

EL ESPACIO EUROPEO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DE LA CARTA A LAS CONSTITUCIONES NACIONALES*

The European Space of Fundamental Rights:
From the Charter to the National Constitutions

ANA CARMONA CONTRERAS
Universidad de Sevilla

Cómo citar/Citation

Carmona Contreras, A. (2016).

El espacio europeo de los derechos fundamentales:
de la Carta a las constituciones nacionales

Revista Española de Derecho Constitucional, 107, 13-40.

doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.01>

Resumen

El presente trabajo muestra las líneas maestras que configuran el espacio europeo de derechos fundamentales a partir de la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Un espacio de naturaleza compleja y todavía en proceso de construcción, en el que el rol de las constituciones nacionales y de los ordenamientos internos experimenta una profunda transformación, dada la naturaleza de derecho primario que presenta la Carta. La existencia de niveles

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) a las Constituciones, pasando por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)» (DER2013-41303-P).

de protección de los derechos fundamentales no coincidentes a cargo de la Carta y las constituciones nacionales o la necesidad de definir precisamente el ámbito de aplicación de tales derechos por parte de los Estados miembros generan importantes conflictos entre ordenamientos, cuya resolución requiere una perspectiva adecuada a la lógica de la integración europea y que dé respuesta a las exigencias de recíproca acomodación entre aquellos.

Palabras clave

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; constituciones; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; tribunales constitucionales; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; pluralismo constitucional; estándar de protección.

Abstract

This paper aims traces the major characteristics of the European space of fundamental rights, subsequent to the ratification of the European Union Charter of Fundamental Rights. The emerging picture is one of complexity and work-in-progress, where the traditional roles of national Constitutions and domestic legal systems are experiencing a deep transformation. The existence of different levels of protection of the fundamental rights according to the EU Charter and national Constitutions, respectively, creates serious conflicts between the both legal spheres; their resolution requires a fine balance between the logic of European integration, on one hand, and the need for mutual accommodation of national legal frameworks, on the other.

Key words

European Union Charter of Fundamental Rights; Constitutions; European Convention on Human Rights; European Union Court of Justice; constitutional courts; European Court of Human Rights; constitutional pluralism; standard of protection.

SUMARIO

I. LOS DERECHOS EN EL TRATADO DE LISBOA: CONTINUIDAD Y TRANSFORMACIÓN. II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. III. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DIALÉCTICA AUTONOMÍA VS. PLURALISMO (ART. 6 TUE). IV. ELEMENTOS CONFIGURADORES Y PARÁMETROS DE INTEGRACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LOS DERECHOS (ART. 52 CDFUE): 1. Los derechos del CEDH como umbral mínimo. 2. Las tradiciones constitucionales comunes como criterio interpretativo. 3. La referencia al ámbito infraconstitucional interno: las legislaciones y prácticas nacionales. V. LA DEFINICIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A VUELTAS CON EL ART. 53 CDFUE. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS DERECHOS EN EL TRATADO DE LISBOA: CONTINUIDAD Y TRANSFORMACIÓN

Tomando como referencia directa la aquilatada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de derechos fundamentales, los Tratados de Niza (2000) y el Proyecto de Constitución Europea (2004) llevaron a cabo sendos intentos constitucionalizadores que, sin embargo, no lograron salir adelante. Hay que esperar a 2009, año en el que entra en vigor el Tratado de Lisboa¹, para que la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea (UE) se lleve efectivamente a cabo. El art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) proclama expresamente un *bill of rights* europeo —«la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo»— al que se confiere el máximo rango normativo, reconociéndole «el mismo valor jurídico que los Tratados».

¹ La denominación Tratado de Lisboa (aprobado en 2007) no se refiere a un único texto normativo. Bajo tal rúbrica se integran el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), diversos Protocolos, así como distintas declaraciones que acompañan a aquellos.

Una adecuada comprensión del fenómeno aludido exige tener presente que, como pone de manifiesto la propia dicción literal del art. 6.1 TUE, la regulación de los derechos fundamentales por parte del derecho primario no opera en el vacío ni crea *ex novo* un sistema desconocido para el ordenamiento jurídico de la UE (Cartabia, 2009: 15). Antes bien, el salto de los derechos al máximo nivel normativo nos sitúa ante el punto de llegada de un largo proceso de construcción² que se remonta muy atrás en el tiempo —arranca con la Sentencia Stauder (1969)³— y que ha contado para su desarrollo con el esencial impulso creativo del TJUE⁴. Buena prueba de ello, según se constatará más adelante, es que las previsiones que recoge la normativa aprobada en Lisboa a la hora de definir el contenido de los derechos viene a asumir el elenco de elementos configuradores acuñado paulatinamente por la Corte de Luxemburgo en su jurisprudencia. Con la normativización, pues, se formaliza y sistematiza un corpus de derechos y una comprensión que ya existía con anterioridad.

El evidente elemento de continuidad inherente a este modo de proceder, sin embargo, no puede soslayar, sino que ha de conjugarse necesariamente con la potente carga transformadora que se desprende de la constitucionalización de los derechos, que los coloca en el núcleo del universo comunitario y les confiere una renovada capacidad para permear y condicionar tanto las actuaciones de las instituciones europeas como sus normas. El punto de llegada, de esta forma, no puede considerarse como un simple punto y seguido. Ello equivaldría a afirmar que todo ha cambiado para que todo permanezca igual. Desechada tal opción meramente continuista tampoco cabe afirmar que estamos ante un punto final que proporciona una imagen definitiva del sistema de derechos fundamentales aplicable en el espacio de la UE. Muy al contrario, cerrada una puerta se abre otra y esta nos sitúa directamente ante la compleja problemática inherente a la operación *iusfundamentalizadora* que, desde su arranque, está generando tensiones relacionales con los sistemas de derechos

² Un proceso de constitucionalización que para Gordillo y Martinico (2015: 19), debe entenderse como expresión de la «progresiva humanización» del ordenamiento jurídico comunitario.

³ STJCE, de 12 de noviembre de 1969, Asunto Stauder (C-29/69).

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

preexistentes en el espacio europeo, muy señaladamente con los de cuño constitucional interno.

