o menos extenso, dependiendo del ámbito en el que se apliquen, de conformidad con la delimitación de aquellos que hagan los Tratados en cada materia concreta.

En principio, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos suponen el punto de partida para precisar el contenido de los derechos de la Carta, si bien en la práctica es necesario admitir un cierto margen de maniobra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para modular la interpretación y la aplicación de tales derechos, adaptándolos a la estructura y finalidad del Derecho de la Unión y a las

²⁷ *Vid.*, como ejemplo destacado de sentencia que considera los derechos como principios, la STJUE de 3 de septiembre de 2008, asuntos *Kadi y Al Barakaat*, C-402/05 P y C-415/05 P, que los emplea en un marco de ponderación de varios principios generales de naturaleza materialmente constitucional. Ello se puede considerar muestra de un «constitucionalismo atenuado», como señala GORDILLO PÉREZ, L. I.; *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012, pág. 472. Otras sentencias interesantes sobre el mismo uso son la STJCE de 14 de octubre de 2004, asunto *Omega*, C-36/02, sobre el principio de dignidad, y la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, sobre el principio de igualdad.

circunstancias particulares de las controversias que se generan en el marco de dicho ordenamiento. Además, la interpretación de los derechos habrá de enmarcarse en el contexto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, por una parte, y de las explicaciones que acompañan a la Carta, por otra.

Existe también la posibilidad de que el contenido de los derechos de la Carta se vea ampliado por las normas del Derecho de la Unión Europea, si bien esta previsión nos trasladará, normalmente, al ámbito del desarrollo legislativo a través del Derecho derivado, es decir, fuera del terreno de la *fundamentalidad*.

Sin embargo, los mismos derechos pueden tener un contenido más limitado en aquellos ámbitos en los que disposiciones concretas de los Tratados les añadan condiciones o límites específicos. De ahí que, en relación con los derechos de la Carta, pueda hablarse de un contenido dual, dependiendo de que se apliquen o no en ámbitos regulados por disposiciones específicas de los Tratados.

Con respecto a los derechos de la Carta que no se encuentren reconocidos en el Convenio, el Tribunal de Justicia ostenta una mayor autonomía interpretativa, si bien la interpretación de tales derechos deberá tener en cuenta, por un lado, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, si existieran, y, por el lado inverso, las disposiciones específicas de los Tratados, que pueden prever condiciones y límites adicionales. Del mismo modo, las explicaciones a la Carta pueden desempeñar un papel importante en estos casos.

A partir de todo ello, podemos delimitar algunos elementos que impulsan a la confluencia entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar los derechos fundamentales.

Uno de los más importantes puntos de coincidencia es la necesaria consideración a los derechos del Convenio y, de forma refleja, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Europeo desempeña un papel diferente en el ámbito de la Carta y en el de la Constitución, como fuente directa del contenido de los derechos en el caso de la primera, y como elemento de valor interpretativo en el caso de la segunda, resulta claro que, en la práctica, la interpretación de los derechos por parte de ambas instancias debe confluir, en términos generales, en la que resulte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸.

Pero, seguramente, la dinámica que con más fuerza impulsa el acercamiento en materia de derechos entre uno y otro tribunal deriva de que ambos se mueven en una cultura jurídica compartida en la que el respeto y la garantía de los derechos constituye una de sus principales señas de identidad. El artículo 2

²⁸ ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F.; «Los derechos fundamentales», en CRUZ VILLALÓN, P. (Coord.); *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pág. 101. En la STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto *Dereci*, C-256/11, el Tribunal de Justicia ha afirmado que, si una situación entra en el campo de aplicación del Derecho de la Unión, debe ser examinada conforme a la Carta, pero que, si no es así, de todas formas el Estado debe examinarla conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

del Tratado de la Unión Europea²⁹ y el artículo 52.4 de la Carta reafirman el valor que tiene para la Unión este marco compartido.

Un nuevo elemento de aproximación entre el ámbito de la Unión y el de los Estados es el artículo 4 del Tratado de la Unión, que reafirma que aquella respetará, entre otros elementos, la «identidad nacional (de los Estados miembros), inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos», de la cual, sin duda, forma parte el respeto a los derechos fundamentales.

Este marco compartido favorece que los supuestos de desencuentro entre la jurisdicción constitucional nacional y la jurisdicción europea en la interpretación y aplicación de los derechos sean escasos. Sin embargo, los elementos anteriores no son suficientes para hacer desaparecer un potencial de discrepancia, que se puede activar, especialmente, cuando uno u otro lleven a cabo interpretaciones de los derechos al alza o a la baja respecto al estándar común definido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por una parte, es notorio que los Estados pueden tutelar contenidos de los derechos más amplios que los reconocidos en el Convenio, como señala *a sensu contrario* el artículo 53 de aquél, y que el Tribunal Constitucional puede determinar de forma autónoma el contenido de los derechos fundamentales, puesto que los derechos del Convenio no predeterminan el resultado de la labor interpretativa de aquél. Por otra parte, los derechos de la Carta pueden ser objeto de una acomodación a la estructura y finalidad de la Unión Europea, ya en virtud de la aplicación de disposiciones específicas de los Tratados conforme al artículo 53.2 de aquélla, ya por efecto de una interpretación en tal sentido del Tribunal de Justicia, ya, incluso, debido a la toma en consideración de las explicaciones que acompañaron la aprobación de la Carta.

En particular, ni la consideración de las tradiciones constitucionales comunes, ni de la identidad nacional, son suficientes para evitar supuestos de desencuentro, ya que ni una ni otra imponen el respeto a todos los derechos reconocidos en la Constitución nacional, especialmente si tomamos en cuenta, además, la interpretación que cada Tribunal con funciones de jurisdicción constitucional haga de ellos³⁰. Además, la apreciación de ambos elementos queda a expensas de la interpretación que haga el Tribunal de Justicia³¹. Asimismo, la identidad nacional puede ser enarbolada desde las instituciones de los Estados para sostener interpretaciones restrictivas de los derechos.

