

LOS TRES NIVELES DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO*

- I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS GENERALES: UNA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL
- II. LA CONSAGRACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN
- III. LA ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL DICTAMEN 2/13 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014
- IV. LAS RELACIONES INTERJURISDICCIONALES
- V. LA APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESTATALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN, AÚN EN EL SUPUESTO DE QUE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SEAN SUPERIORES
- VI. RECURSOS PREJUDICIALES ANTE EL TRIBUNAL DE LA UNIÓN Y CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL ORDEN DE PRIORIDADES

RESUMEN: La primera parte de este trabajo analiza la trayectoria seguida para el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo, al modo en que están reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros. Fue al principio una labor jurisprudencial, luego transformada en la declaración explícita contenida en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el proyecto de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Se han establecido tres niveles de

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

protección de los derechos fundamentales en la UE. Cada uno de estos sistemas está garantizado por un intérprete específico: los tribunales internos, el tribunal de la UE y el TEDH. Este estudio despeja las dificultades que presenta la relación entre estos tres órdenes jurisdiccionales, y, siguiendo la jurisprudencia de cada uno de ellos, desarrolla las reglas que han de tenerse en cuenta para articular las relaciones entre los tres niveles de protección de modo que se aseguren garantías equivalentes

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; derechos fundamentales; Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea; Convenio Europeo de Derechos Humanos; garantías constitucionales; relaciones interjurisdiccionales; cuestión prejudicial; cuestión de inconstitucionalidad.

THREE GUARANTEE LEVELS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION: PROBLEMS OF ARTICULATION

ABSTRACT: The first part of this study focuses on the path to recognition of fundamental rights in the European legal system, the way in which they are guaranteed in the constitutions of the Member States. It was originally a jurisprudential work, later on transformed into the explicit statement in the Charter of Fundamental Rights of the EU and the draft accession to the European Convention on Human Rights of 1950. Eventually, there are three levels of protection of fundamental rights established in the EU, each one under a different judge: the domestic courts, the Court of Justice of the EU and the ECHR. This study clears the difficulties in the relationship between these three judicial orders, and, following their respective case law, brings up the rules that are needed to articulate the relationship between the three levels of protection so as to ensure equivalent guarantees.

KEY WORDS: European Union; fundamental rights; Charter of fundamental rights of the European Union; European Convention on Human Rights; constitutional guarantees; inter-jurisdictional relations; preliminary ruling; interlocutory procedure for the review of constitutionality.

TROIS NIVEAUX DE GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION EUROPÉENNE: PROBLÈMES D'ARTICULATION

RÉSUMÉ: La première partie de ce travail analyse la trajectoire vers la reconnaissance des droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen à la manière dont ils sont reconnus par les Constitutions des États membres. Ce fut tout d'abord une tâche jurisprudentielle, ensuite transformée en une déclaration explicite contenue dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et dans le projet d'adhésion à la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950. Il existe une protection à trois niveaux des droits fondamentaux dans l'Union Européenne: trois systèmes, chacun desquels est garanti par un interprète spécifique: les tribunaux internes, la Cour de Justice de l'Union,

et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Cette étude écarte les difficultés que présente la relation entre ces trois ordres juridictionnels et, partant de la jurisprudence de chacun d'eux, développe les règles qui doivent être appliquées afin d'articuler les relations entre les trois niveaux de protection de façon à ce que des garanties équivalentes soient assurées.

MOTS CLÉS: Union européenne; droits fondamentaux; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; Convention européenne des droits de l'homme; garanties constitutionnelles; rapports inter-juridictionnels; question préjudicielle; question d'inconstitutionnalité.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS GENERALES: UNA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

Los tratados fundacionales de la Comunidad Europea no incluyeron ningún catálogo de derechos fundamentales, según la práctica común de las constituciones de los Estados miembros aprobadas inmediatamente después de la segunda gran guerra europea. No hacía falta hacerlo, los tratados no eran constituciones ni pretendían parangonarse con ellas.

El Tribunal de Justicia tampoco apreció inmediatamente la necesidad de rellenar ese vacío, probablemente en la creencia de que los objetivos inmediatos de la Comunidad ni pasaban por las garantías de los derechos ni imponían concretos niveles de salvaguardia de estos. Las primeras ocasiones en que el problema de la protección de los derechos fundamentales llegó al Tribunal comunitario fueron por razón de reclamaciones de sujetos privados que pretendían la aplicación en el ordenamiento comunitario de algunos derechos reconocidos en sus Constituciones estatales. En la Sentencia *Stork c. Alta Autoridad* de 4 de febrero de 1959, el Tribunal abordó la cuestión por primera vez y volvió en seguida sobre ella en la Sentencia *Comptoirs de vente c. Alta Autoridad* de 15 de junio de 1960 y, al tiempo, *Geitling* (asunto 13/60). La opinión más asentada entonces era que no resultaba aceptable la interpretación del Derecho comunitario conforme a las disposiciones sobre derechos fundamentales de los ordenamientos de los Estados miembros. Ambos tenían que considerarse ordenamientos separados. El comunitario gozaba de una posición de autonomía y contaba con instrumentos propios de interpretación que excluían que hubiera que recurrir a fuentes externas para completarse o integrarse.

Esta doctrina dejaba en blanco la respuesta a la grave situación de resolver si los derechos fundamentales estaban protegidos en la Comunidad Europea, en qué grado y cuáles eran las garantías dispuestas al respecto.

El Tribunal de Justicia empezó a encontrar oportunidades para dar respuestas a estas cuestiones desde mediados de los años sesenta, utilizando los recursos prejudiciales que planteaban los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Seguir manteniendo que en el Derecho comunitario no existía un catálogo de derechos fundamentales expresamente protegido, y que tampoco era posible tener en cuenta el nivel de protección que les dispensaban las constituciones nacionales, era una posición completamente insatisfactoria.

Las tensiones que esta situación llegó a plantear en la historia jurisprudencial del Derecho comunitario han sido muchas veces recordada y explicada¹. A partir de la Sentencia *Stauder* de 2 de noviembre de 1969 el Tribunal de Justicia estableció que los derechos fundamentales de la persona formaban parte de los *principios generales del Derecho Comunitario* cuyo respeto aseguraba el Tribunal. Lo que no dijo aquella Sentencia fue ni cuáles eran los derechos protegidos ni el modo de identificarlos. Pero la cuestión la aclararía enseguida la importante Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970: la tarea de configurar el catálogo de derechos fundamentales corresponde al Tribunal de Justicia que utilizará como fuente «las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros».

Explorar el contenido de esas «tradiciones» era tarea ardua y el Tribunal comunitario la abordó casuísticamente atribuyéndose una extensa discrecionalidad para deducir desde las Constituciones y las prácticas jurisprudenciales existentes en los Estados miembros principios que pudieran tener una aplicación común en el espacio europeo. Se reconocerían los derechos como «principios generales», al modo en que el Consejo de Estado francés había hecho para fijar un cuerpo de principios esenciales, no consignados por escrito sino contenidos en su jurisprudencia, con rango supralegal y primacía aplicativa sobre las normas ordinarias, además de con valor interpretativo de los tratados y el ordenamiento comunitario al completo.

El Tribunal Constitucional italiano opuso a dicho método constructivo, cuando ya había comenzado a ensayarse, en su Sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973, que el proceso de integración europea no podía suponer que los órganos comunitarios tuvieran reconocido «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o

¹ Un estudio más detenido de estas cuestiones en mis libros *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, y el desarrollo y actualización del mismo estudio, hasta su fecha, en mi *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, II*, Madrid, 2006, págs. 499 y sigs.

los derechos inalienables de la persona humana». Y el Tribunal Constitucional alemán hizo la misma protesta en su Sentencia *Solange I* de 29 de mayo de 1974. Ambas Sentencias terminaban reservando a los tribunales internos un último derecho de supervisión sobre las medidas comunitarias que pudieran resultar contrarias a las constituciones nacionales y, más en particular, a los derechos consagrados en las mismas. Y ello aduciendo que el nivel de protección de los derechos fundamentales era superior, en sus respectivas constituciones, que el que ofrecía la jurisprudencia comunitaria.