Atendiendo precisamente a dicha problemática este trabajo se propone realizar un sucinto recorrido analítico por algunos de los frentes conflictivos que en la actual fase de construcción del sistema europeo de derechos se están poniendo de manifiesto. Más concretamente, dedicaremos una atención preferente a tres cuestiones: por un lado, la determinación del ámbito de aplicación en el que tales derechos gozan de operatividad y que, por lo tanto, delimita su terreno de actuación. Por otro, la definición del contenido de los derechos fundamentales de la UE y su interacción con el proclamado por los *otros* textos constitucionales que operan en el ámbito de la UE. Finalmente, abordaremos la espinosa cuestión de cómo determinar cuál ha de ser el nivel de protección que corresponde a los mismos en caso de discrepancias entre el estándar definido por la Carta/Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y las constituciones nacionales.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

De entrada, no cabe perder de vista una idea que por obvia no deja de ser determinante, a saber, que los derechos fundamentales alcanzan la mayoría de edad en la UE en un escenario en el que los Estados miembros cuentan, y siguen contando a día de hoy, con sus propias declaraciones de derechos. Unas declaraciones que en su superior configuración constitucional muestran una inicial vocación omnicompreensiva y a las que la Carta no aspira a sustituir *tout court*. En efecto, los derechos de la UE presentan por definición un radio de acción doblemente limitado. Desde la perspectiva del funcionamiento de la UE porque como el propio art. 6.1 *in fine* TUE dispone: «Las disposiciones de la Carta *no ampliarán* en modo *alguno las competencias de la Unión* tal como se definen en los Tratados»⁵.

Cerrando el paso a cualquier duda que pudiera plantearse al respecto, el art. 51.2 CDFUE, asume una actitud más incisiva, formulando un abierto compromiso con el principio de contención competencial que rodea la afirmación de los derechos de la UE:

La presente Carta *no amplía* el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión *más allá de las competencias* de la Unión, *ni crea ninguna competencia* o misión

⁵ Cursiva nuestra.

nuevas para la Unión, *ni modifica las competencias* y misiones definidas en los Tratados⁶.

Resulta claro, pues, que el radio de acción de los derechos contenidos en la Carta queda circunscrito en primer lugar únicamente al ámbito de las competencias de la UE, sin que puedan penetrar el terreno de aquellas otras que, por no haber sido cedidas por los Estados, permanecen incardinadas en la esfera de su soberanía. Este modo de plantear la cuestión asume sin fisuras el principio de atribución (art. 5.1 TUE⁷), en tanto que principal eje vertebrador del sistema europeo de competencias. En virtud del mismo el art. 5.2 TUE dispone lo siguiente:

La Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

Tal aproximación al tema justifica que al definir la identidad de los destinatarios de los derechos fundamentales de la UE el art. 51.1 CDFUE mencione en primera instancia «a las instituciones, órganos y organismos de la UE, dentro del principio de subsidiariedad». Obsérvese que la acción de la UE, aún dentro del radio de sus competencias queda sometida a un límite ulterior, puesto que ha de respetar adicionalmente el principio de subsidiariedad⁸. Centrándonos en el mandato genérico que este precepto contiene, la

⁶ Cursiva nuestra.

⁷ «La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».

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

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

Por su parte, los Estados miembros también van a quedar vinculados por los derechos, pero en este segundo supuesto el mandato contenido en el art. 51.1 CDFUE en torno a la operatividad de las disposiciones de la Carta incorpora una ulterior y, asimismo, sustancial modulación al afirmar que esta se activa «*únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*»⁹. Por consiguiente, estos «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión».

La previsión relativa al respeto de los derechos por parte de los Estados cuando aplican la normativa europea recoge expresamente la postura adoptada por el TJUE en la Sentencia Wachauf (1989)¹⁰. En dicha resolución se abordaba la cuestión de la «aplicación» tomando en consideración la actividad desarrollada por el Estado miembro cuando actúa como «agente de la Unión», esto es, cuando adopta normas internas que son requeridas por disposiciones comunitarias (transponiendo directivas o desarrollando otro tipo de normas europeas). En tal caso, el Estado se comporta como instancia ejecutiva o ejecutora del derecho europeo, lo cual abre la puerta para la incorporación del mismo a su ordenamiento¹¹.

Una segunda vertiente inherente al concepto *aplicación* es la que se contempla en la Sentencia ERT (1991)¹², considerando que cuando un Estado adopta una medida que supone una excepción a alguna de las cuatro libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, entonces hay que estimar que aquella se incluye en el ámbito de aplicación del derecho comunitario y, consecuentemente, debe ser conforme con los derechos fundamentales de la UE.

⁹ Cursiva nuestra.

¹⁰ STJCE, de 13 de julio de 1989, Asunto Wachauf (C-5/88).

¹¹ El planteamiento del Tribunal adopta la doctrina de la «*incorporation*» utilizada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en cuya virtud los derechos de la Constitución de la federación son incorporados a los ordenamientos de los Estados que la integran a través de la normativa de aplicación por estos del derecho central. Sobre el paralelismo existente entre ambos planteamiento, por todos, *vid.* De Witte (1999: 873).

¹² STJCE, de 18 de junio de 1999, Asunto Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT) (C-260/89).

Un posterior hito en el desarrollo del contenido atribuido a la noción de *aplicación/implementación* se encuentra en la Sentencia Åkerberg Fransson (2013)¹³, en la que el Tribunal de Luxemburgo ha considerado que una norma estatal incluida en el ámbito de aplicación del derecho de la UE también queda obligada a respetar la Carta. Sobre la base de tal razonamiento expansivo se ha abierto una puerta para un potencial incremento de la eficacia vinculante de esta, afirmándose que «la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta». A la luz de esta novedosa aproximación jurisprudencial es posible mantener que el concepto de «aplicación» recogido por el art. 51.1 CDFUE no agota su virtualidad en el terreno estricto de las actividades de ejecución normativa de normas comunitarias que llevan a cabo los Estados. Junto a estas, pasan a incluirse también aquellas regulaciones y acciones estatales que operan en el ámbito de aplicación del derecho europeo¹⁴.

La forma en la que se comporta el derecho de la UE con respecto a la materia que han de aplicar los Estados, determinando plenamente la acción estatal (armonización normativa) o, por el contrario, dejándoles margen de apreciación a la hora de su aplicación (normativa europea no armonizada), va a erigirse en criterio determinante de cara a delimitar el espacio accesible a las previsiones nacionales. O lo que es lo mismo, si se adopta la perspectiva inversa, dicho espacio marcará los límites de la aplicabilidad de la Carta frente a las regulaciones nacionales. A este respecto, como tendremos ocasión de ver al tratar la cuestión del nivel de protección, en el primer caso (armonización europea), las regulaciones estatales de derechos fundamentales quedan desplazadas por lo dispuesto en la Carta (Sentencia Melloni¹⁵). En el segundo (no

¹³ STJUE, de 26 de febrero de 2013, Asunto Åkerberg Fransson (C-617/10).