Por otra parte, las posibilidades de conflicto se incrementan a causa de la ampliación del ámbito de la aplicación del Derecho de la Unión que se deriva de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión, la cual ha

²⁹ Este artículo considera como valores en los que se fundamenta la Unión los de «respeto 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».

³⁰ Como se desprende de las Conclusiones del Abogado General Y. Bot en el asunto *Melloni*, C-399/11, aps. 137 y ss., y de las del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Gauweiler*, C-62/14, aps. 59 y ss. Al hilo de este tema, y en relación con el planteamiento por el Tribunal Constitucional Federal alemán de una cuestión prejudicial frente al programa del BCE de compra de títulos en los mercados de deuda soberana, CASTILLO, LÓPEZ, A.; «Prejudicializando... Comentario de la primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *Teoría y Realidad Constitucional*, 33 (2014), págs. 320-321.

³¹ Una mención a la identidad nacional, en conexión con el principio de igualdad, en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

interpretado dicho ámbito con un alcance que rebasa el sentido tradicional de la mera aplicación de las normas que integran el Derecho de la Unión, previsto por el artículo 51.1 de la Carta³².

4. La Constitución y la Carta

De entrada, el posible escenario de conflicto entre la jurisdicción constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se genera cuando, ante un determinado asunto, la interpretación de la Constitución y la del Derecho de la Unión generan soluciones contrapuestas. En tales casos, el conflicto se produce a causa de la vocación de exclusividad que tienen tanto la Constitución, a partir de la condición que le presta el ser la norma de mayor rango en el ordenamiento nacional, que la lleva a excluir cualquier solución contrapuesta a ella que provenga de otra norma, ya derive del interior del ordenamiento nacional o de un ordenamiento distinto, como el Derecho de la Unión Europea, a partir de sus notas de efecto directo y primacía, que fuerzan a excluir la aplicación de cualquier norma nacional que resulte incompatible con las normas integrantes del propio ordenamiento de la Unión.

Como es conocido, los escenarios que generan el riesgo de un eventual conflicto entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisdicción

³² Sobre las distintas posiciones en torno al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; «Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», *Revista Española de Derecho Europeo*, 48 (2013), págs. 65 y 66, y ALONSO GARCÍA, R.; *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2014, págs. 33-38. La práctica ha evolucionado en el sentido de admitir que un Estado aplica el Derecho de la Unión no solamente cuando actúa transponiendo o aplicando tal Derecho, sino en cualquier caso en que actúe en el ámbito de aplicación de aquél, y actuar en el ámbito del Derecho de la Unión supone la aplicabilidad de la Carta. Por ejemplo, se aplica la Carta para enjuiciar los actos de los Estados al amparo de las normas de los Tratados que les permiten excepcionar la aplicación de las libertades fundamentales. *Vid.* STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Pfleger*, C-390/12. De igual forma, en la sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg*, C-617/10, se ha entendido que está dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión un caso relativo a la aplicación de unas normas tributarias, aunque no hubieran sido dictadas para adaptar la normativa nacional al Derecho de la Unión, por cuanto aquellas servían para sancionar las infracciones de una Directiva, lo que, en el caso, podía repercutir en los intereses financieros de la Unión. En la STJUE de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S.*, C-411/10, el Tribunal de Justicia extiende la aplicación de la Carta a actuaciones que entran dentro del margen de aplicación del Estado respecto del Derecho de la Unión, cuando se produzcan deficiencias sistemáticas en la tutela de los derechos de propia Carta, especialmente cuando hubiera una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que apreciara la existencia de tales deficiencias (en el caso, la STEDH de 21 de enero de 2011, asunto *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*). En la sentencia de 8 de marzo de 2011, asunto *Ruiz Zambrano*, C-34/09, se ha relativizado la necesidad de que los ciudadanos de un Estado miembro se desplacen a otro para estar amparados por los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión. En la sentencia de 26 de febrero de 2015, asunto *Martens*, C-359/13, se reafirma jurisprudencia anterior en el sentido de que «el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado FUE, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico». Finalmente, la sentencia de 11 de junio de 2015, asunto *Berlington*, C-98/14, citando a *Akerberg*, señala que «las justificaciones aducidas por un Estado miembro en apoyo de una restricción de esas libertades deben interpretarse a la luz de los derechos fundamentales, incluso si esa restricción guarda relación con un ámbito correspondiente a la competencia de ese Estado miembro, cuando la situación considerada está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

constitucional han sido tratados por los Tribunales Constitucionales más significativos con técnicas que intentan evitar la confrontación y que entran en el terreno de lo que se viene denominando diálogo de los tribunales.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal alemán cambió la doctrina establecida en su sentencia *Solange*, de 29 de mayo de 1974, por la de la sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, en la que renunciaba a enjuiciar las normas de Derecho Comunitario en tanto y en cuanto las Comunidades Europeas, en especial a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, mantuvieran, en general, un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente en lo esencial al proporcionado por la Ley Fundamental. Esta doctrina de la protección equivalente, seguida por la sentencia *Soweit*, de 12 de mayo de 1989, fue definitivamente confirmada en la sentencia 7 de junio de 2000, asunto *Bananas*. Y, aunque ha tenido algunos altibajos, especialmente debido a las sentencias relativas al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Lisboa, que han remarcado la posibilidad del Tribunal Constitucional de intervenir en el control de las normas de la Unión Europea en determinados supuestos extraordinarios, se ha mantenido en el tiempo³³.

Como consecuencia de la jurisprudencia anterior, en especial la doctrina *Solange II*, el Tribunal Constitucional Federal viene inadmitiendo las demandas de amparo contra actos de autoridades nacionales cuando dichos actos vienen totalmente predeterminados por el Derecho de la Unión Europea, sin que el Estado tenga margen de maniobra en su aplicación. En tal caso, los estándares de la Ley Fundamental quedan desplazados por el Derecho de la Unión «en tanto la Unión Europea asegure una protección de los derechos fundamentales que, en términos de contenidos de efectividad, sea sustancialmente similar a la protección que deriva de la Ley Fundamental³⁴».

