

DERECHOS FUNDAMENTALES Y *JUDICIAL REVIEW*: EL RENOVADO CONSTITUCIONALISMO DE LA UNIÓN EUROPEA

Carmen Montesinos Padilla

*Investigadora predoctoral
Instituto García Pelayo de Derecho Público Comparado
Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Aday Jiménez Alemán

*Profesor ayudante de Derecho constitucional
Universidade de Vigo*

Sumario:

1.- Introducción.

2.- La Carta de los Derechos Fundamentales: la reafirmación de los principios generales.

3.- Nuevas dificultades.

4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas

Resumen en español

DERECHOS FUNDAMENTALES Y *JUDICIAL REVIEW*: EL RENOVADO CONSTITUCIONALISMO DE LA UNIÓN EUROPEA

A lo largo de su historia, el ahora TJUE ha cumplido un rol esencial en el proceso de integración europea. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consecuente conversión de la CDFUE en un verdadero parámetro de control de validez de los actos normativos de la UE se ha reforzado el papel protagonista del Tribunal de Luxemburgo en la constitucionalización del sistema de la Unión. Pero el reconocimiento a la CDFUE del mismo valor jurídico que el atribuido a los Tratados constitutivos no sólo ha supuesto la posibilidad de su utilización interna/horizontal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa insta a su uso externo por los ciudadanos europeos ante los jueces y tribunales nacionales de los Estados miembros.

En este trabajo se analiza la evolución de la *judicial review* encomendada al TJUE en esta nueva era, adelantando que si bien la invocación de la Carta por las instituciones europeas para instar el control de validez de los actos normativos de la Unión no ha planteado un mayor obstáculo, la situación ha sido bien distinta en los supuestos de aplicación externa/vertical de la CDFUE.

Abstract in italiano

DIRITTI FONDAMENTALI E *JUDICIAL REVIEW*: IL RINNOVATO COSTITUZIONALISMO DELL'UNIONE EUROPEA

Nel corso della sua storia, la Corte di giustizia europea ha oggi svolto un ruolo chiave nel processo di integrazione europea. L'entrata in vigore del trattato di Lisbona e la successiva conversione della CDFUE in un parametro di validità reale di controllo di atti legislativi dell'Unione europea ha rafforzato il ruolo centrale della Corte di Lussemburgo nella costituzionalizzazione del sistema comunitario. Ma il riconoscimento alla CDFUE dello stesso valore giuridico dei trattati non solo implica la possibilità di utilizzo orizzontale/interno da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione, ma l'entrata in vigore del trattato di Lisbona chiede che per uso esterno da parte dei cittadini europei dinanzi ai giudici degli Stati membri nazionali.

In questo lavoro studieremo l'evoluzione del controllo giurisdizionale affidato alla Corte di giustizia europea in questa nuova era, avanzando che, mentre l'invocazione della Carta da parte delle istituzioni europee per sollecitare il controllo della validità degli atti legislativi dell'Unione non è stato un importante ostacolo, la situazione è molto diversa nei casi di applicazione esterna/verticale della CDFUE

Abstract in English

FUNDAMENTAL RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: THE RENEWED CONSTITUTIONALISM OF THE EUROPEAN UNION

During its history, the current Court of Justice of the European Union has developed an instrumental role in the European integration process. This leading role of the Luxembourg Court has been reinvigorated due to the entry into force of the Lisbon Treaty and the resulting conversion of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in a real parameter to control the validity of the European Union's normative acts. However, the recognition of the same legal value as the constitutive treaties received by the Charter not only has supposed the possibility of its use at the European institutions level, but by the European citizens as well, when they lodge an application at the Member States' national courts.

With this work we analyse the evolution of the judicial review done by the Court of Justice of the European Union in this new era. We can advance that, although the use of the Charter by the European institutions to control the validity of the normative acts of the Union has not been an insurmountable obstacle, the situation has been quite different when the Charter of the European Union is applied externally.

1.- Introducción

A lo largo de su historia, el ahora TJUE ha cumplido un rol esencial en el proceso de integración europea. En una primera fase, la actividad de este órgano jurisdiccional fue determinante para la delimitación de los principios de autonomía, primacía y eficacia directa. A nadie escapa, además, lo insólito de las célebres Sentencias en los asuntos *Van Gend en Loos* y *Costa v. Enel* desde la perspectiva del Derecho internacional. En dichos pronunciamientos no sólo encontramos el reconocimiento del Derecho de la Unión como un ordenamiento jurídico autónomo cuyas normas gozan de efecto directo y primacía sobre los derechos estatales, sino también un ordenamiento que otorga deberes y derechos a los individuos sujetos a este ordenamiento:

“el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.” (Caso 26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1963).

Y precisamente la búsqueda de la justificación de dichos principios frente a la acérrima defensa por los Estados nacionales de los derechos y libertades fundamentales consagrados en sus textos constitucionales, fue el motivo que impulsó la construcción de un sistema pretoriano de derechos en el sistema jurídico de la ahora UE.