¹⁴ Esta aproximación jurisprudencial ha sido objeto de incisivas críticas por parte de la doctrina. Así, Fontanelli (2013: 326), llama la atención sobre el peligro inherente a la misma, afirmando que “this assumption would turn Article 51 of the Charter, a clause that expressly defines itself as a safeguard against competence-creep, into a sort of ‘implicit powers’ portal”. Por otra parte, como el mismo autor pone de manifiesto, al hilo de un caso en el que se trataban cuestiones referidas a la regulación de una base de datos anti-terroristas, la argumentación del TJUE en Fransson ha suscitado importantes reservas en el seno del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*), considerando que “Fransson would then be tantamount to an ‘obvious’ ultra vires act threatening the system of fundamental rights protection in member states” (315, 316, 327-331).

¹⁵ STJUE, de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni (C-399/11).

armonización), por el contrario, la normativa interna más protectora¹⁶ podrá mantenerse frente a lo dispuesto por la regulación europea solo si de ello no se deriva un riesgo para la primacía, unidad y eficacia del derecho de la UE¹⁷.

III. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DIALÉCTICA AUTONOMÍA VS. PLURALISMO (ART. 6 TUE)

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

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones¹⁸.

¹⁶ Si el nivel de protección interno fuera menor al ofrecido por la Carta, esta prevalecerá, aunque el Estado disponga de margen para la implementación de la norma europea. Así se ha puesto expresamente de manifiesto en *Fransson*. Coincidimos con la valoración de Sarmiento (2013: 1294), cuando sostiene que en estos supuestos la Carta «plays a subsidiary rule, waiting to enter the scene in case national standards are inferior to those of the Charter. [...] if the Charter goes beyond the standards set by the internal legal order in an area governed by EU law, the former will display its protective force».

¹⁷ Sarmiento (2013: 1295), considera que estamos ante «a safeguard clause, an exceptional remedy for situations where the ordinary application of Article 53, as interpreted in *Åkerberg Fransson*, might lead to severe breach of constitutionally protected principles inherent in the EU's legal order. In principle, these circumstances should be exceptional, and the safeguard clause should thus act as the equivalent to the Solange clauses developed by national constitutional courts».

¹⁸ El apartado 7 del art. 52 CDFUE aporta el último de los instrumentos al servicio de la interpretación de los derechos: «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpre-

Queda sentada una fundamental premisa según la cual se afirma que para el desarrollo de las tareas interpretativas de la CDFUE se ha de acudir a lo establecido por un preciso manual de instrucciones de carácter interno: las disposiciones del título VII de la Carta. Es la voluntad normativa de la UE la que dota a los actores europeos de los materiales de construcción a la hora de discernir el contenido de los propios derechos, determinando su alcance y operatividad. Ya desde la fundamental Sentencia Stauder (1969)¹⁹, en la que el Tribunal consideró la existencia de los derechos en el ordenamiento comunitario bajo la veste de principios generales²⁰, quedó establecido que el canon para apreciar la validez de los actos de las instituciones europeas se encuentra en dicho ordenamiento y no en los de los Estados miembros. De este modo, los derechos proclamados por las constituciones estatales no operan como un parámetro directo sino, antes bien, como referentes de índole mediata en la tarea de determinar los límites de las actuaciones europeas. La vocación de primacía que define al derecho de la UE en su ámbito de competencia —tempranamente afirmada en la Sentencia Costa contra Enel (1964)²¹—, así como la necesidad de preservar su unidad y efectividad excluye que éste quede supeditado o sometido al derecho nacional. Una nueva y rotunda afirmación en este sentido volvió a formularse en el Asunto Internationale Handelsgesellschaft (1970)²², perfilándose un concepto absoluto

tación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros». Del tenor literal del precepto se infiere el carácter auxiliar de las explicaciones al establecerse un deber matizado de atención. Esta aproximación a las explicaciones conduce a afirmar que las mismas están desprovistas de valor legal.

¹⁹ STJCE, de 12 de noviembre de 1969, Asunto Stauder (C-29/69).

²⁰ Esta resolución supone un crucial punto de inflexión, permitiendo superar la refractaria jurisprudencia precedente (Sentencias Stork y Comptoirs de Vente) en la que el Tribunal negó expresamente la existencia de derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.

²¹ STJCE, de 15 de julio de 1964, Asunto Costa contra Enel (C-6/64), en donde se asevera que la normativa comunitaria se integra en los ordenamientos nacionales, quedando estos obligados a respetarla (principio de primacía). De este modo, si una disposición interna es contraria a lo establecido por el derecho europeo, aquella deberá ser inaplicada dándose preferencia a este. Los términos de la relación entre ordenamientos discurren por los cauces del principio de competencia y aplicación y no por los de jerarquía y nulidad. Tal esquema relacional explica que la normativa estatal que se opone a la europea no quede anulada ni tampoco derogada por la primacía comunitaria. Su efecto, por el contrario, se manifiesta en el ámbito de la inaplicación.

²² STJCE, de 17 de diciembre de 1970, Asunto Internationale Handelsgesellschaft (C-11/70).

de primacía en cuya virtud se proclama que «el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y eficacia del Derecho comunitario».

En una línea similar, aunque recurriendo a una formulación más contundente, la Sentencia Hauer (1979)²³ zanja el paso a cualquier duda al respecto argumentando lo siguiente:

La cuestión relativa a un atentado de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades *no puede ser apreciado más que en el marco del Derecho Comunitario mismo*. La introducción de criterios de apreciación particulares, *procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado*, por el hecho de *atentar a la unidad material y a la eficacia del Derecho Comunitario*, tendría por efecto, irremisiblemente, *quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad*²⁴.

Es en este contexto preliminar de autoafirmación normativa en el que se enmarca el expreso tributo al pluralismo²⁵ que se manifiesta en los siguientes apartados del art. 6 TUE. Reproduciendo el orden de prioridades normativas establecido por la jurisprudencia comunitaria en etapas precedentes, el primer referente va a ser el CEDH. La vinculación con el mismo se formula a través del compromiso inequívoco²⁶ contenido en el apartado 2: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Aunque la mera lectura del precepto permitiría inferir una postura de la Unión limitada a la automática adhesión al Convenio, la realidad es muy diversa. Para zanjar tal impresión inicial basta con atender a las distintas disposiciones que vienen a marcar de forma muy exigente la senda por la que habrá de

²³ STJCE, de 13 de diciembre de 1979, Asunto Hauer (C-44/79).

²⁴ Cursiva nuestra.

²⁵ Sobre el principio pluralista, sigue siendo referencia obligada McCormick (1999: 120 y ss.).