Frente a esta doctrina de los tribunales constitucionales, el Tribunal de Justicia comunitario negó la posibilidad de que los tribunales internos pudieran enjuiciar o inaplicar normas comunitarias invocando posibles contradicciones con las constituciones estatales (rotundamente en la Sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978: «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»). Pero sus primeras sentencias en materia de protección de derechos fundamentales no resultaron satisfactorias para las jurisdicciones constitucionales de los Estados. Precisamente el Tribunal Constitucional Federal alemán había establecido su criterio en la Sentencia citada a solicitud de un juez de instancia no satisfecho con la respuesta que le había dado el Tribunal europeo en *Internationale Handelsgesellschaft*. El Tribunal alemán consideró que «en tanto que» el ordenamiento comunitario no contara con un catálogo de derechos, cualquier juez podía anteponer los consagrados en la Constitución a la aplicación de una medida adoptada por los organismos europeos².

La invocación del respeto a los derechos fundamentales, de acuerdo con los principios reconocidos en las tradiciones comunes de los Estados miembros, era una fórmula insuficiente porque ni aquellas tradiciones son idénticas ni se precisaba si se tomarían de las mismas los niveles máximos de protección o se recogerían estándares medios.

La Sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974 dio un paso más para resolver estas suspicacias: aseguró que sería suficiente con que un principio estuviera

² Remito, por todos, a los análisis de este tipo de problemas que se contienen en el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español Texto del informe, estudios y ponencias*, CEPC, Madrid 2008.

reconocido en cualquier Estado para que hubiera que otorgarle relevancia comunitaria («el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados»), lo que concluiría en que el estándar europeo de protección nunca podría ser inferior al establecido en cualquiera de los Estados miembros. Añadió, además de los estándares constitucionales nacionales, la necesidad de tener en cuenta que «...los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos..., a los que los Estados miembros han cooperado o adherido, pueden suministrar igualmente indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario». Más allá de la consideración de los derechos como principios generales, se apuntaba la conveniencia de contar con un catálogo detallado al modo del establecido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

Nold sistematizó la doctrina establecida hasta entonces por el Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales teniendo en cuenta las posiciones que habían adoptado los tribunales constitucionales europeos. Se conocía ya que el asunto resuelto por la importante sentencia del Tribunal de Justicia *Internationale*, de 17 de diciembre de 1970, iba también a ser examinado por el Tribunal Constitucional alemán, que lo había admitido a trámite.

El Tribunal de Justicia añadió, en la Sentencia *Hauer* de 13 de diciembre de 1979, algunos argumentos aclaratorios del problema. Dijo que: «... la cuestión relativa a un atentado de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede ser apreciada más que en el marco del Derecho Comunitario mismo. La introducción de criterios de apreciación particulares, procedentes de la legislación o el 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».

Fueron precisamente las citadas Sentencias *Nold* y *Hauer*, las primeras que utilizaron, para referirse al nivel de protección de los derechos implantados en la Comunidad, la idea de equivalencia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Estas mejoras en el planteamiento jurisprudencial sobre las garantías de los derechos en el ordenamiento comunitario, y la segura apreciación de que la confrontación entre criterios jurisprudenciales estatales y comunitarios sólo

conduciría a bloquear el progreso de la integración europea, llevó a los Tribunales constitucionales alemán e italiano a rectificar sustancialmente su doctrina anterior: el primero, con su Sentencia *Solange II* de 22 de octubre de 1986 y luego con la de 12 de mayo de 1989 (*Soweit*), y el segundo con las Sentencias *Granital* de 8 de junio de 1984, y *Fragd* de 21 de abril de 1989. Ambos, especialmente el Tribunal Constitucional alemán, han tenido oportunidades ulteriores de reiterar su reserva última de intervención en la hipótesis (que, desde luego, es hoy altamente improbable) de que los derechos fundamentales no fueran suficientemente respetados por las instituciones comunitarias y protegidos por el Tribunal de Justicia.

La invocación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos por la jurisprudencia del Tribunal comunitario, dio más solidez a la delimitación de un estándar claro de las garantías de los derechos fundamentales y la fijación por remisión de un catálogo de derechos concreto. En este sentido, aunque la alusión a los derechos como principios generales aseguraba su protección, se precisaba un texto donde encontrar referencias a los derechos en concreto protegidos, que superase la determinación jurisprudencial y casuística de los mismos.

Desde mediados de los años setenta se iniciaron estudios y debates en el seno de las instituciones sobre la posible adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo. El argumento se desarrolla en el Informe de la Comisión sobre la protección de los derechos fundamentalmente en el ámbito comunitario de 14 de febrero de 1976, en la Declaración conjunta de 5 de abril de 1977 del Parlamento, el Consejo y la Comisión, y en el Memorándum de la Comisión de 4 de abril de 1979 sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio de 1950, abiertamente partidario de la adopción de tal decisión.

Pero, aunque siempre se siguió alentando esta posibilidad, el Tribunal de Justicia subrayó los problemas que plantearía la aplicación del Convenio, que llevaría a la formación de estándares diferenciados de protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y en el ámbito de los Estados miembros.

En particular, la citada Declaración común adoptada el 5 de abril de 1977 por la Comisión, el Parlamento y el Consejo acogía la jurisprudencia *Nold* y *Hauer*, y reiteraba el compromiso de respetar los derechos humanos en la adopción de cualquier acto o política legislativa. Aseguraba que esa preocupación había de extenderse no sólo a las normas de los tratados y del derecho derivado, sino también a «los principios generales del Derecho y, en par-

titular, a los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se funda el Derecho constitucional de los Estados miembros», propósito para el que se tendrían en cuenta los derechos fundamentales «que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión siguió sirviéndose de estos criterios para asegurar el respeto de muchos derechos fundamentales. Por ejemplo: la no discriminación por razón de la nacionalidad (sentencias *Dennis MacQuen y otros c. Grandvision Belgium* de 20 de septiembre de 2001, *C. García Avello c. Estado belga* de 15 de marzo de 2005), discriminación por razón de sexo (sentencias *Dekker* de 8 de noviembre de 1990, *Evelyne Thibault* de 3 de febrero de 2000, *Ursula Vass c. Land Berlin* de 26 de febrero de 2008, *María Luisa Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios* de 29 de noviembre de 2001), dignidad humana (STJCE *Países Bajos c. PE y Consejo de la UE* de 9 de octubre de 2001), libertad de expresión (sentencias *Connolly* de 6 de marzo de 2001, y *Laserdisken* de 12 de septiembre de 2006), libertad de asociación (STPI *Martínez y otros c. PE* de 2 de octubre de 2001), derecho a la tutela judicial (STJCE *Johnston* de 15 de mayo de 1986, *Unibet* de 13 de marzo de 2007, *Eurofood* de 2 de mayo de 2006), inviolabilidad del domicilio (SSTJCE *National Panasonic* de 26 de junio de 1980 y *Comisión c. Alemania* de 18 de mayo de 1989), derechos de propiedad intelectual (STJCE *Laserdisken* de 12 de septiembre de 2006 y *Promusicae* de 29 de enero de 2009), etc.³

³ Los derechos fundamentales en la Unión Europea se han convertido en uno de los asuntos de más frecuente análisis, como muestra el rico panorama que ofrecen los estudios publicados; entre otros: Araceli MANGAS MARTÍN, «Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, 2007; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Derechos y Libertades Fundamentales: standard europeo, estándar nacional y competencias de las Comunidades Autónomas», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 7, 1983; «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *Revista de Administración Pública*, nº 165, 2004; «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos», *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 132, 2006; «Los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y su incidencia en España (con especial referencia a la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008; Rossana GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Límites a la construcción de un «orden público euro-

En los tratados comunitarios empezaron a reforzarse las alusiones al Convenio a partir de la aprobación del Acta Única de 1987. Luego lo hará de

peo» en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000), *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000; Paloma BIGLINO CAMPOS, «Derechos Fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003; Marc CARRILLO, «La Unión Europea ante los derechos fundamentales», en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de los Diputados*, 2003; Andrés BOIX PALOP, «El ámbito constitucionalmente reservado a la jurisdicción en España a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2004; Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Los derechos humanos en el Proyecto de Constitución Europea: breve nota introductoria», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004; Xabier ARZOZ SANTIESTEBAN, «La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, mayo-agosto 2005; Gregorio CÁMARA VILLAR, «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2005; Teresa FREIXES SANJUÁN, «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2005; Carmen QUESADA ALCALÁ, «El dilema «seguridad versus derechos humanos»: ¿También afecta a España? Comentario a la sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2004, asunto Martínez Sala y otros c. España (Asunto nº 58438/00)», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 6, 2005; Rosario SERRA CRISTÓBAL, «Los intentos de adopción de un catálogo de derechos fundamentales para la Unión Europea. Repaso de un proceso inconcluso», *Cuadernos de Derecho Público*, 2005; Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La limitación del poder público estatal a través de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2006; Marta CARTABIA, «La Unión Europea y los derechos fundamentales: 50 años después», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2008; Miguel REVENGA SÁNCHEZ, «Protección «multinivel» de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea: a propósito de las listas negras y otras anomalías de la Unión», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2008; Juan Ignazio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: reflexiones sobre su influencia en el Derecho Penal», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2008, pp. 275-298; Silvio GAMBINO, «Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2010; Luis-Alfonso PARDO GETINO, «Los derechos humanos en el marco de la última reforma de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010; Susana SANZ CABALLERO, «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011; Joaquín SARRIÓN ESTEVE, «Los conflictos entre libertades económicas y

modo más explícito y definitivo el artículo F del Tratado de la Unión de 1992: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan 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».