La Corte Constitucional italiana, por su parte, ha establecido que solo intervendrá para enjuiciar la ley de ejecución de un Tratado relativo a las Comunidades en relación «a los principios fundamentales de nuestro

³³ Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993 en el asunto *Maastricht-Tratado de la Unión Europea*, y de 30 de junio de 2009, asunto *Tratado de Lisboa*. Esta ha afirmado que la competencia del Tribunal Constitucional, en el marco del proceso de transferencias de derechos de soberanía a la Unión Europea, alcanza a examinar, entre otras facultades, si se respeta el núcleo esencial de la identidad constitucional de la Ley Fundamental, lo que se concreta en «la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental, declarados intangibles en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental. La postura del Tribunal Constitucional Federal en *Solange II* tenía ya sus antecedentes en la sentencia del asunto *Eurocontrol*, de 1981, y en autos de 23 de junio de 1981 y de 22 de octubre de 1986, y, ya en el terreno del *ultra vires*, ha inspirado la sentencia de 6 de julio de 2010, en el asunto *Honeywell*. Acerca de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en este tema, LÓPEZ CASTILLO, A.; «Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del tribunal Constitucional Federal Alemán en perspectiva», *Revista de Estudios Políticos*, 165 (2014), págs. 117-139, y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. M.; «Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 13 (2011), págs. 97-145. Por otra parte, el Tribunal Constitucional de Polonia ha seguido esta idea de la identidad constitucional como límite a la cesión de soberanía de manera aún más fuerte.

³⁴ Auto del Tribunal Constitucional Federal de 19 de julio de 2011.

ordenamiento constitucional» o «los derechos inalienables de la persona humana³⁵».

Como resultado, la jurisdicción constitucional ha aceptado un repliegue del canon de control de las normas y actos mediante los que se desarrollan y aplican las normas de Derecho de la Unión Europea. El estándar exigible a tales normas y actos ya no es el respeto a la literalidad de los artículos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales, sino la garantía de una «protección equivalente» de los derechos, respecto a la proporcionada por la Constitución, o el respeto a los principios constitucionales fundamentales y los derechos inalienables. Con ello, la jurisdicción constitucional ha abierto un espacio para la aplicación del Derecho de la Unión Europea que evita la disgregación de dicho ordenamiento que se habría producido si en cada caso se hubiera exigido el respeto a los diferentes preceptos relativos a los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados miembros y a las también diferentes interpretaciones de tales derechos que pudieran sostener los respectivos tribunales constitucionales. Un espacio que, por otra parte, no la obliga a renunciar a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, ya que los respectivos tribunales constitucionales se reservan la posibilidad de intervenir en el caso de que se vea amenazado el estándar de la protección equivalente o de los principios constitucionales fundamentales.

En resumen, las soluciones descritas tienen la virtud de posibilitar la aplicación del Derecho de la Unión, permitiendo, al mismo tiempo, que las dos jurisdicciones, la constitucional nacional y la de la Unión Europea, mantengan los principios esenciales de las normas que están llamadas a aplicar, es decir, la supremacía de la Constitución y la primacía del Derecho de la Unión. Con ello, se diluye, o se esquiva, el conflicto que pudiera originar una eventual contraposición entre los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las normas del Derecho de la Unión, o las disposiciones y actos de los Estados encaminados a su desarrollo y aplicación³⁶.

El Tribunal Constitucional español se ha incorporado a esta tendencia mediante su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. La Declaración admite 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, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.» Sobre esta base, señala que la cesión de competencias realizada a la Unión Europea en virtud del artículo 93 tiene unos límites implícitos que «se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)». Finalmente, el

³⁵ Sentencias de la Corte Constitucional italiana de 8 de junio de 1984 (*Granital*) y 21 de abril de 1989 (*Fragd*), dando un giro a la doctrina de la sentencia de 27 de septiembre de 1973 (*Frontini*). Además, el Consejo Constitucional francés, en una decisión del 29 de julio de 2004, ha aceptado la obligación de desarrollar el Derecho de la Unión, salvo que se dé «la existencia de una disposición expresa contraria a la Constitución». Ciertamente, la resolución deja abierta la cuestión de qué se entiende por una disposición expresa contraria a la Constitución. En general, sobre la evolución jurisprudencial de los tribunales constitucionales europeos, CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I.; cit., págs. 33-36.

³⁶ Vid. MADURO, Miguel Poiars; «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, 119 (2003), págs. 11-55, especialmente págs. 38 y ss.

Tribunal Constitucional se reserva la posibilidad de intervenir «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta».

Con ello, el Tribunal Constitucional manifiesta su voluntad de abrir un campo a la aplicación del Derecho de la Unión cuyo límite se aparta de la literalidad de los artículos de la Constitución para replegarse a las estructuras, valores y principios fundamentales de la Constitución, si bien mantiene la posibilidad de actuar en defensa de la supremacía de la Constitución en el caso excepcional de que dicho estándar mínimo fuera quebrantado por el Derecho de la Unión³⁷.

5. Melloni: del diálogo entre tribunales al juego de tronos

Hechas las precisiones anteriores, es necesario plantearse cuál es el valor de la Carta de los Derechos Fundamentales en nuestro ordenamiento. De entrada, la Carta penetra en nuestro ordenamiento por dos vías, los artículos 10.2 y 93 de la Constitución³⁸.

Por una parte, la Carta de los Derechos Fundamentales puede servir de criterio interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, aun en relación con materias y asuntos que queden fuera de las competencias transferidas a la Unión Europea. En este ámbito, la Carta adquiere valor interpretativo a través del artículo 10.2. Así se deduce, además, de la Declaración 1/2004, FJ 6.

Ahora bien, en relación con las competencias cuyo ejercicio se ha atribuido a la Unión Europea, la vía de incorporación de la Carta a nuestro ordenamiento es el artículo 93 de la Constitución. Esto significa que la Carta, con sus remisiones, se convierte en el marco de derechos que deben respetar las normas de la Unión Europea, que, posteriormente, el Estado desarrollará y aplicará. El artículo 51 de la Carta confirma que su contenido vincula a los Estados en su actividad de aplicación del Derecho de la Unión.