²⁶ Compromiso que, sin embargo, en el pasado se topó con el rechazo explícito manifestado por el Tribunal de Luxemburgo en el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH, el cual rechazó la competencia de esta para llevar a cabo tal operación. Se afirmó entonces que la adhesión requería necesariamente una reforma del tratado que contemplara expresamente dicha competencia.

discurrir dicho proceso²⁷. Abre la serie la Declaración 2 que acompaña al Tratado de Lisboa, específicamente dedicada al art. 6.2 TUE, al establecer que la adhesión «deberá realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión». A su vez, el Protocolo número 8 (también relativo al art. 6.2 TUE) contiene dos previsiones que insisten en la necesidad de salvaguardar «las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión en el establecimiento de recursos ante el Tribunal de Estrasburgo (art. 1) y, asimismo, en la no afectación de sus competencias y atribuciones (art. 2)».

Desde una perspectiva procedimental, debemos llamar la atención sobre el especial énfasis que incorpora el art. 218.8 *in fine* TFUE, al exigir que el Consejo se pronuncie «por unanimidad sobre el acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH» y, asimismo, subordinar la entrada en vigor de la decisión de celebrar dicho acuerdo a su previa aprobación por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

El carácter de evento todavía futuro e hipotético que a día de hoy presenta la adhesión de la UE al CEDH²⁸, sin embargo, en modo alguno viene a eclipsar la nota de apertura que es consustancial al sistema de derechos de aquella desde sus orígenes, según se desprende del contenido del apartado 3 del art. 6 TUE:

Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales²⁹.

Gracias a esta fundamental disposición, auténtica clave de bóveda del sistema de derechos de la UE (Iglesias, 2012: 1576), se ampara la tradicional heteronomía que lo caracteriza y gracias a la cual este se dota de una esencial

²⁷ Para un completo análisis de la compleja problemática que plantea la adhesión de la UE al CEDH *vid.*, por todos, Martín (2012: *in toto*).

²⁸ En su reciente Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, el TJUE se ha pronunciado de forma muy crítica sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de 25 de abril de 2013). Solventada la cuestión de la competencia de la UE para la adhesión, el TJUE llama la atención sobre los problemas que desde distintas perspectivas plantea para la primacía, la unidad y efectividad del derecho de la UE el referido proyecto de acuerdo de adhesión.

²⁹ Nótese la diferencia en la dicción literal empleada por este precepto y su antecesor en Maastricht. La afirmación de un deber de respeto —«La Unión respetará»— que contiene este (art. F) se transforma en una operación de asunción —«formarán parte».

herramienta que le permite mantener esa actitud receptiva hacia el contexto circundante de derechos que le imprime un carácter dinámico y en constante evolución. En efecto, ya en la referida Sentencia Internationale Handelsgesellschaft (1970)³⁰, el Tribunal tras haber afirmado la autonomía de las normas comunitarias como único parámetro de validez, se referirá expresamente a las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» confiriéndoles la cualidad de fuente inspiradora a la que recurrir para determinar el contenido de los derechos europeos. El siguiente paso en la apertura del espectro lo encontramos en el Caso Nold (1974)³¹, en el que vino a incluirse en el catálogo de referentes inspiradores a «los tratados internacionales, relativos a la protección de los Derechos del Hombre en los que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido». Asimismo, el valor de los estándares nacionales de protección quedará reforzado cuando se afirma que el ordenamiento comunitario «no admitirá medidas incompatibles con los derechos fundamentales y garantizados por las Constituciones de los Estados». La vía para la incorporación del CEDH quedaba, de este modo, despejada y muy poco después en la Sentencia Rutili (1975)³² se produjo de forma expresa.

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

IV. ELEMENTOS CONFIGURADORES Y PARÁMETROS DE INTEGRACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LOS DERECHOS (ART. 52 CDFUE)

Ha quedado de manifiesto en las consideraciones hasta aquí desarrolladas que el principio de autonomía existencial del sistema europeo de derechos no se erige en obstáculo para que este se abra hacia otros ordenamientos. Asimismo, se ha puesto de relieve que dicha actitud receptiva no puede inter-

³⁰ STJCE, de 17 de diciembre de 1970, Asunto Internationale Handelsgesellschaft (C-11/70).

³¹ STJCE, de 14 de mayo de 1974, Asunto Nold contra Comisión (C-4/73).

³² STJCE, de 28 de octubre de 1975, Asunto Rutili (C-36/75).

pretarse como ausencia de una voluntad rectora de carácter autorreferencial. Se trata de una apertura autoimpuesta y buena prueba de ello es el contenido del art. 52 de la Carta³³ en donde confluyen claramente ambas vertientes. En lo referido al principio de autonomía, el apartado 2 denota una claridad meridiana al disponer que «los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos»³⁴, pues, una vez más vuelve a constatarse una vez más que es el propio ordenamiento europeo la fuente primigenia de legitimidad de los derechos, el referente directo a tener en cuenta a la hora de determinar su alcance.

1. LOS DERECHOS DEL CEDH COMO UMBRAL MÍNIMO

La ya aludida línea de apertura se confirma y desarrolla con la referencia al CEDH contenida en el apartado 3 al disponer lo siguiente:

En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Dere-

³³ Con respecto a la regulación de los derechos la Carta mantiene los rasgos definidores básicos trazados por el Tratado Constitucional. En el terreno de las garantías objetivas, se establece (apartado 1) el principio de reserva de ley para la regulación de los derechos, con el límite del respeto al contenido esencial de los mismos. Toda limitación prevista por la regulación normativa habrá de respetar el principio de proporcionalidad. La impronta constitucional que permea esta previsión es evidente, asimilando el régimen de garantías objetivas de los derechos de la UE al que recogen las constituciones de los Estados miembros. Por su parte, la actividad reguladora aparece vinculada por el respeto a un núcleo preexistente (el contenido esencial) que actúa como límite invulnerable y se atribuye a la ley en tanto que fuente dotada de una mayor carga de legitimidad democrática. Una aproximación diversa se constata en relación con los principios con respecto a los cuales el apartado 5 del art. 52 contempla un nivel de protección decididamente más laxo, permitiendo que su aplicación se lleve a cabo «mediante actos legislativos y ejecutivos» en el caso de la UE, y simplemente «por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión». Los principios, por lo demás, aparecen desprovistos de eficacia directa, ya que «solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos». Sin desarrollo normativo previo, pues, no son susceptibles de tutela judicial.

³⁴ Desde Stauder la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha mantenido constante a este respecto.

chos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio.

Partiendo de la eventualidad del reconocimiento de una serie de derechos similares en ambos textos³⁵, se va a tender un puente hacia la asimilación por parte de la Carta. En efecto, el sistema de la UE, en una muestra de máxima deferencia y respeto, recibe y hace suyos el contenido de los derechos proclamados por el Convenio y la interpretación que de estos lleva a cabo su máximo intérprete, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ahora bien, tal adopción no es incondicional ni tampoco absoluta, puesto que como la propia norma se encarga de aclarar en su inciso final: «Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una *protección más extensa*»³⁶.