La alternativa de la adhesión al Convenio para que la Comunidad completara el vacío de no contar con un catálogo escrito de derechos fundamentales pareció bloquearse definitivamente con el Dictamen del Tribunal de Justicia 2/1994, de 28 de marzo. El Tribunal consideró jurídicamente inviable la adhesión por considerar que los tratados no atribuían en aquel momento competencias a las instituciones para que pudieran tomar una decisión de tal género. La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobrepasaba los límites del artículo 235 del Tratado CE (ahora artículo 352 del TFUE).

El Tratado de Ámsterdam de 1997 introdujo una nueva previsión en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, concerniente al respeto a los derechos humanos y a los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho como principios comunes a la Unión Europea y a sus Estados miembros. El respeto y promoción de estos derechos se configura como una obligación comunitaria.

derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, 2011; Javier BARCELONA LLOP, «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 2011; Armin VON BOGDANDY, Matthias KOTTMANN, Carlin ANTPÖHLER, Johanna DICKSCHEN, Simon HENTREI y Maja AMRKOLJ, «Un salvavidas para los derechos fundamentales europeo. Principios básicos de una doctrina Solange en el derecho a la Unión frente a los Estados miembros», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 28, 2012; Joan David JANER TORRENS, «La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012; Luis-Alfonso PARDO GETINO, «El principio de respeto de los derechos humanos en la adhesión de Croacia a la Unión Europea. ¿Por qué Turquía no lo consigue?», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 26, 2012; Roberto BUSTILLO BOLADO, «La desviación de poder en el Derecho comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 2012; José Rafael MARÍN AÍS, «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013.

II. LA CONSAGRACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN

Pero, cegada la vía de la adhesión al Convenio Europeo, las instituciones europeas abrieron otra consistente en la elaboración de una Carta que recogiera específicamente los derechos reconocidos en la Unión. El encargo lo formuló el Consejo Europeo en su reunión de 3-4 de junio de 1999 a una Convención redactora que se constituyó el 17 de diciembre de 1999 y que formuló el proyecto definitivo el 21 de septiembre siguiente. El Consejo de Niza aprobó la Carta el 7 de diciembre de 2000, aunque sin que se le reconociera valor vinculante.

La Declaración número 23 aneja al Tratado de Niza se refería a la promoción de un debate sobre el futuro de Europa y la celebración de un nuevo Tratado en 2004, en el que se resolvieran los problemas que quedaban pendientes sobre simplificación de los Tratados, participación de los Parlamentos nacionales y delimitación de competencias, y la inserción o no de la Carta en los Tratados con valor vinculante. En desarrollo de estas previsiones, la Convención sobre el Futuro de Europa acometió sus trabajos entre el 27 de febrero de 2002 y julio de 2003, hasta concluir el «Tratado por el que se crea una Constitución para Europa», que se debatió seguidamente hasta su adopción formal el 29 de octubre de 2004. La opción seguida en relación con la Carta fue su integración en el Tratado como parte II.

Tras el fracaso del Tratado constitucional, fundamentalmente por los resultados negativos de los referéndums celebrados en Francia y en Holanda, se desistió de él mediante la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007. Poco después, una conferencia intergubernamental se ocupará de preparar modificaciones a los Tratados de la Unión y el Tratado Comunidad Europea, que pasaría a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión. Se firmaron estas modificaciones en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. La Carta Europea había sido readaptada al Tratado de la Unión Europea el 12 de diciembre anterior. El artículo 6.1 del Tratado de la Unión declaró: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». De esta manera, el Derecho comunitario se abre al reconocimiento de otros estándares de derechos vigentes en los Estados miembros, además de aceptar también la aplicabilidad del Convenio Europeo.

La convivencia de los tres estándares de protección se regula, en términos generales, en los artículos 51 a 53 de la Carta, que establecen al respecto las siguientes previsiones:

Artículo 51. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios.

(...)

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

(...)

Artículo 53. *Nivel de protección.*

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

La Carta no se limitaba, por tanto, a enunciar una relación de derechos fundamentales, sino que fijaba una serie de criterios interpretativos de enorme importancia para regular las relaciones con los sistemas constitucionales de los Estados miembros y para compatibilizar sus declaraciones con los contenidos del Convenio europeo de 1950:

- Su ámbito de aplicación comprende a los organismos e instituciones de la Unión y también a los Estados miembros, pero, en este caso, únicamente cuando apliquen derecho de la Unión.
- La Carta no afecta al orden de competencias establecido en los tratados; ni amplía ni modifica las de las instituciones europeas
- Cuando la Carta reconozca derechos que también estén recogidos en el Convenio europeo de 1950, se considerará que aquella ofrece una protección equivalente, sin perjuicio de que el derecho de la Unión pueda reconocer una protección más intensa. La Carta se interpretará, además, conforme a las tradiciones comunes de los Estados miembros en materia de derechos.
- No se podrá interpretar la Carta como limitativa o lesiva de los derechos y libertades tal y como están reconocidos en tratados y convenios internacionales, en las constituciones de los Estados miembros y, desde luego, en el Convenio europeo de 1950⁴.

⁴ Destaco, entre los muchos publicados, algunos estudios sobre la Carta: Araceli MANGAS MARTÍN, «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo», en el Comentario a la Carta, por ella dirigido, *Fundación BBVA*, ed. 2008; Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, 2001; Antonio FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2001; Francisco

III. LA ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL DICTAMEN 2/13 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014

Además de establecerse de modo definitivo un texto con valor de tratado donde se recoge el catálogo de derechos, y de proclamar que la protección de los derechos es un principio general del ordenamiento de la Unión Europea, los preceptos nuevos introducidos en el Tratado de la Unión por el Tratado de Lisboa prescribieron también que la Unión Europea se adheriría al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El artículo 6, apartados 2 y 3, del Tratado de la Unión reformado dispone:

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

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Liberta-

RUBIO LORENTE, «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002; Albrecht WEBER, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002; Javier GARCÍA ROCA, «Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad», *Revista de Estudios Políticos*, 2003; Javier ROLDÁN BARBERO, «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 16, 2003; Ricardo ALONSO GARCÍA y Daniel SARMIENTO, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones. Concordancias, jurisprudencia», *Thomson/Cívitas/Aranzadi*, 2006; Giancarlo ROLLA, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009; Santiago RIPOLL CARULLA, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (consideraciones sobre el artículo 2 de la L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)», *Revista Española de Derecho Comunitario*, nº 37, 2010; Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, «Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2011, pp. 53-74; Lisa LANZONI, «Tutela y limitación de los derechos humanos en el Art. 52 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, 2012; Enrique MARTÍNEZ PÉREZ, «La actualización de los Derechos Fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la Jurisprudencia de Estrasburgo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013.

des Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

Cuando la adhesión se produzca, regirán en el espacio jurídico europeo tres catálogos de derechos, asistido cada uno por su respectivo intérprete: la Carta de la Unión y el Tribunal de Justicia; el Convenio Europeo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; las constituciones y los respectivos tribunales constitucionales o tribunales supremos.

Algunos analistas de esta peculiar regulación de los derechos fundamentales dentro del mismo ámbito territorial europeo, separada y triplicada, cuya defensa se encomienda a tres órdenes jurisdiccionales diferentes y autónomos, han mostrado su perplejidad y augurado muchas inseguridades en su aplicación práctica. Entre otros problemas se pronosticaron inevitables colisiones entre los criterios interpretativos de unos y otros tribunales con la consecuencia de que la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos se convertiría, para quienes puedan permitírselo, en un peregrinaje, de corte en corte, sin horizontes claros.

Las previsiones del artículo 6.2 del Tratado de la Unión fueron objeto de precisiones por el Protocolo nº 8 relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Los tres artículos del Protocolo contienen prevenciones y limitaciones a la adhesión. En particular el artículo 2 subraya de nuevo que el acuerdo garantizará que «la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones». Y el artículo 3 establece que «Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 (acuerdo de adhesión) afectará al artículo 344 TFUE».