Se deriva de la Declaración 1/2004 que la primacía del Derecho de la Unión tiene el límite derivado de la necesidad de respetar las estructuras, valores y principios fundamentales que se derivan de la Constitución, dentro de los

³⁷ Es imposible abarcar la cantidad de trabajos que han comentado la Declaración del año 2004. Por todos, *vid.* SAIZ ARNAIZ, A.; «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada», en LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ ARNAIZ, A. y FERRERES COMELLA, V.; *Constitución Española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005, págs. 57-59, y FERRERES COMELLA, V.; «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea», *Constitución Española y...*, *ob. cit.*, págs. 81-85.

³⁸ DTC 1/2004, FJ 6: «Por tanto la duda que aquí puede examinarse es la relativa a la eventual contradicción con la Constitución de una Carta de los Derechos que, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, debería erigirse, tras su integración en el Ordenamiento español, en pauta para la interpretación de "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce"; ello, claro es, sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex art. 93 CE.»

cuales los derechos fundamentales gozan de una «sustantividad propia», pero, precisamente, la vinculación a la Carta reforzará el acercamiento entre el marco de derechos que deben respetar las normas de la Unión y las normas y actos del Estado.

No obstante, los problemas se plantean cuando surgen casos en los que las normas de la Unión resultan contradictorias con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o, más verosímilmente, cuando la interpretación del Tribunal de Justicia acerca de los derechos tutelados en el marco del Derecho de la Unión garantiza a tales derechos un contenido diferente del que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En estos supuestos, cuando el Estado ejerce su potestad de desarrollar o aplicar la normativa de la Unión, ¿qué estándar ha de respetar, el que se deriva de la Carta, interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o el aplicado por el Tribunal Constitucional?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto sobre esta situación en las sentencias relativas a los asuntos *Akerberg*³⁹ y *Melloni*⁴⁰. Para el Tribunal de Justicia, si la norma de Derecho de la Unión permite un margen de actuación al Estado en su desarrollo, «las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión⁴¹». Ahora bien, si la norma de Derecho de la Unión no deja espacio a un margen de maniobra por parte del Estado y el acto de ejecución es de carácter reglado, el estándar de protección de los derechos aplicable debe ser el que se derive de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴², incluso aunque el derivado de la Constitución nacional sea superior.

Posiblemente, la solución al asunto *Melloni*⁴³ esté escrita en el propio ADN del Derecho de la Unión⁴⁴. Pero ello no es óbice para apreciar que, con esta

³⁹ El asunto se refiere a la aplicación de un recargo y el comienzo de una acción penal por el incumplimiento de las obligaciones recogidas en la normativa sueca para asegurar el pago del IVA.

⁴⁰ En este asunto, el Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Constitucional relativa a la aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción dada por la Decisión Marco 2009/299/JAI. La controversia deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al derecho de una persona condenada en rebeldía a solicitar una revisión de su condena, a partir del artículo 24.2 de la Constitución. Esta jurisprudencia impedía la entrega a Italia de personas condenadas en rebeldía en dicho país, al no estar garantizado en Italia el citado derecho, aun mediante una orden de detención europea. La modificación de la Decisión Marco del año 2009, sin embargo, excluye la posibilidad de rechazar la entrega por dicho motivo en determinados casos.

⁴¹ STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg*, C-617/10.

⁴² STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11.

⁴³ Excede del presente trabajo tratar sobre la problemática de la articulación entre justicia constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco procesal, resuelta por el Tribunal de Justicia en favor de la plena autonomía de la vía incidental, que no puede ser modulada o condicionada por los derechos nacionales. En este sentido, la STJUE de 22 de junio de 2010, asuntos *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10. *Vid.*, a este respecto, CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J. L.; «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50 (2015), págs. 173-194. En España, las SSTC 58/2004 y 194/2006, que consideraron necesaria la presentación de la cuestión prejudicial antes de que un órgano judicial decidiera no aplicar una ley española que pudiera ser contraria al Derecho de la Unión, fueron superadas por la STC

sentencia, el Tribunal de Justicia se ha colocado en una lógica distinta a la del diálogo entre tribunales⁴⁵. Una lógica de *juego de tronos*. En efecto, ya no se trata de crear un espacio en el que el Derecho de la Unión se pueda aplicar respetando los principios característicos propios de la Constitución y del propio Derecho de la Unión, sino de determinar cuál de las normas en conflicto prevalece, excluyendo a la opuesta. La sentencia del Tribunal de Justicia, en este caso, supone el desplazamiento de los derechos fundamentales derivados de la Constitución como canon para enjuiciar actos de las autoridades nacionales que sean ejecución de normas de la Unión Europea, y su sustitución por el canon que se deriva del Derecho de la Unión, esto es, la Carta de los Derechos Fundamentales, con sus remisiones al Convenio, a las disposiciones específicas y a otras fuentes complementarias⁴⁶. Un canon, el de las normas de derecho de la Unión, que, además, es interpretado por el Tribunal de Justicia, y no por el Tribunal Constitucional. No se admite, siquiera, la clásica regla de Derecho internacional según la cual las normas internacionales sobre derechos humanos suponen un estándar mínimo de protección que los Estados pueden incrementar.

Las tensiones que una respuesta de este tipo puede provocar en la jurisdicción constitucional del país donde se deba son palpables en la respuesta del Tribunal Constitucional al recurso de amparo en el curso del cual se presentó la cuestión prejudicial que está en el origen del asunto *Melloni*.

La STC 26/2014 ha procedido a tomar en consideración la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los derechos de los artículos 47 y 48.2 de la Carta para resolver sobre la extradición del recurrente en amparo, rectificando así la jurisprudencia dictada anteriormente acerca de la interpretación de las garantías procesales derivadas del artículo 24.2 de la Constitución⁴⁷, si bien formalmente ha conectado la doctrina de los citados Tribunales con la que él mismo había establecido en el año 1990, en torno al hecho de que el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, cuando se proyecta hacia los tribunales españoles (*ad intra*) es más amplio que cuando se proyecta hacia los tribunales

78/2010, que entiende que la cuestión prejudicial solamente es necesaria en los casos en que así se derive del propio Derecho de la Unión, confirmada por las SSTC 27/2013, 212/2014 y 99/2015.