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

2. LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES COMO CRITERIO INTERPRETATIVO

Por su parte, las tradiciones constitucionales comunes despliegan un rol más matizado y circunscriben su eficacia al ámbito de lo hermenéutico. En los supuestos en que estas operan como punto de partida para el reconocimiento

³⁵ Repárese en que la expresión «En la medida en que...» pone de manifiesto que el elenco de derechos contemplados por la Carta no coincide plenamente con los proclamados por el Convenio, presentando aquella un contenido más amplio que este. Así se confirma en las explicaciones que acompañan a la Carta cuando, al hilo del tema planteado, a modo de premisa se afirma que «no se reproducen aquellos derechos que vienen a añadirse a los del CEDH» e inmediatamente a continuación se incorporan dos listados de artículos en donde se cotejan las correspondencias entre los derechos de la Carta y los del Convenio: un primer listado que contiene los artículos de la Carta «cuyo sentido y alcance son los mismos que los artículos correspondientes al CEDH». Y un segundo que hace referencia a los «artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio».

³⁶ Cursiva nuestra.

de ciertos derechos, la norma prevé un deber de interpretación armónica con respecto a ellas, según se desprende de la dicción literal utilizada por el apartado 4 del art. 52, cuando prevé que los «derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, [...] se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

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

Llegados a este punto, se impone llevar a cabo dos aclaraciones en torno a la percepción e inserción de las «tradiciones constitucionales comunes» en el sistema de derechos europeos. Una primera de índole sustancial, mediante la cual nos interrogamos acerca del entendimiento que estas reciben. Otra ulterior, de matriz adjetiva, en la que ha de tomarse en consideración de qué manera o a través de qué vía dichas tradiciones se plantean ante la jurisdicción de Luxemburgo. En relación con la primera de las cuestiones apuntadas, debemos hacer hincapié en una circunstancia fundamental, a saber, la actitud que en la apreciación de las tradiciones constitucionales comunes adopta el Tribunal de Justicia. En este sentido, ya de entrada se excluye la asimilación automática de aquel «mínimo común denominador» existente y que es compartido de forma mayoritaria por parte de los Estados miembros con respecto a un derecho. La pauta seguida, por el contrario, es mucho más minuciosa al aplicar un método selectivo en virtud del cual solo se incorporarán al ordenamiento de la UE aquellos elementos internos que siendo comunes³⁷ denoten

³⁷ La doctrina emanada en la Sentencia TJCE, de 18 de mayo de 1982, Asunto AM&S (C-155/79), que afirma expresamente que en los procedimientos de verificación en materia de derecho de la competencia «el Derecho comunitario, surgido de una interpenetración no sólo económica, sino también jurídica, de los Estados miembros, debe tener en cuenta los principios y nociones comunes a los Derechos de dichos Estados en materia de respeto de la confidencialidad, especialmente por lo que respecta a la comunicación entre los Abogados (independientes) y sus clientes (apartado 18, cursiva nuestra), dado su carácter de «complemento necesario del pleno ejercicio del derecho de defensa» (apartado 23) fue invocada por las empresas recurrentes en la controversia suscitada en los Asuntos Akzo y Akcross contra la Comisión pretendiendo su aplicación también a las comunicaciones mantenidas entre los Abogados internos y sus clientes (las empresas contratantes). Dicha interpretación extensiva, sin em-

una mayor sintonía con las exigencias del derecho europeo. El objetivo, como indican las explicaciones que acompañan a este preciso apartado del art. 52, es llevar a cabo una interpretación de los derechos de la Carta que «ofrezca un elevado nivel de protección que resulte *apropiado* para el Derecho de la Unión y esté en *armonía* con las tradiciones constitucionales comunes»³⁸.

La segunda cuestión aludida, orientada hacia la vía de acceso de las tradiciones ante la jurisdicción comunitaria, nos sitúa directamente ante la necesaria articulación entre jurisdicciones, esto es, ante el denominado fenómeno del «diálogo entre jueces». A este respecto no cabe perder de vista que el Tratado de Lisboa no ha modificado sustancialmente la consideración del Tribunal de Luxemburgo como instancia jurisdiccional *ratione materiae* al que se atribuyen tareas de control eminentemente normativo. Esta vertiente objetiva resulta todavía en la actualidad predominante, sin que la constitucionalización de los derechos fundamentales haya traído consigo la previsión de un recurso específico de tutela subjetiva que permita a los individuos acceder ante dicho órgano. La única vía directa es el recurso de anulación (art. 263 TFUE), un cauce procesal cuyo objeto es controlar la legalidad de la normativa comunitaria y que solo resulta accesible a los particulares cumpliendo los rigurosos requisitos previstos³⁹. La

bargo, va a ser rechazada por lo que al intercambio de correos electrónicos atañe tanto por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 17 de septiembre de 2007 (T-125/03 y 253/03), como por la STJUE, de 14 de septiembre de 2010 (C-550/07, P), que resuelve el recurso de casación incoado por las empresas referidas sobre la base de la siguiente constatación: «[...] de los ordenamientos jurídicos de los 27 Estados miembros de la Unión Europea no puede deducirse ninguna tendencia preponderante a favor de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones en el seno de las empresas o de los grupos de empresas con sus abogados internos» (apartado 74, cursiva nuestra). Así pues, ante la ausencia de un sustrato común en sede interna no cabe afirmar la existencia de vinculación a cargo de las instancias europeas.

³⁸ Cursiva nuestra.

³⁹ «Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, [...] contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. Los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos.» A este respecto, debe reseñarse el avance que supone el hecho de que el Auto del Tribunal General, de 6 de septiembre 2011, Asunto Inuit Tapiriit Kanatami y otros contra Comisión y Consejo (C-583/11P), proporcione una definición de «acto reglamentario» no solo a los efectos de la previsión contenida en el art. 263.4 TFUE, sino también teniendo en cuenta que la misma se incardina en

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

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

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

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

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo⁴⁰.

Así pues, ya sea con carácter interpretativo de los tratados o desarrollando una actividad de control sobre la validez del derecho derivado con respecto a aquellos, la cuestión prejudicial permite crear un contexto relacional dinámico en el que gracias al impulso de las jurisdicciones nacionales la perspectiva normativa interna queda directamente expuesta ante la máxima instancia judicial comunitaria. A través de este vehículo, la Corte de Luxemburgo accede a un conocimiento directo de los elementos configuradores de los derechos fundamentales proclamados por los ordenamientos constitucio-

el marco del sistema de fuentes definido por el Tratado de Lisboa. De tal afirmación, sin embargo, no cabe deducir un efecto de flexibilización en torno a los requisitos formulados en sede jurisdiccional en materia de legitimación de los particulares en el recurso de anulación. Esa asignatura, pues, sigue pendiente.