La Declaración relativa al artículo 6.2 del TUE, aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, insistió en las mismas restricciones: «La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al CEDH debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia y el TEDH, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio».

La Comisión europea elaboró un proyecto de acuerdo, que atiende a la doble exigencia deducida del artículo 6.2 TUE de que la Unión se adhiera al Tratado y, al mismo tiempo, que no se modifiquen las competencias de la

Unión ni queden afectadas las situaciones que el Protocolo y la Declaración citada insisten en proteger.

El proyecto ha sido objeto de una tramitación cuidada y participativa, y finalmente ha intervenido el Tribunal de Justicia, emitiendo un dictamen sobre el cumplimiento o no de las indicadas exigencias: Dictamen 2/13 del Pleno del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014. En el largo dictamen se explican los antecedentes, la posición de la Comisión y su argumentación sobre la adecuación del proyecto de acuerdo a las exigencias del Tratado y del Protocolo 8. Contiene también un resumen de las pormenorizadas observaciones que han formulado la mayor parte de los Estados de la Unión, tras las cuales el Tribunal ha examinado en cuanto al fondo el proyecto, concluyendo lo siguiente: «El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo número 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

El Tribunal de Justicia rechaza, pues, el acuerdo de adhesión, y provoca, por segunda vez en la historia reciente de la Unión, un bloqueo a la adhesión al Convenio. Sus razones de fondo radican en la apreciación de que las normas del Convenio y, en especial, la posible actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en asuntos en que se está aplicando, o está en juego, el Derecho de la Unión, puede afectar a la preservación de sus características específicas. Considerando que la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetas a los mecanismos de control previstos en el Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del TEDH, se produciría un control externo de dichas instituciones y Tribunal de Justicia que puede afectar a las apreciaciones de éste relativas «al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión». Y el Tribunal de Justicia considera que sus decisiones acerca de si un Estado está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH.

Las críticas al acuerdo por parte del Tribunal de Justicia son muy amplias. Insiste en que no ha tenido en cuenta el proyecto ni tan siquiera «la naturaleza intrínseca de la Unión» y el hecho de que los Estados hayan aceptado en sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión,

que se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho.

También considera inaceptable la interferencia que puede suponer, en la utilización de las cuestiones prejudiciales reguladas en el artículo 267 TFUE, la nueva regulación establecida en el Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado el 12 de octubre de 2013, según la cual es posible plantear cuestiones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también concernientes a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el CEDH y sus protocolos.

Considera que el simple hecho de que se pueda plantear una demanda ante el TEDH que tenga por objeto una violación cometida por la Unión, un Estado miembro o ambos, del Derecho de la Unión, es por sí misma una vulneración de la exigencia establecida en el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión. Este precepto, según el Tribunal (párrafo 210), «tiene precisamente por objeto preservar el carácter exclusivo de los modos de solución de estos litigios dentro de la Unión, y en particular de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia a este respecto, y se opone por tanto a cualquier control externo anterior o posterior».

Se enfrenta igualmente, valorándolo negativamente por contradecir el Derecho europeo, al «mecanismo del codemandado» establecido también en el proyecto de adhesión. De nuevo aquí porque estima que este tipo de fórmulas, no bien resueltas a juicio del Tribunal, permiten al TEDH «apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de sus actos u omisiones, con el fin de adoptar una decisión definitiva a este respecto que obliga tanto a los Estados miembros como a la Unión».

En otros apartados del dictamen también se vuelve a imputar al proyecto el reconocimiento final que resultaría, a favor del TEDH, de la competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En definitiva, el Tribunal de Justicia se ha convertido en un firme valladar para la conservación de las esencias del Derecho de la Unión Europea, y se muestra estricto en no aceptar compartir las tareas de interpretación del Derecho de la Unión, ni siquiera indirectamente, por un órgano externo al sistema jurídico autónomo establecido a partir de los Tratados. La opinión del Tribunal se manifiesta con tanta severidad y restricción que, de no matizarse, será difícil que pueda alcanzarse la adhesión al CEDH ya que no resulta imaginable un escenario de relaciones entre dicho Tribunal y el TEDH en el que este último no pueda con sus decisiones afectar de alguna manera

a las decisiones materiales de la Unión, cuando están implicados derechos fundamentales.

IV. LAS RELACIONES INTERJURISDICCIONALES

La no adhesión al Convenio no ha impedido que en algunas ocasiones se hayan establecido relaciones entre los altos Tribunales europeos y valoraciones recíprocas sobre el estándar de derechos protegidos por una y otra institución. La poca experiencia de que disponemos actualmente se refiere siempre a intervenciones provocadas por nacionales de Estados de la Unión que han estimado vulnerados sus derechos por decisiones estatales que tenían en cuenta normas comunitarias. El Tribunal de Derechos Humanos ha considerado por lo común que el nivel de protección de los derechos reconocido en la Unión es equivalente al establecido en el Convenio de 1950⁵.

Es paradigmático el asunto *Bosphorus Hava Yollary Turizm v. Irlanda* de 30 de junio de 2005. Se refiere a la aplicación del reglamento comunitario 990/93, cuyo artículo 8 ordenaba el apresamiento de aeronaves operadas por personas o entidades radicadas en Serbia y Montenegro y que tuviesen el control sobre las empresas correspondiente. La prohibición tenía que ver con las medidas adoptadas por la ONU para sancionar a la antigua república federal de Yugoslavia. En aplicación de estas medidas, las autoridades irlandesas apresaron un avión en Dublín. La medida se recurrió ante los jueces irlandeses que plantearon luego una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 30 de julio de 1996, CE-84/95), asunto *Bosphorus*), que resolvió que la restricción establecida por el reglamento 1990/93 estaba justificada y era proporcionada al fin perseguido. Concluidas las vías internas el asunto terminaría en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando una vulneración del derecho de propiedad protegido en el artículo 1 del protocolo nº 1 del convenio. El Tribunal de Derechos Humanos se enfrentó, por tanto, a la necesidad de delimitar el alcance del control de la actividad de los Estados miembros cuando está vinculada por la aplicación del derecho de la Unión Europea. Estimó el Tribunal en la citada sentencia *Bosphorus* que el

⁵ En relación con el Convenio, entre la bibliografía en español, además de la mencionada en otras notas de este artículo, véase, por todos, Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA (Coords.) «La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, CEPC, 2005; Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thomson Civitas, 2004.

control de las decisiones de los Estados se llevaría a cabo de diferente forma cuando se tratase de actividades en las que los Estados tuvieran un margen de apreciación para aplicar el Derecho de la Unión Europea y aquellas otras en que su ejecución se desarrollara en términos reglados. Solo en estos últimos supuestos se aplicaría la doctrina de la protección equivalente, de la que cabe derivar una presunción de conformidad con el Convenio de dicha actividad estatal reglada. Esta doctrina general no debe ser obstáculo para que el Tribunal pueda enjuiciar la actuación de los estados cuando la protección dispensada a los derechos fundamentales resultara «manifiestamente deficiente». En el caso *Bosphorus* entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la protección de los derechos invocados por la empresa demandante no había sido manifiestamente deficiente, de lo que dedujo «la consecuencia de que no cabe estimar que la presunción de la observancia del convenio por el estado demandado haya sido refutada».

En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se autolimita a declarar vulneraciones de derechos protegidos en el Convenio, cuando los Estados aplican derecho comunitario contando con un margen apreciable de discrecionalidad o cuando las instituciones de la Unión Europea dispensan garantías a los derechos «manifiestamente deficientes». En los demás casos, aplica la doctrina de la protección equivalente para conformarse con los criterios de valoración utilizados por el Tribunal de la Unión.

Nótese que una razón esencial para que el TEDH no intervenga cuando los Estados no cuentan con márgenes de apreciación, radica en que una condena contra los mismos no supondría la obligación de modificar las normas o decisiones implicadas, en cuanto que son simple trasposición reglada de otras producidas por las instituciones de la Unión Europea. Ir más allá en ese control implicaría afectar al Derecho de la Unión Europea que no es parte del Convenio. Nada de esto ocurre, sin embargo, cuando las decisiones impugnadas de los Estados han sido adoptadas contando éstos con un margen de discrecionalidad suficiente.

La distinción entre uno y otro supuesto no siempre aparece meridianamente clara, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ideado otros criterios complementarios para determinar cuándo es aplicable o no lo es el principio de equivalencia de condiciones, que resultan muy bien explicitados en el asunto *Michaud v. Francia* (STEDH de 6 de diciembre de 2012).