⁴⁴ No se opone a esta consideración la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Jeremy F.*, C-168/13, que, siendo más matizada que la sentencia del caso *Melloni*, versa sobre un caso muy diferente. Lo que se dilucidaba en esa sentencia era la posibilidad de que un Estado prevea en su legislación un recurso suspensivo frente a la ejecución de una resolución de entrega de una persona detenida. El Tribunal de Justicia entendió que dicho era conforme con la Decisión Marco 2002/584/JAI, si bien aclaró que dicho recurso debía ser resuelto en el plazo previsto por la Decisión Marco para efectuar la entrega.

⁴⁵ VAN RICKEVORSEL, E.; «Droits fondamentaux (arrêt “Akerberg Fransson”; arrêt “Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal)», *Revue du droit de l’Union Européenne*, 1 (2013), pág. 187.

⁴⁶ En este sentido, BESSELINK, L. F. M.; *European Law Review*, 4 (2014), pág. 550, y UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I.; «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 46 (2013), pág. 179.

⁴⁷ SSTC 91/2000, FJ 7, 177/2006, FJ 7, y 199/2009, FJ 3, entre otras. Si bien la adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al Derecho de la Unión no se logra en la sentencia totalmente, como pone de relieve MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.; «Tribunal Constitucional – Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 48 (2014), pág. 610.

de otros Estados (*ad extra*), supuesto en el cual dicho contenido se ve reducido a sus exigencias más básicas o elementales⁴⁸.

Con ello, el Tribunal Constitucional ha convertido un problema que se debía dilucidar en el ámbito de la cesión del ejercicio de competencias a través del artículo 93 de la Constitución y de la primacía del Derecho de la Unión, en una cuestión de interpretación del artículo 24.2 de la Constitución, que resuelve implícitamente al amparo del artículo 10.2⁴⁹. En nuestra opinión, la solución más consecuente con la Declaración de 2004 habría sido aceptar el repliegue del estándar de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional y admitir la primacía del Derecho de la Unión en este caso. Subsiguientemente, el Tribunal Constitucional habría podido inadmitir el recurso, siguiendo la misma técnica del Tribunal Constitucional Federal alemán, apreciando que el asunto no afectaba a los principios y valores constitucionales fundamentales⁵⁰.

Ciertamente, la posición del Tribunal Constitucional puede entenderse. La terminante argumentación del Tribunal de Justicia probablemente ha provocado en el Tribunal Constitucional una jurisprudencia *de rechazo*, en el sentido de reafirmar su competencia para establecer de forma autónoma el estándar sobre el cual evaluar los actos de las autoridades nacionales a partir de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Sin embargo, la solución del Tribunal es bastante comprometedora. El Tribunal Constitucional parece considerar como estándar de la aplicación estatal de la norma de la Unión en cuestión (la Decisión Marco 2002/584/JAI) la literalidad del artículo 24.2 de la Constitución, separándose de la lectura que entendemos como más consecuente con la Declaración de 2004. Ahora bien, ello lo fuerza, por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, a rebajar el estándar de protección del artículo 24.2 de la Constitución para acomodarlo a la interpretación del Tribunal de Justicia, que sigue, en este caso, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El resultado no es muy alentador. Paradójicamente, queriendo reforzar su estatus de garante de los derechos fundamentales, termina debilitando su propia posición. Una cosa es no aplicar en el caso concreto su estándar de protección del artículo 24.2 de la Constitución, a causa de la necesidad de respetar la primacía del Derecho de la Unión, y otra distinta es modificar, a la baja, su propio estándar de protección, en virtud de la

⁴⁸ Para la STC 26/2014, FJ 4, y a diferencia de lo declarado anteriormente en la STC 91/2000, FJ 7, y otras subsiguientes, no se hallaría entre dichas exigencias más básicas o elementales el derecho a una revisión de la sentencia dictada en ausencia de la persona condenada cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio haya sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por la persona acusada debidamente emplazada y ésta haya sido efectivamente defendida por Letrado designado.

⁴⁹ El Tribunal Constitucional pone en el mismo plano al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a 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» (STC 26/2014, FJ 4). Por el contrario, en la órbita del artículo 93 de la Constitución se movía el voto particular del magistrado Pérez Tremps al ATC 86/2011, que acordó el planteamiento de la cuestión prejudicial en este asunto.

⁵⁰ Sobre este tema, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.; «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 53 (2015), págs. 44 y ss.

adaptación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵¹. Y, por otra parte, la solución defendida por los votos particulares tampoco parecía coherente, ya que llevaba al Tribunal Constitucional a erigirse en aplicador, no de la Constitución, sino de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵².

Con todo, la lógica del juego de tronos entraña riesgos también para el Tribunal de Justicia. En la STC 48/2014 el Tribunal Constitucional parece haber dado un paso al frente, mostrando al Tribunal de Justicia que puede, si no impedir, sí al menos obstaculizar la eficacia de su jurisprudencia. En esta sentencia, ha otorgado el amparo a una persona condenada por varios tribunales italianos, frente a las resoluciones judiciales que ordenaban su entrega a las autoridades italianas, ahora con el argumento de que dichas resoluciones no estaban suficientemente motivadas y, por tanto, vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. Particularmente, la STC 48/2014, FJ 4, emplaza a los órganos judiciales a llevar a cabo «un juicio de ponderación, de cara a contrastar la acomodación de las garantías ofrecidas por el Estado requirente al canon de constitucionalidad aplicable al caso⁵³.»

Ciertamente, sobre la base de dicha jurisprudencia, bastará, para que la entrega se haga efectiva, que el órgano judicial competente motive su decisión conforme al canon establecido en la propia sentencia. El canon de enjuiciamiento ya no lo constituyen las garantías del proceso debido del artículo 24.2 de la Constitución, sino las exigencias que debe observar la motivación de las resoluciones judiciales, a partir de la interpretación del artículo 24.1.