⁴⁰ Cierran el art. 267 los siguientes apartados: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad».

nales que le permite desarrollar la tarea de decantación sobre qué haya de entenderse por «tradiciones constitucionales comunes». En su condición de máximos garantes de los derechos fundamentales nacionales, los tribunales constitucionales están llamados a asumir un rol protagonista en este ámbito, abriendo canales de entendimiento con la Corte de Justicia que permitan imprescindibles sinergias de colaboración⁴¹ (Cartabia, 2009: 26).

3. LA REFERENCIA AL ÁMBITO INFRACONSTITUCIONAL INTERNO: LAS LEGISLACIONES Y PRÁCTICAS NACIONALES

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

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

V. LA DEFINICIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A VUELTAS CON EL ART. 53 CDFUE

Una vez acotado el ámbito de aplicación de los derechos de la UE y tras haber presentado los elementos de los que estos se nutren, la siguiente cues-

⁴¹ Acota precisamente los términos en los que ha de entenderse la función que están llamados a desarrollar los órganos nacionales de justicia constitucional: «The specific mission of the constitutional courts *does not only imply the defence of the constitutional values* when they are attacked, but also to *promote them as a necessary part of the construction of Europe*» (la cursiva es nuestra).

ción a considerar aparece referida al nivel de protección del que disfrutan. Vista la dialéctica que se entabla entre los principios de autonomía y pluralismo que configuran el sistema comunitario de derechos, la eventualidad de que en la práctica se produzcan fricciones interordinamentales, como consecuencia de la existencia de diferentes estándares de protección está servida. Consciente de tal heterogeneidad sustancial y del sesgo conflictual inherente a la misma, el art. 53 de la Carta incorpora la siguiente previsión:

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la UE, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

Una primera lectura de este precepto conduce a afirmar que estamos ante una típica cláusula de *non regression* característica del derecho internacional público⁴² en cuya virtud quedaría excluida una interpretación de la Carta que implique la rebaja en el nivel de protección de los derechos fundamentales recogidos en los textos normativos aludidos. Esta percepción inicial que desplazaría el menor estándar de protección reconocido a un derecho en el ámbito de la UE y daría prioridad al nivel superior existente en otros sistemas normativos aplicables, sin embargo, no se ajusta a los perfiles existenciales del derecho de la UE que, como ya sabemos, pone como límite a la heteronomía la necesidad de mantener incólumes los principios de primacía, eficacia y unidad. Así pues, en caso de un conflicto internormativo, ¿qué disposición deberá prevalecer?, ¿quién está legitimado para decir la última y definitiva palabra? Porque, como bien se ha señalado desde la doctrina, aunque la referencia a las «constituciones de los Estados miembros» cumple el importante objetivo político de aclarar que las constituciones nacionales no serán reemplazadas por la Carta, al mismo tiempo encierra una directa amenaza a la primacía del derecho comunitario⁴³.

A la luz de las consideraciones expuestas anteriormente, es posible afirmar que la hipótesis de conflicto entre la Carta y el CEDH, una vez asumido el estándar mínimo convencional de protección por el art. 52.3

⁴² Así lo considera Martín (2008a: 854).

⁴³ Muy tempranamente, Liisberg (2001: *in toto*), apunta sin reservas hacia esta línea interpretativa.

CDFUE, queda neutralizada⁴⁴. Los términos del debate, por lo tanto, se reconducen esencialmente al terreno de la dialéctica que se entabla entre la Carta, por un lado, y las constituciones nacionales, por otro.

A este respecto, la Corte de Luxemburgo ha tenido ocasión de pronunciarse por vez primera sobre el sentido del art. 53 CDFUE en la sentencia dictada en el Asunto Melloni (2013)⁴⁵. En dicha resolución el Tribunal se enfrentaba a un supuesto en el que nuestro ordenamiento constitucional (más concretamente, la jurisprudencia del TC) venía a conferir un mayor grado de protección a los condenados en rebeldía (*in absentia*) que el previsto por la normativa europea⁴⁶. Según la doctrina del Alto Tribunal español el respeto del contenido absoluto de los derechos de defensa y a un proceso con las garantías debidas que recoge en el art. 24.1 de la Constitución vetaba la extradición al país requirente por parte de las autoridades españolas de un condenado en tales circunstancias si aquel no garantizaba la celebración de un nuevo juicio⁴⁷. Se recordará que la primera formulación (Decisión Marco de 2002) de la Orden de detención y entrega europea (Euroorden) contemplaba una excepción similar en su art. 4, por lo que la coexistencia pacífica entre los estándares de protección establecidos en los

⁴⁴ Recuérdese que en la Sentencia TEDH, de 30 de junio de 2005, Asunto Bosphorus, el Tribunal de Estrasburgo vino a afirmar que en el seno de la UE rige un sistema de tutela de los derechos fundamentales que otorga una «protección comparable» a la prevista por el CEDH. De este modo, los jueces de Estrasburgo operan con una suerte de presunción de compatibilidad del derecho de la UE con lo dispuesto por el Convenio. No obstante, como el mismo TEDH se encarga de subrayar, no estamos ante una presunción absoluta, puesto que la misma cederá cuando «atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente». En cualquier caso, como recuerdan Gordillo y Martinico (2015: 125), estamos ante una doctrina que ha de entenderse «a modo de Derecho transitorio hasta que se produzca la adhesión (*sic.* de la UE al CEDH)».

⁴⁵ STJUE, de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni (C-399/11).

⁴⁶ Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

⁴⁷ La doctrina del contenido absoluto se formula por primera vez en la STC 91/2000, de 30 de marzo. Desde entonces había sido mantenida en la jurisprudencia del TC de forma constante —SSTC 177/2006, de 27 de junio, y 199/2009, de 28 de septiembre— hasta la resolución del Caso Melloni.

respectivos ordenamientos quedaba asegurada⁴⁸. La situación experimentará una sustancial transformación a raíz de la incisiva modificación que de dicho precepto lleva a cabo la Decisión Marco en 2009.

En efecto, ante la toma de conciencia generalizada por parte de los Estados miembros de que el régimen de excepciones inicialmente previsto ponía en peligro el asentamiento efectivo del espacio europeo de seguridad, libertad y justicia⁴⁹, se procedió a introducir importantes restricciones a la potestad facultativa de los Estados para denegar las entregas (nuevo art. 4 bis). Por lo que se refiere a la del condenado en rebeldía la nueva normativa, asumiendo el estándar menor de protección aplicado por el TEDH⁵⁰, suprime la posibilidad de que aquella se rechace en el supuesto de que el condenado hubiera tenido conocimiento del proceso (notificación personal); que aun así no hubiera ejercido su derecho a estar presente durante el juicio (renuncia voluntaria); y que hubiera encomendado su defensa a un letrado de su confianza. Concurriendo tales extremos, la autoridad judicial queda obligada a dar vía

⁴⁸ Por más que la ley de transposición de la Decisión Marco de 2002 (Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre Orden Europea de detención y entrega), no hubiera introducido en su articulado la excepción contemplada por aquélla, dejando huérfana de reconocimiento legislativo explícito a la doctrina del contenido absoluto acuñada en este preciso ámbito por el Tribunal Constitucional (TC). Tal situación, sin embargo, no fue un obstáculo para el mantenimiento de dicha doctrina en la jurisprudencia posterior a 2003 (*vid.* SSTC 177/2006, de 27 de junio, y 199/2009, de 28 de septiembre).