De nuevo es un supuesto de aplicación por un Estado de una norma comunitaria, la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991 relativa al blanqueo de capitales (modificada por las Directivas 2001/97/CE de 4 de diciem-

bre de 2001 y la directiva 2005/60/CE, de 20 octubre de 2005). La Directiva, incorporada a los ordenamientos de los Estados miembros, provocó la interposición de recursos por algunos colegios de abogados y profesionales, a los que se obligaba a comunicar a las autoridades ciertas actividades de inversión de sus clientes, prescripción que estimaron contraria a derechos fundamentales como la intimidad, secreto profesional o el derecho a un proceso justo.

Una primera sentencia de 26 de junio de 2007, dictada en un recurso prejudicial por el Tribunal de Justicia comunitario (*asunto Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*), no apreció vulneración alguna de los derechos invocados y aunque fue preciso salvar la compatibilidad de las Directivas con las garantías de los derechos utilizando la fórmula de la interpretación conforme.

También el Consejo de Estado francés se pronunció, sin plantear cuestión prejudicial alguna, en sus decisiones de 10 de abril de 2008 y 23 de julio de 2010, sobre las normas de transposición de las Directivas, en sentido de considerarlas compatibles con los derechos a la intimidad, secreto profesional u otros invocados. En el segundo de estos asuntos, cerradas las vías internas, el recurrente, Patrick Michaud, recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dictó sobre el asunto la sentencia de 6 de diciembre de 2012.

Apreció que así como en el asunto *Bosphorus*, Irlanda carecía de margen de maniobra para ejecutar el derecho comunitario, en el caso *Michaud* disponía de margen de apreciación para la transposición de la directiva de blanqueo de capitales. La existencia de ese margen de apreciación se evaluó por el Tribunal para poder concluir que no podía aplicar al caso la presunción de protección equivalente. Sin entrar a estudiar las características de las directivas sobre el blanqueo de capitales y la cuestión de si dejaban o no verdaderamente discrecionalidad aplicativa o su contenido era preciso e incondicional, el Tribunal Europeo optó por justificar la inaplicación del principio de equivalencia de protección utilizando otro argumento: en el asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, el Tribunal de Justicia Comunitario había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de las obligaciones impuestas por las directivas de blanqueo con el derecho a un proceso justo que protege el artículo 6 del Convenio. En cambio en el asunto *Michaud* no se había planteado ninguna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia comunitario, de modo que éste no tuvo oportunidad de resolver acerca de la compatibilidad de las medidas contempladas en las directivas

sobre blanqueo con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos concernientes a la protección de la intimidad.

Así las cosas, y marcadas las referidas diferencias, estimó que no podía aplicarse el principio de protección equivalente porque en un caso se activaron todos los mecanismos de control internacional de protección de los derechos fundamentales y en el otro no.

Bien es verdad que al término de tanta sutileza, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la normativa francesa de incorporación de las directivas de blanqueo, y las decisiones del *Conseil d'Etat*, eran compatibles con el artículo 8 del Convenio Europeo.

Lo que augura, sin embargo, esta concepción de las relaciones interjurisdiccionales para completar todas las garantías ofrecidas por las constituciones de los Estados, la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es una gran prolongación de los procesos o, si se prefiere, un descomunal desarrollo del derecho a un juicio justo o a la tutela judicial efectiva por utilizar los términos del artículo 24 de nuestra Constitución.

Añádase a lo dicho que «el dialogo judicial» entre los jueces y tribunales de los Estados y el Tribunal de Justicia Comunitario, está sometido a prescripciones mucho más rígidas. Salvo en asuntos en los que la interpretación de la normativa comunitaria sea clara (STJCE CILFIT de 6 de octubre de 1978), o esté suficientemente aclarada (Sentencia Da Costa de 27 de marzo de 1963 y su progenie), el planteamiento de cuestiones prejudiciales forma parte esencial de la colaboración de los tribunales internos y el de la Unión Europea y resulta, en último término, obligatoria para los «órganos jurisdiccionales» que deciden en última instancia.

El Derecho en general, y el sistema de protección de los derechos fundamentales en particular, no puede ser tan complejo si aspiran a ser útiles y eficaces. La sucesiva apelación a diferentes tribunales para que resuelvan sobre la misma cuestión asegura, como ya he indicado, un alargamiento inevitable de los procesos conducentes a la protección de los derechos, y el consiguiente atasco o bloqueo de los tribunales que están llamados a decidir. Hay que preguntarse también sobre quién puede beneficiarse de un modelo de garantías tan abigarrado, que requiere para ser aprovechado capacidad de gasto y paciencia, de las que, con seguridad, no disponen los ciudadanos europeos corrientes.

Esta peregrinación por los Tribunales Europeos quedaría bastante desactivada si los justiciables tuvieran la seguridad de que el nivel de protección de

sus derechos, en todos los órdenes jurisdiccionales a los que puede recurrir, es equivalente. Pero esta seguridad ha quedado tradicionalmente puesta en cuestión por la convicción que tienen algunos Tribunales Constitucionales europeos de que la protección y garantías de los derechos ofrecidas por las respectivas constituciones es superior a las que ofrecen los ordenamientos supranacionales e internacionales, mito que está en franca decadencia, como enseguida se verá, en el espacio jurídico europeo.

V. LA APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESTATALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN, AÚN EN EL SUPUESTO DE QUE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SEAN SUPERIORES.

Las relaciones entre los Tribunales de los Estados miembros y Tribunal de Justicia de la Unión Europea son bastante más ordinarias e intensas que las que se acaban de exponer y que concluyen en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La razón está en la utilización por aquellos tribunales internos del recurso prejudicial de validez o de interpretación, sea de manera voluntaria u obligatoria dependiendo de que el órgano judicial recurrente sea el encargado de adoptar la decisión definitiva.

El recurso prejudicial puede tener por objeto la validez o interpretación de normas o decisiones comunitarias que afectan a derechos fundamentales. Cuando así ocurre es posible que se susciten problemas concernientes al nivel de protección que dispensa el ordenamiento jurídico comunitario —la Carta de derechos, en su caso— en relación con las garantías establecidas en la Constitución del Estado.

La cuestión de si un tribunal estatal puede dejar de aplicar una norma o acto comunitario porque vulnere derechos constitucionales o rebaje las garantías establecidas en el derecho interno, se planteó, como antes se ha recordado, por algunos tribunales constitucionales en términos bastante radicales durante los años setenta y primeros ochenta del siglo pasado. No es aceptable, se aseguraba, en términos constitucionales, que el derecho comunitario rebaje el estándar de protección ofrecido por las constituciones. En esta línea se situaron la jurisprudencia *Frontini* en Italia y la primera *Solange* en Alemania, antes citadas. Aunque esta doctrina ha quedado superada, los tribunales constitucionales han mantenido sus advertencias de que aunque cabe estimar que el estándar de protección de los derechos fundamentales en la Unión

Europea es equivalente al existente en el derecho constitucional interno, pueden llegar a declarar inaplicable una norma o acto comunitario cuando contenga interpretaciones en materia de derechos que sean aberrantes o rebajen de manera inaceptable su protección. Esta clase de advertencias se justificaron con mucho detalle en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, que resolvió los recursos planteados contra la ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea y la ley que modificó la Ley Fundamental de Bonn para compatibilizarla con lo establecido en dicho Tratado⁶. También sostiene esta doctrina, con manifiesta emulación de lo decidido en la referida sentencia alemana de 1993, la Declaración de nuestro Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1994, que la sentencia *Melloni* 26/2014, de 13 de febrero, ha vuelto a recordar.

La razón del abandono de la primitiva tesis de la manifiesta superioridad del estándar de protección de los derechos fundamentales en las constituciones de los Estados miembros, se ha debido a la constatación de que la oposición sistemática de este argumento a la aplicación del derecho comunitario, derivaría irremisiblemente en el desconocimiento de su primacía y eficacia directa, que son principios esenciales de relación entre el ordenamiento europeo y el de los Estados miembros. Los fines de la Unión, como tiene dicho el Tribunal de Justicia comunitario desde sus primeras sentencias importantes, no podrían realizarse si no se reconociera a las decisiones europeas aquellas características jurídicas.

La superación de la doctrina inicial ha tenido en cuenta que no puede exigirse un estándar idéntico de protección de los derechos porque si tal igualdad fuera determinante de la participación de un Estado en cualquier organización supranacional o internacional, es probable que no pudiera pertenecer a ninguna o que quedara excluido de las más importantes.