El desarrollo del proceso de integración en lo que a la delimitación de las relaciones interordinamentales en materia de derechos estuvo y, en cierto modo, sigue estando marcado por la doctrina de los *contralimiti*, iniciada por la *Corte Costituzionale* italiana¹ y a la que han dado vigor tanto el TCF alemán² como el propio

¹ Sentencia en el asunto Frontini, de 27 de diciembre de 1973.

TC español³. Entendida como la “reivindicación política de los tribunales constitucionales de manifestar la última palabra en materia de derechos”⁴, a través de la teoría de los contralímites los altos tribunales nacionales pretendieron condicionar la aplicación efectiva del principio de primacía del Derecho de la Unión al cumplimiento por el mismo de los derechos positivizados en los respectivos textos constitucionales. Dadas las circunstancias, el por aquel entonces TJCE no tardó en construir una doctrina jurisprudencial en materia de derechos (que pasaron a ser reconocidos como principios generales de las entonces Comunidades Europeas: Sentencia en el asunto *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969) inspirada en las tradiciones constitucionales comunes (Sentencia en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970) y los tratados internacionales en la materia ratificados por los Estados miembros (Sentencias en los asuntos *Nold*, de 14 de mayo de 1974, y *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979), especialmente el CEDH (Sentencia en el asunto *Rutili*, de 28 de octubre de 1975).

Pero la creación de un verdadero sistema de derechos a golpe de sentencia no sólo permitió atemperar los ánimos de los Estados miembros sino que, como advierte WEILER, en la doctrina jurisprudencial de Luxemburgo se encuentran los orígenes del constitucionalismo europeo⁵. Los avances hacia una verdadera Unión política se consagraron con la proclamación de la Carta de Niza en diciembre de 2000, que aún careciendo de carácter jurídico vinculante, fue aplicada por el propio Tribunal de Luxemburgo en al menos una ocasión (STJCE en el asunto *Jegó-Queré*, de 3 de mayo de 2002).

Con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las entonces instituciones comunitarias instaron el uso de la Carta de Niza como parámetro de control de la actividad europea. Así, por ejemplo, la Comisión asumió en marzo de 2001 que toda propuesta de acto normativo sería sometida a un control de

² Secuencia *Solange* y Sentencia sobre la ratificación del Tratado de Lisboa, de 30 de junio de 2009.

³ Declaraciones 132/1992, de 1 de julio y 1/2004, de 13 de diciembre, así como, en cierto modo, la STC 26/2014, de 13 de febrero, que resuelve el recurso de amparo que dio lugar al primer reenvío prejudicial en la historia del Alto Tribunal español

⁴ BIAVATI (2012: 6-7)

⁵ WEILER (1997).

compatibilidad con la Carta (SEC(2001)380/2). De mayor interés a los efectos de este trabajo resulta la invocación por el Parlamento Europeo ante el TJCE de una presunta vulneración de los arts. 7 y 21 de la Carta por la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (STJCE en el asunto *Parlamento Europeo c. Consejo*, de 27 de junio de 2006). La Carta de Niza fue también aplicada por los tribunales domésticos de distintos Estados miembros⁶ e inspiró la actividad legislativa de muchos de ellos⁷. Pero con carácter previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, fueron las instituciones comunitarias las destinatarias naturales de la Carta, y lo fueron sólo de forma indirecta o, en otros términos, con carácter interpretativo⁸.

Poco menos de una década después, la progresiva profundización en el proceso de integración, la concienciación de los efectos de las políticas europeas sobre los derechos y libertades individuales y el reconocimiento de carácter jurídico vinculante a la CDFUE, han hecho que en la actualidad el escenario europeo sea completamente distinto: *“Today, no one contests that the protection of fundamental rights has become a central issue, especially in the development of the area of freedom, security, and justice”*⁹. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consecuente conversión de la CDFUE en un verdadero parámetro de control de validez de los actos normativos de la UE se ha reforzado el papel protagonista del Tribunal de Luxemburgo en la constitucionalización del sistema de la Unión¹⁰. Pero el reconocimiento a la CDFUE del mismo valor jurídico que el atribuido a los Tratados constitutivos no sólo ha supuesto

⁶ En el caso español, por ejemplo, STS de 11 de junio de 2004, *RAJ*, RJ 2004/5052, p. 4.

⁷ En el caso español pueden señalarse, entre muchas otras, la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modificó la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en cuya Exposición de Motivos se hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva con fundamento no sólo al art. 24 CE; la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, en cuya Exposición de Motivos se hace también referencia a la Carta, aunque en este caso respecto del principio de igualdad desde una perspectiva de género o en relación con las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo ciegas.