⁴⁹ El art. 67 TFUE dispone en su apartado 1 que «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros». Por su parte, en el apartado 3 se concretan los contenidos de dicho espacio, afirmándose que «La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante [...] medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales». Desarrollando la vertiente de la cooperación judicial en la UE, el art. 82.1 TFUE dispone que esta «se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el art. 83».

⁵⁰ El TEDH llevó a cabo una síntesis de los principios generales en materia de sentencias dictadas en rebeldía en su Sentencia de 10 de noviembre de 2004, Asunto Sejdovic contra Italia. Más recientemente ha vuelto a ponerlos de manifiesto en las Sentencias de 24 de abril de 2012, Asunto Haralampiev c. Bulgaria y de 22 de mayo de 2012, Asunto Idalov contra Rusia.

libre a la extradición/entrega solicitada por la autoridad judicial, al considerarse que se cumplen las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo y a la defensa (art. 6 CEDH). Producido el cambio normativo, el choque entre el (menor) nivel de protección comunitario y el (mayor) estándar aplicado en España estaba servido.

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

Admitido a trámite dicho recurso en junio de 2011, el TC se topó directamente con una serie de ineludibles incógnitas: ¿Qué hacer ante la discrepancia existente entre los niveles de protección existentes? ¿Qué estándar de protección debería aplicarse en este caso? ¿Debía hacer caso omiso del efecto directo y la primacía del derecho europeo y mantener su propia jurisprudencia? ¿O por el contrario lo procedente sería dar preferencia a la Euroorden aún en detrimento de lo dispuesto en el ordenamiento español? ¿La reforma de la Decisión Marco resulta acorde a los derechos fundamentales recogidos en los arts. 47 y 48 de la Carta? ¿Cómo ha de entenderse la previsión del art. 53 CDFUE? La magnitud de las dudas planteadas resultó determinante para que el Alto Tribunal abandonara su tradicional rechazo a interpelar a la Corte de Justicia europea y procediera plantear su primera cuestión prejudicial (Auto 86/2011, de 9 de junio⁵¹). De entre los diversos contenidos de dicha cuestión⁵², nos interesa especialmente el referido al ni-

⁵¹ El magistrado P. Pérez Tremps formuló un voto particular contra la decisión de plantear la cuestión prejudicial al considerar que «en el presente caso los criterios que la doctrina del propio Tribunal Constitucional determina como integrantes del parámetro de enjuiciamiento interno que en su día deberá realizar hace innecesario acudir a suscitar cuestión alguna, ni de validez ni de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

⁵² La primera cuestión planteada alude a la admisibilidad de que el art. 4.a) de la Decisión Marco permitiera a los Estados «condicionar» la entrega del condenado en rebeldía a la eventualidad de un nuevo juicio en el país de destino. A tal pregunta, el Tribunal de Justicia responderá de forma contundente, negando la posibilidad apuntada por el Tribunal Constitucional español. En segundo lugar, se interpela sobre la compatibilidad del referido art. 4.a) de la Decisión Marco con los derechos de defen-

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

a) En primer lugar, se proponía una consideración similar a la del art. 53 CEDH⁵³, confiriéndole la cualidad de un estándar mínimo de protección a nivel de la Unión que no impide a los Estados aplicar un nivel mayor y que les habilita para hacer uso del denominado «margen de apreciación».

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

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

Por su parte, en la resolución de febrero de 2013, el Tribunal de Luxemburgo ha rechazado abiertamente tanto la primera como la última interpretación sugeridas por el TC al considerar que tanto la configuración de la Carta como estándar mínimo de protección como aquella que atribuye prioridad a la norma interna más protectora pondrían en cuestión el principio de primacía del derecho de la UE. Excluidas ambas hipótesis, en la determinación del contenido del art. 53 de la Carta el TJUE va a decantarse por el reconocimiento de la primacía del canon europeo de protección de los derechos en su

sa y a un proceso justo, proclamados por el Carta en los arts. 47 y 48 respectivamente. La respuesta de los jueces de Luxemburgo rechaza abiertamente que la Decisión Marco lesione tales derechos. Para ello, recuerda que el estándar mínimo marcado por el CEDH se respeta y, asimismo, que la hipótesis de elevar el nivel de protección por parte de la normativa de la UE se configura como una facultad discrecional de la que el legislador puede o no hacer uso.

⁵³ Art. 53 CEDH, Protección de los Derechos Humanos reconocidos: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte».

ámbito de aplicación, sin que los Estados puedan dar prioridad a su norma interna, aunque ésta sea de carácter constitucional⁵⁴.

Ciertamente, esta solución no es novedosa por lo que al planteamiento de fondo utilizado se refiere. Ya en la Sentencia Kreil (2000)⁵⁵, la colisión existente entre la regulación comunitaria que consagraba la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en el ámbito laboral y la previsión constitucional alemana (art. 12 a.IV) que establecía una excepción al respecto en un ámbito de competencia (entonces todavía) no comunitarizado —defensa y seguridad—, se resolvió a favor de la primacía del derecho europeo⁵⁶. No obstante, Melloni merece una especial atención ya que, al tratarse de un supuesto en el que las condiciones de entrega del condenado en rebeldía quedan armonizadas por la Decisión Marco (art. 4.a), el Estado carece de margen de maniobra a la hora de aplicar la normativa europea y, por lo tanto, no se admite que este mantenga el estándar de protección derivado de la Constitución, aunque este sea mayor (en Kreil, era menor y el Estado contaba con margen de apreciación para implementar la directiva europea). Actuar diversamente, hubiera supuesto una inadmisiblemente quiebra de la triada constante de exigencias formuladas por la jurisprudencia europea que exige mantener incólumes los principios de primacía, unidad y efectividad del derecho de la UE.