El Tribunal Constitucional alemán tuvo ocasión de constatar esta necesidad de aceptar estándares de protección más rebajados como requisito imprescindible para que el Estado pudiera integrarse en organizaciones de aquel tipo, en su sentencia de *Eurocontrol* de 1981. Dicho Tribunal, que pareció superar sus reticencias anteriores a partir de los autos de 23 de junio de 1981 y 22 de octubre de 1986, y que cambió la doctrina de *Solange I* en la siguiente sentencia del mismo nombre de 1986, aceptó finalmente la doctrina de la

⁶ Remito, por todos, para un análisis más detenido de esta jurisprudencia, a mi *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, op. cit., tomo II, págs. 499 y sigs.

protección equivalente en la aludida sentencia *Maastricht* de 1993 antes citada y la confirmó en su decisión de 17 de junio de 2000.

Esa posición defensora de la protección equivalente y su explicación, está bien resumida en el auto del mismo Tribunal de 19 de julio de 2011: «al verificar si el derecho de la Unión deja o no margen de maniobra en su implementación, es el juez ordinario el que determina si los derechos de la Ley Fundamental deben ser tomados en consideración o si debe abstenerse de controlar la actividad nacional de implementación sobre la base de los estándares de la Ley Fundamental, 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 Fundamental».

El mismo auto acepta la necesidad de distinguir entre dos situaciones diferentes: la primera vendría dada por aquellos casos en los que los Estados miembros transponen o ejecutan el derecho de la Unión de un modo reglado, sin que tengan ningún margen de maniobra para elegir opciones propias o establecer desarrollos o complementos discrecionalmente elegidos. La segunda consistiría en la transposición o ejecución del derecho comunitario contando con márgenes de discrecionalidad. En el primer caso los jueces ordinarios de los Estados deben aplicar las normas y actos de la Unión, sin que puedan oponer la eventual existencia de estándares superiores de protección de los derechos establecidos en su Constitución. En cambio, pueden invocar esas garantías superiores en el supuesto de que cuenten con un margen de maniobra importante en las operaciones de transposición y ejecución del derecho de la Unión.

Puede apreciarse la proximidad existente entre esta doctrina y la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Michaud* más atrás comentado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha acogido estas distinciones en su jurisprudencia. Las sentencias *Akerberg* y *Melloni*, ambas de 26 de febrero de 2013 las exponen y justifican sus consecuencias con claridad.

La sentencia *Akerberg* se enfrentó a lo establecido en el artículo 51.1 de la Carta, según el cual sus disposiciones «están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respectivo del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión». Esta última expresión, la aplicación del derecho de la Unión, planteaba en el caso la duda, bastante razonable, de saber si sólo se aplica derecho de la Unión cuando se toman en consideración únicamente normas comunitarias o también se da tal circunstancia cuando se aplican nor-

mas internas dictadas para transposición o ejecución de otras del derecho de la Unión. En el caso sometido a la decisión del Tribunal, de la interpretación en uno u otro sentido de la expresión «apliquen derecho de la Unión» derivaría que fueran legítimas o no sanciones penales y administrativas impuestas a un ciudadano, ya que de no estar en un supuesto de aplicación del derecho comunitario habría que dar entrada, para resolver la reclamación de *Akerberg*, el derecho interno que ofrecía mayores niveles de protección.

El Tribunal de Justicia aceptó, que, en efecto, los estándares nacionales de protección desplazarán a los establecidos en la Carta, que eran inferiores. Las normas de derecho interno ejecutaban otras del derecho de la Unión, pero estas últimas no regulaban la situación de un modo completo de manera que la actuación jurídica de los Estados no quedaba «totalmente determinada» por el derecho europeo. Y siendo así la sentencia argumenta lo siguiente: «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales con una disposición o una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto en la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión».

En la sentencia *Melloni* el Tribunal tuvo que afrontar una situación que consideró distinta: inexistencia de margen de maniobra para la transposición del derecho comunitario configurada por las normas europeas como una operación reglada⁷.

⁷ Sobre el asunto *Melloni*: Ignacio TORRES MURO, «La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013, pp. 343-370; Cristina IZQUIERDO SANS, «Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto *Melloni*, C-399/11», *La Ley Unión Europea* n. 4, 2013, pp. 3-10; Karsten GAEDE, «Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren: (EuGH, NJW 2013, 1145 - Radu und NJW 2013, 1215 - *Melloni*)», *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 18, 2013, pp. 1279-1282; Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ, «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.

Un Tribunal italiano había juzgado en rebeldía al Sr. *Melloni*, quien recurrió en todas las instancias correspondientes que confirmaron la condena de

(RI §413463)», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30, 2013; Joaquín HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, «Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Melloni y Akerberg Fransson (unas notas de urgencia)», *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, nº 1, 2013; Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA y Santiago RIPOL CARULLA, «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)», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 46, 2013, pp. 151-198; Dominique RITLÉNG, «De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 2, 2013, pp. 267-292; Maja BRKAN, «L'arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11», *Revue des Affaires Européennes. Law & European Affairs*, nº 1, 2013, pp. 139-145; N. DE BOER, «Addressing rights divergences under the Charter: case Melloni», *Common Market Law Review*, vol. 50, nº 4, 2013, pp. 1083-1104; Fausto VECCHIO, «I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali», *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, nº 2, 2013, pp. 454-456; José María MACÍAS CASTAÑO, «La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional. El asunto Melloni», *Atelier*, 2014; Antoine BAILLEUX, «Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin: C.J.U.E., Stefano Melloni et Akerberg Fransson, 26 février 2013», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nº 97, 2014, pp. 215-235; Leonard F. M. BESSELINK, «The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni», *European Law Review*, vol. 39, 2014, pp. 531-552; Aida TORRES PÉREZ, «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 2014, pp. 308-331; Sergio SALINAS ALCEGA, «Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013 - Stefano Melloni y Ministerio Fiscal - (As. C-399/11)», *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 2, 2014, pp. 49-52; David APPANAH, «Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme: entre cohérence et légitimation. A propos des arrêts Aklagaren c/Hans Akerberg Fransson et Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de justice le 23 février 2013», *Revue Générale de Droit International Public*, nº 2, 2014, pp. 333-356; Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, 2014, pp. 603-622; Christoph SAFFERLING, «Der EUGH, die Grundrechtecharta und nationales Recht : die Fälle Akerberg Fransson und Melloni», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, nº 10, 2014, pp. 545-551; Aida TORRES PÉREZ, «El diàleg judicial sobre l'Euroordre: el cas Melloni en tres actes», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2014, pp. 985-1001; Ricardo ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2014.

diez años de prisión en aplicación de la normativa en materia de blanqueo de capitales. El Tribunal italiano cursó una orden de detención que se ejecutó en España en 2008. La Audiencia Nacional acordó la entrega del condenado considerando que su derecho de defensa había sido respetado ya que, pese a las protestas manifestadas en sus recursos, se había situado en rebeldía voluntariamente y, además, había designado dos abogados que le defendieron en el proceso y las sucesivas instancias de apelación. *Melloni* recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional la orden de entrega.

El Tribunal Constitucional tenía establecida desde su sentencia 91/2000, de 30 de marzo, una doctrina estable en el sentido de que la protección de los derechos del artículo 24 de la Constitución imponía que no pudiera accederse a la extradición sin permitir al condenado que pudiera impugnar la sentencia dictada en rebeldía. Esta jurisprudencia era aplicable a la orden de detención europea, que empezó a regularse por la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, modificada en diversas ocasiones. En este contexto normativo, la regulación europea no permite «denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución» si se da la circunstancia de que el condenado, «teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por el mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio».

Los tribunales ordinarios negaron a *Melloni* el derecho que invocaba, y el asunto llegó en amparo al Tribunal Constitucional que, por primera vez en su historia, acordó, por auto de 9 de junio de 2011, plantear al Tribunal de Justicia diversas cuestiones prejudiciales, con las que pretendía obtener la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión europea acerca de si la normativa comunitaria aplicable impedía a las autoridades judiciales nacionales someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión fuera revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado. De la respuesta positiva también derivaría que el Estado requirente estaría otorgando un mayor nivel de protección del que se derivaría del derecho de la Unión europea.

El Tribunal de Justicia en su sentencia *Melloni* de 26 de febrero de 2013, declaró que la Decisión marco que se estaba aplicando «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previsto en esta disposición, la autoridad judicial de ejecución de una orden de detención europea emitida

para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía puede ser revisada por el Estado miembro emisor». Y más adelante declara la compatibilidad de la Decisión marco citada (modificada por la 2009/299), con los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y, finalmente, el apartado 3 de la Sentencia concluye: «El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona en rebeldía a la condición de que la condena puede ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de defensa protegidos en su Constitución».