Sin embargo, resulta evidente que, en la práctica, este tipo de decisiones puede tener el efecto de retrasar la entrega –no solo porque se deba esperar a una nueva resolución de la Audiencia Nacional, sino porque hay que contar con el efecto de un posterior recurso de amparo frente a dicha nueva resolución– y, en todo caso, traslada al órgano judicial la carga de razonar si las garantías ofrecidas por el proceso penal en Italia son suficientes, lo cual impide validar automáticamente las resoluciones judiciales italianas.

Habrà que esperar posteriores resoluciones para hallar el desenlace de esta problemática, pero la STC 48/2014 apunta que, a pesar de la apariencia creada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Melloni, las espadas aún están en alto. Y es que el Tribunal de Justicia de la Unión, con la doctrina del asunto *Melloni*, afronta el riesgo de una

⁵¹ Para RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.: «The Spanish Constitutional Court and Fundamental Rights Adjudication After the First Preliminary Reference», *German Law Journal*, 6 (2015), pág. 1.526, la solución del Tribunal Constitucional debilita su papel como última garantía de los derechos fundamentales. En el mismo sentido, MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.; «Tribunal Constitucional – Sentencia...», cit., págs. 616-617, poniendo de relieve cómo la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional se aplica también a casos externos al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Igualmente, FIGUERUELO BURRIEZA, A.; «El diálogo "aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)», en FIGUERUELO BURRIEZA, A. (Dir.) y LEÓN ALONSO, A. (Coord.); *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, 2014, págs. 1 y ss.

⁵² Al menos, los votos particulares de las magistradas Asúa Batarrita y Roca Trías. Esta es la opción que sigue, no obstante, el Tribunal Constitucional austríaco en su sentencia de 14 de marzo de 2012, y defendida también por MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.; «Tribunal Constitucional – Sentencia...», cit., pág. 608.

⁵³ El carácter problemático de esta sentencia ha sido advertido por Martín Rodríguez. *Ibidem*, págs. 610-611.

jurisprudencia de rechazo que, por vías más o menos disimuladas, ponga en cuestión la propia eficacia de sus sentencias y del Derecho de la Unión Europea⁵⁴.

En el mismo escenario de juego de tronos se mueve el Tribunal Constitucional Federal alemán, al haber admitido un amparo en relación con el programa de compra de títulos en los mercados de deuda soberana por parte del Banco Central Europeo⁵⁵. En este caso, es el Tribunal Constitucional alemán el que lanza el envite, al colocar el respeto a la identidad constitucional, es decir, uno de los límites a la primacía del Derecho de la Unión fijados por el propio Tribunal Constitucional, como uno de los puntos clave de su argumentación frente a dicho programa. El problema es que, una vez dictada por el Tribunal de Justicia su sentencia de 16 de junio de 2015, asunto *Gauweiler*, el asunto vuelve al Tribunal Constitucional, que habrá de encontrar una solución que permita compatibilizar el respeto a la identidad constitucional con la primacía del Derecho de la Unión, o bien originar un conflicto con el Tribunal de Justicia.

6. Reflexiones finales

Pensábamos que los conflictos entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea eran improbables, como lo califica la Corte Constitucional italiana, o difícilmente concebibles, como señala nuestro Tribunal Constitucional en su Declaración de 2004. Sin embargo, la dinámica del Derecho de la Unión Europea probablemente va a facilitar que poco a poco se vayan originando supuestos conflictivos, que, si bien no van a ser la regla, sí van a ser

⁵⁴ Matices diferentes tienen las SSTC 50/2014, 54/2014 y 58/2014. Particularmente, en la primera se entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la libertad de residencia (art. 19 CE), debido a que la resolución de la Audiencia Nacional que ordenaba la entrega no había dado respuesta a las circunstancias alegadas por el recurrente para fundamentar su pretensión de equiparación con las personas de nacionalidad española, si bien en este caso lo que el Tribunal Constitucional pide a la Audiencia Nacional es un esfuerzo por acomodar su decisión a lo dispuesto en el artículo 4.6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, interpretado por la STJUE de 5 de septiembre de 2012, asunto *Lopes Da Silva*. Es decir, el Tribunal Constitucional solicita a la Audiencia Nacional la acomodación al Derecho de la Unión Europea de la interpretación de un precepto legal nacional [el art. 12.2 f) de la Ley 3/2003]. Las SSTC 54/2014 y 58/2014 estiman los recursos de amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en materia de expulsión. No obstante, en los tres casos señalados, las sentencias se dictan cuando las personas habían sido ya entregadas a las autoridades italianas.

⁵⁵ El propio auto de planteamiento de la cuestión prejudicial adopta una perspectiva de enfrentamiento, ya que está formulado en unos términos que parecen querer dictar al Tribunal de Justicia cuáles debían ser las respuestas a las cuestiones sometidas a su consideración mediante la cuestión prejudicial. Sobre este tema, *vid.* LÓPEZ CASTILLO, A.; «Prejudicializando... Comentario de...», *cit.*, págs. 315-325. Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal respecto al control *ultra vires* del Derecho de la Unión Europea, CORTI VARELA, J., y otros; «El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la decisión 06.07.2010 (2 BVR 2661/06)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 40 (2011), págs. 827-852. El Tribunal Constitucional checo, situándose en la dinámica del conflicto, ha admitido en 2012 la posibilidad de revisar por *ultra vires* una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una sentencia que, por lo demás, no ha sido bien recibida por la doctrina. *Vid.* una crítica a esta sentencia en RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M.; «Diálogo entre jurisdicciones, *ultra vires* y rabetas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97 (2013), págs. 371-398.

significativos para definir la relación entre uno y otro espacio jurídico y entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Primero, porque cuando hablamos de derechos, lo hacemos, en realidad, de derechos interpretados por tribunales, y evidentemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no pueden ser idénticas; segundo, a causa de la expansión competencial de la Unión; y tercero, debido a la interpretación amplia que se va imponiendo en el Tribunal de Justicia acerca de cómo definir el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, que incrementa los casos de contacto, y potencial conflicto, entre la concepción nacional y la concepción de la Unión acerca de los derechos fundamentales.