Nada nuevo bajo el sol, pues, pero solo en apariencia, porque con la Carta ya en vigor, como ha sido enfatizado por parte de la doctrina, el TJUE al no referirse de una forma más explícita al derecho constitucional nacional a la hora de abordar el espinoso tema del nivel de protección, ha perdido la oportunidad de conferir una dosis mayor de legitimidad a su decisión (De Boer, 2013: 1101). Dada la parquedad y escasa motivación ofrecidas en la resolución del caso⁵⁷, el

⁵⁴ Esta interpretación del art. 53, que identifica su significado con el del art. 51 ya fue apuntada tempranamente por Liisberg (2001), considerándolo un precepto carente de un particular significado normativo, aunque dotado de una fuerte dimensión simbólica.

⁵⁵ STJCE, de 11 de enero de 2000, Asunto Tanja Kreil (C-285/98).

⁵⁶ Como consecuencia de la Sentencia Kreil, se modificó el art. 12 a.IV de la Ley Fundamental de Bonn, la originaria previsión que prohibía a las mujeres prestar servicios con armas en el Ejército alemán.

⁵⁷ Compartimos la apreciación formulada por Komarek (2013: 433), considerando que ante una cuestión prejudicial planteada por un TC que exige una respuesta completa, el TJUE debe responder de forma adecuada. Lo cual, sin embargo, como sigue razonando el autor, no se constata en la Sentencia Melloni, en donde la Corte de Luxemburgo opta por un «estilo cartesiano» (utilizando la expresión acuñada por Weiler) que aplica un razonamiento jurídico que trae consigo la inevitabilidad de una serie de resultados y que, como contrapartida, «deja muchas preguntas sin resolver».

diálogo ha quedado sustancialmente eclipsado⁵⁸ y con ello han emergido recelos en torno a la condición de la Carta como principal instrumento de protección de los derechos fundamentales en la UE⁵⁹. Asimismo, el riesgo de la centralización y también de la homogeneización en la comprensión de estos ha vuelto a quedar nuevamente en evidencia⁶⁰.

La conclusión —provisional, no pacífica y, por supuesto, susceptible de ser modulada en función de las futuras dinámicas evolutivas de la jurisprudencia europea en la materia— es que en aquellas parcelas de actuación estatal que no están determinadas por la normativa europea, el estándar constitucional de protección de los derechos fundamentales resulta plenamente operativo y no queda sometido a la acción de la Carta. Es en tal reducto en el que la soberanía estatal no queda limitada por las previsiones de la UE y en donde los textos constitucionales —y sus máximos intérpretes— gozan de libertad operativa.

Atendiendo a tal premisa, resulta injustificada, y cuanto menos sorprendente, la actitud maximalista adoptada por el TC en su Sentencia 26/2014, de 13 de febrero (precisamente la que resuelve el recurso de amparo interpuesto por el señor Melloni en su momento), en la que, aplicando la doctrina emanada por el TJUE en la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas, viene a declarar que abandona completamente su doctrina sobre el contenido absoluto del derecho de defensa y a un proceso justo de los condenados en rebeldía. Como acertadamente pone de manifiesto el voto particular concurrente de la magistrada E. Roca, dicha doctrina podría haberse mantenido sin ningún problema —según indicaba el propio TJUE— en aquellos casos de extradición que escapan al radio de acción de la Euroorden, esto es, frente a órdenes de entrega procedentes de terceros países. Y es que la existencia de una comunidad de valores comunes en materia de derechos existente en el espacio europeo, que es justamente la que propicia la afirmación de un nivel equivalente de protección⁶¹ entre los diversos Estados y justifica la normativa euro-

⁵⁸ J. Díaz-Hochleitner (2013: 36), mantiene una actitud especialmente crítica a este respecto, considerando que la parquedad del TJUE en su argumentación, así como la falta de respuestas ante las diversas opciones interpretativas del art. 53 ofrecidas por el TC «no son de recibo».

⁵⁹ *Vid.*, en este sentido, A. Torres Pérez (2014: 313).

⁶⁰ El riesgo centralizador ya fue puesto de manifiesto en su momento por Cartabia (2009: 14), quien aludía expresamente a «the risk of judicial colonialism». Como la propia autora indica (2009: 12), el efecto que trae consigo tal situación resulta evidente: «to homogenise European constitutional richness and variety into a single constitutional monologue».

⁶¹ En este sentido apuntaba precisamente el Voto Particular formulado por el magistrado P. Cruz Villalón a la STC 91/2000, quien muestra una actitud crítica ante la doctrina

pea en materia de extradición no puede darse por supuesta en ordenamientos ajenos a dicha comunidad. Al ignorar tal circunstancia y optar por la extensión automática de la doctrina Melloni *tout court*, se provoca una injustificada reducción del nivel de protección de tales derechos fundamentales más allá de lo exigido por la pertenencia de España a la UE.

Bibliografía

- Cartabia, M. (2009). Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously. *European Constitutional Law Review*, 5 (1), 5-31. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/S1574019609000054>.
- De Boer, N. (2013). Addressing Rights Divergences under the Charter. *Melloni. Common Market Law Review*, 50 (4), 1083-1103.
- De Witte, B. (1999). The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights. En P. Alston (ed.). *The EU and Human Rights* (pp. 859-897). Oxford: Oxford University Press.
- Díaz-Hochleitner, J. (2013). *Derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?* (Working Papers on European Law and Regional Integration; 17). Madrid: IDEIR.
- Fontanelli, F. (2013). *Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren vs. Hans Åkerberg Fransson*. *European Constitutional Law Review*, 9 (2), 315-334. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/S1574019612001162>.
- Gordillo, L. y Martinico, G. (2015). *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Iglesias, S. (2012). The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights. *Common Market Law Review*, 40 (6), 1565-1611.
- Komarek, J. (2013). The place of Constitutional Courts in the European Union. *European Constitutional Law Review*, 9 (3), 420-450. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/S157401961200123X>.
- Liisberg, J. B. (2001). *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: A Fountain of Law or Just an Inkblot?* (Jean Monnet Working Paper; 4/01). Disponible en: www.jeanmonnetprogram.org.

del contenido absoluto de los derechos fundamentales y la idea de las vulneraciones indirectas del mismo imputables a poderes públicos no españoles. En opinión del magistrado discrepante, atendiendo al contexto europeo de derechos, el elemento determinante no debería ser la identidad en el nivel de protección sino, antes bien, la equivalencia.

- MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268765.001.0001>.
- Martín, J. (2008). Art. 53: nivel de protección. En A. Mangas (dir.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (pp. 852-869). Bilbao: Fundación BBVA.
- (2012). *La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica* (Working Paper on European Law and Regional Integration; 14). Madrid: IDEIR.
- Rodríguez-Izquierdo, M. (2011). *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sarmiento, D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe. *Common Market Law Review*, 50 (5), 1267-1304.
- Torres Pérez, A. (2014). Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue. *European Constitutional Law Review*, 10 (2), 308-331. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/S1574019614001199>.