El Tribunal Constitucional dictó finalmente su Sentencia 26/2014, de 13 de febrero de 2014, en el asunto *Melloni*. La sentencia recuerda la vieja doctrina fijada en la declaración del Tribunal 1/2004 de 13 de diciembre, en la que se sostenía que la cesión constitucional que permite el artículo 93 CE tiene límites materiales que «se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos adquieren sustantividad propia». Este respeto obliga a que las transferencias de competencias derivadas de la Constitución tengan que ser «compatible con sus principios y valores básicos». También recuerda el Tribunal Constitucional que, en última instancia, le corresponde garantizar la supremacía de la Constitución y ello le podía llevar, en un caso extremo, a no aceptar los excesos que pudieran cometerse en ejercicios de los poderes transferidos a las instituciones de la Unión Europea.

Atendidas las circunstancias del caso (enjuiciamiento en rebeldía del condenado, pero con plena información y defensa profesional), la sentencia del Tribunal Constitucional estimó que el proceso a un proceso equitativo no es absoluto y que estaba suficientemente protegido en la norma comunitaria que se trataba de aplicar. Todo lo cual, en definitiva, le sirve para concluir lo siguiente: «así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida en la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado».

El Tribunal Constitucional, explícitamente, revisa su jurisprudencia aceptando la inaplicación de un estándar superior de protección que la doctrina que revisa reconocía en nuestra Constitución. Pero acepta que la norma europea garantiza de un modo razonable y suficiente el derecho constitucional invocado.

Tres votos particulares, de las magistradas Asua Batarrita, Roca Trías y del magistrado Ollero Tassara, consideraron acertada la decisión del Pleno del Tribunal pero insatisfactoria la argumentación y, a mi juicio, no le faltaron razones. Realmente, no queda bien explicado en la sentencia por qué acepta el Tribunal Constitucional la rebaja del estándar de protección de un derecho para dar prioridad a una regulación europea. El voto particular de la profesora Roca invoca la doctrina de la «protección equivalente», utilizada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bosphorus* de 2005 que ya hemos considerado. Según esta doctrina cuando existan reconocidos derechos a nivel europeo los tribunales nacionales no deben enjuiciar una hipotética confrontación. Es capital en un ordenamiento formado por diferentes escalas y normas de garantías, aceptar que existe una cultura común en materia de derechos fundamentales que obliga a reconocer la suficiencia de la protección dispensada en el seno de la Unión Europea, otorgando a sus instituciones la confianza necesaria para el desarrollo de un proyecto jurídico y político que es común a todos los Estados miembros involucrados.

Esta concepción común de los derechos obliga a justificar la no aplicación del estándar de protección de los mismos establecida en la Constitución, de una manera bastante simple pero que debería explicitarse más claramente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional debe aplicar el estándar común que resulte de las interpretaciones sostenidas por aquél. Es decir que las Sentencias del tribunal interno deben aceptar la equivalencia del nivel de protección europeo y el estatal. Sólo en los supuestos en que la normativa europea deje un margen de discrecionalidad a los Estados para añadir regulaciones propias, los tribunales internos pueden utilizar el estándar nacional de protección, conforme argumentó el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Akerberg* más atrás considerada.

VI. RECURSOS PREJUDICIALES ANTE EL TRIBUNAL DE LA UNIÓN Y CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL ORDEN DE PRIORIDADES

La concurrencia de dos tribunales, el comunitario y el constitucional, encargados de interpretar las normas superiores de dos ordenamientos que operan con perfecta autonomía e independencia, ha dado lugar a que pueda plantearse el problema de a cuál de los dos tribunales es preciso consultar prioritariamente en relación con las cuestiones de interpretación o validez que susciten las normas, sobre todo cuando incurren en contradicciones o conflictos.

Este asunto de la preferencia jurisdiccional, complicado por la vinculación de los jueces y tribunales ordinarios a lo que establezcan en cada caso el Tribunal de Justicia o el Tribunal Constitucional, ha presentado, a lo largo de la historia de las relaciones interordinamentales entre el derecho comunitario y el interno, diversas variantes: la primera que se suscitó a partir de los años sesenta del siglo pasado, fue la de resolver si el efecto directo y la primacía de las normas comunitarias suponía que los jueces ordinarios tenían la obligación de inaplicar las disposiciones internas que se les opusiesen y si esta contradicción, cuando afectaba a normas con rango de ley, tenía que ser verificada por el Tribunal Constitucional, de modo que no pudiera inaplicarse una norma por un juez ordinario sin antes haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante aquel tribunal. Desde finales de los años setenta este asunto quedó aclarado, pero se suscitaron inmediatamente otros de no menor interés: por ejemplo, el de resolver si para que un juez o tribunal ordinario pueda dejar inaplicada una norma con rango de ley es necesario que previamente plantee una cuestión prejudicial de interpretación o validez ante el Tribunal de Justicia comunitario; si, cuando sea procedente plantear cuestiones de inconstitucionalidad y recursos prejudiciales, deben tener prioridad las primeras o los segundos, o incluso si pueden interponerse simultáneamente; en qué casos puede el Tribunal Constitucional anular actos aplicativos del derecho comunitario por no adecuarse al estándar de protección de los derechos reconocidos en la Constitución; etc.

Se resumen seguidamente los principales problemas de este tipo que se han suscitado y las orientaciones que deben seguirse para su solución:

1. La cuestión de si los jueces y tribunales internos de los Estados pueden dejar sin aplicación normas estatales, especialmente cuando tienen rango de ley, por oponerse al derecho comunitario, tiene raíces antiguas en la historia de las relaciones entre el derecho comunitario y el interno. Forman par-

te de prácticas, ya irrecuperables, las viejas decisiones del *Conseil d'Etat* francés, de 1 de marzo de 1968 (*Syndicat Général de fabricants de semoules*), seguido de otros muchos; las de la *Cour de Cassation (Cafés Jacques Vabre*, de 25 de mayo de 1975), o del Tribunal Constitucional italiano (sentencias de 30 de octubre de 1975 y 22 de diciembre de 1977), como ejemplos de otras muchas decisiones jurisdiccionales dictadas en todos los Estados miembros antes de la mitad de los ochenta del siglo pasado, que oponían resistencias de orden constitucional a la inaplicación por los tribunales ordinarios de normas con rango de ley que contradijeran el derecho comunitario. La sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia, puso término a esta resistencia, destacando la facultad y obligación de cualquier juez o tribunal ordinario de dejar sin aplicación las disposiciones nacionales, de cualquier rango que fuesen, que contradijeran disposiciones comunitarias. Esta jurisprudencia no ha variado, hasta hoy sino que se ha afirmado y desarrollado.

2. Asunto distinto es si los tribunales internos pueden dejar sin aplicación normas con rango de ley cuando vulneren el derecho comunitario o están obligados a interponer previamente un recurso prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea. El problema ha sido objeto de una jurisprudencia dubitativa de nuestro Tribunal Constitucional. En sus sentencia de 58/2004 de 18 de abril, estimó que la inaplicación de una ley, sin suscitar una cuestión prejudicial de interpretación, existiendo razones para plantearla obligatoriamente, podía ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE. Aunque la sentencia ha sido tachada de ambigüedad por sus comentaristas⁸, parece claro que el Tribunal se inclinó por considerar que era preciso, para que un juez ordinario inaplicara una ley, cumplimentar aquel requisito de solicitar una opinión previa del Tribunal comunitario: dice el

⁸ Los comentarios inmediatos a la STC 58/2004 fueron: José M. BAÑO LEÓN, «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004; Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, «El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)», *Derecho Privado y Constitución*, nº 18, 2004; Juan I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo (a propósito de la STC 58/2004)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004; Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (a propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004.

fundamento jurídico 14 de la sentencia: «...si la ley postconstitucional es contraria a la Constitución sólo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 CE puede dejar de ser aplicada. Y si la ley postconstitucional es contradictoria con el derecho comunitario sólo puede ser inaplicada, dada las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE».

Las circunstancias del caso resuelto por la sentencia mencionada, a cuyas peculiaridades alude reiteradamente, determinaron que la solución establecida presentara matices sobre los que volvió el Tribunal Constitucional en su sentencia 194/2006, de 19 de junio. En su fundamento jurídico 5 parece generalizar la exigencia del recurso prejudicial como requisito de previo cumplimiento: «...el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (artículo 103 CE) y de los Tribunales (artículo 117 CE)».