Y, si bien los supuestos de conflicto se han venido tratando con técnicas propias de diálogo entre tribunales, los últimos años muestran casos que se inscriben en una dinámica que hemos calificado de juego de tronos, en la que los tribunales, constitucional y de la Unión, compiten por imponer su estándar de protección de los derechos fundamentales, con exclusión del estándar de su contraparte. Pensábamos que el diálogo entre tribunales diluía el conflicto, pero estamos descubriendo que solo lo aplazaba.

Con el fin de canalizar estos conflictos, resulta necesaria una llamada a profundizar en el diálogo entre tribunales, para buscar soluciones que pudieran resultar compartidas, tanto en el espacio de la Unión, como en el espacio nacional⁵⁶. Por parte del Tribunal Constitucional, en los casos en que debiera enjuiciar actos estatales reglados de aplicación del Derecho de la Unión, posiblemente se deberían sacar todas sus consecuencias de la Declaración de 2004, en la que el aquél repliega su canon de control a las estructuras, valores y principios fundamentales de la Constitución, para, en consecuencia, inadmitir los recursos de amparo en los que no estén en juego tales elementos, aceptando la aplicación a tales actos del estándar que se deriva de la Carta de los Derechos Fundamentales y de su interpretación por parte del Tribunal de Justicia, en virtud de la primacía del Derecho de la Unión. Esta es, por otra parte, una consecuencia necesaria para hacer operativa la aplicación del Derecho de la Unión, dada la imposibilidad de que el Tribunal de Justicia adapte su jurisprudencia a cada uno de los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales⁵⁷. En definitiva, no se trata sino de sacar las consecuencias inherentes al hecho de que España es parte de la Unión Europea.

A ello ayudaría, ciertamente, una reforma constitucional que hiciera explícitos en el artículo 93 de la Constitución los límites impuestos, desde la supremacía de la Constitución, a la aplicación con primacía del Derecho de la Unión, tal como se ha hecho en Estados como Alemania, Portugal y Suecia⁵⁸. El camino está ya allanado por la Declaración de 2004.

⁵⁶ Es la conclusión del análisis de las cuestiones suscitadas por las sentencias de los asuntos *Akerberg y Melloni* en 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 Law Marker Review*, 50/5 (2013), págs. 1.267 y ss.

⁵⁷ DE BOER, N.; «Adressing rights divergences under the Charter: Melloni», *Common Market Law Review*, 50/4 (2013), págs. 1083 y ss., TORRES PÉREZ, A.; «Melloni in three acts: From dialogue to monologue», *European Constitutional Law Review*, 10/2 (2104), pág. 330.

⁵⁸ SAIZ ARNAIZ, A.; ob. cit., pág. 59.

Ahora bien, cuando se habla de diálogo de los tribunales, normalmente se plantea el tema en unos términos que solo esconden la cesión de terreno por parte de los Tribunales Constitucionales en el control de la actuación de las normas de Derecho de la Unión y de las normas y actos estatales que suponen desarrollo y aplicación de dichas normas. En nuestra opinión, por el contrario, se requiere también un esfuerzo por parte del Tribunal de Justicia⁵⁹. Ante todo, sería conveniente una aplicación moderada en adelante de la doctrina *Melloni*. Pero además, si su jurisprudencia se va a encaminar a imponer a los Tribunales Constitucionales su comprensión de los derechos fundamentales, sería conveniente continuar los esfuerzos por dotar a su jurisprudencia de la estructura propia de la argumentación constitucional en el ámbito de la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales.

Ciertamente, a partir de la incorporación de la Carta al Derecho de la Unión se ha extendido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a los derechos fundamentales, pero, con todo, la interpretación de los derechos fundamentales no deja de ser una cuestión incidental en el discurso del Tribunal de Justicia⁶⁰. Muestra de lo anterior es la tendencia a enmarcar la aplicación de los derechos fundamentales en las normas relativas a las libertades fundamentales o que desarrollan otras competencias de la Unión, o el hecho de que los derechos fundamentales de la Carta hayan servido más para controlar la conformidad de las actuaciones de los Estados al Derecho de la Unión que para enjuiciar desde criterios constitucionales el propio Derecho de la Unión. En especial, no ayudan a reforzar el papel del Tribunal de Justicia como intérprete de los derechos fundamentales sentencias en las que adopta una interpretación restrictiva de ellos, aun cuando pueda estar fundada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las sentencias de 10 de septiembre de 2013, asunto *G. y R.*⁶¹, y de 26 de septiembre de 2013, asunto *Texdata Software*, son un ejemplo de lo que estamos diciendo. Y, en particular, la Carta ocasiona el riesgo de que el Tribunal de Justicia acomode, como norma general, su jurisprudencia al estándar mínimo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ocasionando una rebaja del estándar de protección de los derechos fundamentales empleado por los tribunales nacionales⁶².

⁵⁹ Aun reconociendo la naturaleza esencialmente dialógica de la función del Tribunal de Justicia con los actores jurídicos nacionales, especialmente a través de la cuestión prejudicial. *Vid.* MADURO, M. P.; cit., págs. 25 y ss.

⁶⁰ AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; «La autonomía del...», cit., pág. 246. Una crítica al «authoritative style of reasoning» del Tribunal de Justicia, en KOMAREK, J.; «The Place of Constitutional Courts in the EU», *European Constitutional Law Review*, 9/3 (2013), pág. 433. Como minimalista es calificada la argumentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los asuntos relativos a derechos fundamentales planteados mediante cuestiones prejudiciales por el autor citado y por SARMIENTO, D.; «Half a Case at a Time: Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice», CLAES, M. y otros (Eds.), *Constitutional Conversations in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 11 y ss. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.; «Tribunal Constitucional – Sentencia...», cit., pág. 618. En el mismo sentido, en relación con el asunto *Melloni*, IZQUIERDO SANS, C.; «Sobre lo que opina el TJ en relación con la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión», *La Ley: Unión Europea*, 4 (2013), pág. 7.

⁶¹ Comentada en ALONSO GARCÍA, R.; ob. cit., págs. 52-64.

⁶² MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J.; «Crónica de una...» cit.

El Tribunal de Justicia ha afirmado ya el carácter constitucional de los Tratados⁶³. Ahora, procede que adopte cánones de argumentación que reflejen la naturaleza materialmente constitucional de los derechos fundamentales en la Unión⁶⁴.

En este sentido, la doctrina ha desarrollado teorías, como las conocidas *Reverse Solange* u *Horizontal Solange*⁶⁵, que convertirían al Tribunal de Justicia en competente para conocer respecto de violaciones sistemáticas de los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluso en el ámbito de competencia de los Estados. Esta idea, que se ha dejado sentir ya, de hecho, en la sentencia del asunto *N.S.*⁶⁶, convertiría al Tribunal de Justicia en una especie de Tribunal supraconstitucional, respecto a los Estados y, llegado el caso, sobre sus propias jurisdicciones constitucionales.

Además de lo anterior, que versa sobre cómo los derechos fundamentales de la Carta pueden servir para controlar actuaciones de los Estados, pueden darse pasos para que los derechos vayan ocupando mayor espacio en la fundamentación de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos ordinarios. En este sentido, como señala Alonso García, se trataría de cambiar la lógica de la interpretación imperante de los Tratados, centrada en asegurar el efecto útil del Derecho de la Unión, por una interpretación basada en derechos fundamentales⁶⁷.

⁶³ Muy significativo en este sentido es el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, sobre la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En torno al proceso de constitucionalización de los Tratados, en el sentido de relativizar la diferencia entre Tratado y Constitución, DíEZ-PICAZO, L. M.; «Tratado y Constitución», en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, págs. 82 y ss., y *La naturaleza de la Unión Europea*, In/Dret 4/2008, Barcelona, 2008, págs. 11 y ss.

⁶⁴ En cambio, el Dictamen 2/13, en su apartado 177, señala que «los derechos fundamentales, tal como han sido reconocidos en particular en la Carta, deben interpretarse y aplicarse en la Unión respetando ese marco constitucional recordado en los apartados 155 a 176», en una afirmación que, por tanto, parece excluir el carácter constitucional de los derechos y subordinar su interpretación a las estructuras verdaderamente constitucionales de la Unión, presididas por el principio de atribución de competencias.

⁶⁵ VON BOGDANDY, A., KOTTMAN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S. y SMRKOLJ, M.; «Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review*, Vol. 49/2 (2012), págs. 489-519; CANOR I.; «My brother's keeper? Horizontal Solange: 'An ever closer distrust among the peoples of Europe'», *Common Market Law Review*, Vol. 50/2 (2013), págs. 383-421. En la misma línea, el Abogado General Maduro, en sus Conclusiones al asunto *Centro Europa*, C-380/05, ap. 21.

⁶⁶ Relativa a un demandante de asilo. Excusamos explicar los detalles del caso. La sentencia reconoce que en la época en que se trasladó a la persona afectada «existían deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo», las cuales, además, habían sido puestas de manifiesto en la STEDH de 21 de enero de 2011, asunto *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*.

⁶⁷ ALONSO GARCÍA, R.; ob. cit., pág. 49. Por ejemplo, en la STJUE de 17 de julio de 2014, asunto *Sánchez Morcillo*, C-169/14, en relación con la limitación de las posibilidades de actuación del deudor en el procedimiento español de ejecución hipotecaria, centra su argumentación en el hecho de que dicho procedimiento «pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13», sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y solo una vez declarado lo anterior, añade que el citado procedimiento es contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, que forma parte del «principio (*sic*) de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 de la Carta».

De esta forma, además, se afrontaría el problema de principio que subyace a los conflictos entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones constitucionales nacionales. En estos conflictos está latente la diferente lógica a la que obedecen la Unión y los Estados. En el caso de la primera una lógica finalista, centrada en el logro de un espacio de racionalidad económica y en la eficacia en el ejercicio de determinadas competencias a través de su gestión integrada; en el caso de los segundos, la lógica democrática y de la ciudadanía, que es propiamente la de los derechos.

Ciertamente, lo anterior topa con dificultades, tanto de índole normativo, y ahí están, entre otros, los artículos 51 y 52.2 de la propia Carta, como de principio, ya que pondría en discusión la naturaleza funcional y finalista de la Unión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha dado muestras evidentes de activismo en aras de una construcción autónoma del Derecho de la Unión. Y, por otra parte, es evidente que los derechos fundamentales deben entrar en la ponderación que debe hacerse para dar solución a las controversias jurídicas producidas en el ámbito de la Unión. Se trataría, por tanto, de dar a los derechos un peso en la ponderación conforme con su naturaleza de fundamentales o, dicho en otros términos, de asumir hasta sus últimas consecuencias que los derechos fundamentales constituyen elementos constitutivos del Derecho de la Unión, en la misma medida que las disposiciones que establecen las competencias y los fines de las instituciones de la Unión.

Finalmente, se trata de plantear la relación entre ambas jurisdicciones en términos de concretar cuál es el papel que les corresponde en un marco, como el de la Unión Europea, que camina hacia una mayor integración y que, al mismo tiempo, debe ser un marco de respeto a los derechos fundamentales. Si las sentencias del Tribunal de Justicia generan una dinámica que lo convierten en motor de la integración, los tribunales constitucionales suministran las pautas que debe seguir el discurso jurisprudencial sobre los derechos fundamentales. Probablemente, las sentencias del Tribunal de Justicia, si van a determinar en el futuro el estándar de derechos fundamentales que deban seguir los tribunales nacionales en algunos casos, sean aceptadas en mayor grado si asumen esquemas argumentales propios de los tribunales constitucionales⁶⁸.

⁶⁸ Si se ha dicho que la sentencia del asunto *Melloni* conlleva pasar del diálogo al monólogo (TORRES PÉREZ, A.; cit., pág. 308), la solución sería intensificar el diálogo y convertirlo en tertulia, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como invitado (GORDILLO PÉREZ, L. I. y TAPIA TRUEBA, A.; «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 22 (2014), en http://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/09_gordillo_tapia.htm