Ulteriormente una sentencia de Pleno del TC, la 78/2010 de 20 de octubre, rectificó expresamente la doctrina establecida en la sentencia antes mencionada, señalando definitivamente las diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad, que es imprescindible para declarar la inaplicación de las normas legales posteriores a la Constitución, y la cuestión prejudicial. Respecto de esta última sostiene: «la obligación de plantearla desaparece aún tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuanto la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62, y de 19 de noviembre de 1991, asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto CILFIT, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial solo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria».

Esta es la posición que sigue manteniendo el Tribunal Constitucional. De resulta de la misma, los jueces ordinarios deben plantear la cuestión prejudi-

cial antes de dejar sin aplicación una ley interna, cuando resulta aquella precedente conforme al artículo 267 TFUE, y no deben hacerlo, sin vulnerar por esta decisión el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando no se den las circunstancias, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en las que es obligatorio interponer el mencionado recurso prejudicial.

3. La interferencia de cuestiones de inconstitucional planteadas ante el Tribunal Constitucional, o tribunales equivalentes en otros Estados de la Unión Europea, antes de suscitarse cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión, y, por tanto, como requisito previo para que los jueces ordinarios puedan dejar inaplicadas leyes contrarias a normas comunitarias, ha vuelto a presentarse, en una versión renovada, en Francia.

La ley constitucional francesa de 23 de julio de 2008 introdujo una modificación en el artículo 61.1 de la Constitución de 4 de octubre de 1958, relativo a las competencias del Consejo Constitucional. Cuando en un procedimiento que tenga que resolver un órgano jurisdiccional haya de aplicarse una disposición legislativa que vulnere los derechos y libertades que garantiza la Constitución, el Consejo de Estado o la Corte de Casación pueden remitir el asunto al Consejo Constitucional. La ley orgánica de 10 de diciembre de 2009 desarrolló este precepto, cuya adecuación al Derecho comunitario no tardó en plantearse ante el Tribunal de Justicia de la Unión.

En efecto, la sentencia *Melki y Abdeli*, de la Gran Sala de 22 de junio de 2010, resolvió la cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación francesa, en la que suscitaba ante el Tribunal de Justicia si la remisión prioritaria al Consejo Constitucional de asuntos en los que estuviera en juego la aplicación de normas supuestamente contrarias a la Constitución, desplazaba tanto el planteamiento de cuestiones prejudiciales como, eventualmente, la inaplicación de una norma por ser contraria al Derecho comunitario. La sentencia citada concluyó que «el artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de inconstitucionalidad de las leyes nacionales en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución de dicho órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia».

La conclusión es similar a la que estableció históricamente la jurisprudencia *Simmmenthal* y sus complementarias: no pueden oponerse a la inaplicación

de una ley contraria a normas comunitarias objeciones o procedimientos derivados de la Constitución.

4. Pueden darse situaciones en las que un pronunciamiento por vía prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión sea más pertinente e incluso haga innecesario el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Por ejemplo, cuando se trata de resolver acerca de la validez o interpretación de normas de derecho interno que trasponen o ejecutan otras comunitarias que no dejan a los Estados ningún margen de apreciación o discrecionalidad, es decir, que obligan a una transposición absolutamente reglada. Una vez que el Tribunal de Justicia ha constatado estas circunstancias, no sería pertinente reclamar una decisión del Tribunal Constitucional, ni siquiera a título de que evalúe la ley interna desde el punto de vista de los mayores estándares de protección de los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados por la misma. El Tribunal Constitucional, caso de ser llamado a resolver una cuestión de inconstitucionalidad de este tipo de asuntos, tendría que aplicar la doctrina de la protección equivalente y abstenerse de valorar las normas internas que ejecutan Derecho europeo conforme a los parámetros constitucionales, incluso si el nivel de protección de los derechos es mayor.

Esta es la situación que deriva de la jurisprudencia *Melloni*, si bien en dicho caso se pronunciaron sucesivamente el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional como hemos reseñado más atrás, la decisión de este último se atuvo a la de aquél incluso rectificando su jurisprudencia propia anterior. Se deduce de ello que ningún tribunal ordinario debería plantear cuestiones de inconstitucionalidad en supuestos en los que concurren circunstancias como las consideradas por el Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto *Melloni*. En el caso de recursos de amparo que pretendieran la aplicación de un nivel mayor de protección de un derecho, la respuesta preliminar del Tribunal Constitucional sería seguramente la de inadmisión por aplicación de la doctrina de la protección equivalente.

5. Pueden darse, no obstante, muchos supuestos en la práctica en los que las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia y las de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pueden sucederse sin plantear problemas de colisión entre ordenamientos.

Ocurrirá en todos los casos en los que se susciten ante el Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales de validez o interpretación de normas relativas a materias que no estén absolutamente armonizadas. Los Estados miembros cuentan con márgenes de apreciación que pueden emplear discrecionalmente para incorporar a sus normas de transposición o desarrollo bien limitaciones de de-

rechos que no contemplan la norma europea o bien niveles mayores de protección. Un buen ejemplo es el suscitado por la sentencia UTECA del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 2009, que responde a una cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Supremo español. Se refiere a la interpretación de determinados artículos de la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 97/36 CE. Dicha norma europea establecía determinadas obligaciones a los operadores de televisión para favorecer la producción audiovisual y la cultura europea. Las leyes españolas que traspusieron la Directiva se limitaron inicialmente a establecer reservas de tiempo en la programación audiovisual para la difusión de obras audiovisuales europeas. Pero a partir de la Ley 15/2001 se impuso también la obligación a los operadores de televisión de destinar el 5% de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos. Estas previsiones fueron después desarrolladas en el RD 1652/2004, de 9 de julio, que reguló la inversión obligatoria mencionada.

UTECA impugnó el Real Decreto ante el Tribunal Supremo y éste suspendió el procedimiento, reclamó al Tribunal de Justicia comunitario su opinión sobre diversas cuestiones, entre las cuales si la obligación de destinar el 5% de sus ingresos a la financiación de películas cinematográficas y de televisión estaba contemplada en la directiva.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 2009, resuelve al respecto que las Directivas consideradas no establecen esa obligación concreta pero tampoco se oponen a una medida de ese tipo adoptada a un Estado miembro. Quiere ello decir que la regulación de las obligaciones de los operadores de televisión en relación con el apoyo y fomento de la cinematografía europea no es una materia totalmente armonizada. Pueden, por tanto, los Estados miembros imponer obligaciones más intensas, sin que ello suponga una vulneración de la norma europea.

Pero ello no es obstáculo para que las eventuales limitaciones de derechos impuestas por la normativa estatal, aun con rango de ley, puedan resultar contrarias a la Constitución. Si se aprecia esta circunstancia es posible que el tribunal interno plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para despejar sus dudas. Y esta fue justamente la decisión que adoptó el Tribunal Supremo en el asunto UTECA. Una vez resuelta la cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo planteó mediante Auto de 2009 una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, argumentada de forma jurídicamente impecable, en la que

solicita una respuesta acerca de la inconstitucionalidad de la obligación legal de que los operadores de televisión destinen, cada año, como mínimo el 5% de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeas. Argumenta el Tribunal Supremo que conforme a una desarrollada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha interpretado el alcance de libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución (resumida y compendiada en la STC 112/2006 de 5 de abril), la imposición inversiones obligatorias a las empresas afecta al núcleo esencial e indisponible de la libertad empresarial, ya que restringe nada menos que sus decisiones financieras más fundamentales, como son las de la inversión de sus recursos. La limitación es constitucionalmente considerando que la detracción de los beneficios empresariales no se produce como consecuencia de normas tributarias adoptadas cumpliendo las exigencias del artículo 31 de la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad está pendiente de resolver cuando se concluye este artículo.

Quizá esta tardanza sea la mejor manera de ilustrar de que aunque la articulación de los tres niveles de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea se resuelva con soluciones muy racionales y jurídicamente correctas, como son seguramente las que acaban de exponerse, no serán estas también plenamente satisfactorias hasta que se acompañen de herramientas que eviten las dilaciones en la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, que los ciudadanos pueden verse obligados a perseguir en una inacabable peregrinación por los dominios de los tribunales que señorean cada uno de los niveles de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa.

El contencioso UTECA, por ejemplo, fue interpuesto ante el Tribunal Supremo en 2004 y está sin resolver en 2015 por el Tribunal Constitucional. Cuando éste dicte sentencia, volverá el asunto al Tribunal Supremo para que dicte la suya definitiva. Y después, como no se está debatiendo la aplicación de una regulación comunitaria armonizada, todavía podrá intentarse, si el recurrente es animoso y no obtiene satisfacción ante los tribunales internos, un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.