⁸ ALDECOA LUZÁRRAGA, F., GUINEA LLORENTE, M. (2010): 29-30, 87-90

⁹ ROBIN-OLIVIER (2014): 187.

¹⁰ SARRION ESTEVE, J. (2013)

la posibilidad de su utilización interna/horizontal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa insta a su uso externo por los ciudadanos europeos ante los jueces y tribunales nacionales de los Estados miembros. Así, el objetivo de este trabajo es analizar la evolución de la *judicial review* encomendada al TJUE en esta nueva era¹¹. En este sentido es posible ya adelantar que la invocación de la Carta por las instituciones europeas para instar el control de validez de los actos normativos de la Unión no debiera plantear demasiados problemas. Sin embargo, la situación podría ser bien distinta en los supuestos de aplicación externa/vertical de la CDFUE. El uso del catálogo de derechos europeo como parámetro de control de la actividad de los Estados miembros es controvertido, pues aún habiendo transcurrido ya prácticamente cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, todavía no queda claro cuál es el alcance real del art. 51.1 CDFUE¹².

2.- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: la “reafirmación” de los principios generales

El reconocimiento de carácter jurídico vinculante a un catálogo propio de derechos ha sido resultado de un largo proceso que, como señalábamos en el primer epígrafe de este trabajo, hunde sus raíces en la labor pretoriana del Tribunal de Luxemburgo. Pero no fue hasta la quinta iniciativa de carácter político (tras los intentos frustrados de 1977, 1984, 1989 y 1994)¹³ cuando aquella labor jurisprudencial del máximo intérprete de los Tratados constitutivos logró plasmarse en un texto único. Antes de adquirir carácter jurídico vinculante, la Carta de Niza fue utilizada por el entonces TJCE como punto de referencia, como una fuente subsidiaria de Derecho de la Unión con la que consolidar su doctrina. Así, en su Sentencia en el caso *Max.mobil Telekommunikations Service GmbH v Commission of the European Communities*, de 30 de enero de 2002, T-54/99, el TPI afirmó en dos ocasiones que la Carta “confirma” derechos (en esa ocasión derecho a la buena administración y a la tutela judicial efectiva) contenidos en los principios generales del Estado de Derecho y en las

¹¹ MUIR, E. (2014).

¹² GROUSSOT, X., PECH, L., PETURSSON, G.T. (2013): 96-118

¹³ DUTHEIL DE LA ROCHERE (2009).

tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Esta tendencia al uso de la Carta de Niza como una suerte de mecanismo de “reafirmación” de los derechos derivados de los principios generales del entonces Derecho comunitario fue la seguida en las Sentencias en los casos *Unibet [London] Ltd and Unibet [International] Ltd v Justitiekanslern*, de 13 de marzo de 2007, C-432/05, y *Advocaten voor de Werel VZW v Leden van de Ministerraad*, C-303/05, de 3 de mayo de 2007 (de nuevo el derecho a la tutela judicial efectiva en la primera sentencia y los principios de legalidad de los delitos y las penas e igualdad y no discriminación).

Existiendo esta predisposición favorable de los órganos jurisdiccionales de la Unión hacia la consideración de los derechos fundamentales como parámetros de constitucionalidad era previsible que, una vez adquirieran pleno valor normativo, las sentencias anulando actos de las propias instituciones de la Unión no tardasen en llegar. De hecho, desde las instituciones europeas se sigue recordando que éstas son las principales destinatarias de la Carta¹⁴.

Así, antes del primer aniversario de la entrada en vigor de la Carta como documento plenamente normativo, llega la primera sentencia que declara nulas disposiciones contenidas en actos normativos de la Unión Europea tomando la Carta como parámetro de enjuiciamiento. En la Sentencia de los casos acumulados C-92/09 y C-93/09 *Volker and Markus Schecke and Hartmut Eifert v Land Hessen*, de 9 de noviembre de 2010, varios artículos del Reglamento (CE) nº 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común (DO L 209, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1437/2007 del Consejo, de 26 de noviembre de 2007 devinieron nulos por vulnerar el contenido esencial de los derechos a la protección de la vida privada y de los datos de carácter personal (arts. 7 y 8 de la Carta). El Consejo y la Comisión se excedieron al exigir la publicación a través de Internet de datos personales de las personas físicas beneficiarias de ayudas de fondos

¹⁴ “The Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter) is addressed, first and foremost, to the EU institutions. It complements national systems and does not replace them. Member States are subject to their own constitutional systems and to the fundamental rights set out in these. Member States need only have regard to the Charter when their national measures implement EU law, as stipulated in Article 51 of the Charter.” *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2013*. Comisión Europea, Bruselas (2014).

relacionados con la política agrícola común. A pesar de que con esta medida se perseguía aumentar la transparencia de la Unión y en la utilización de fondos públicos, el análisis ponderado entre los derechos fundamentales consagrados en la Carta y el interés de la Unión mostró en este caso un desequilibrio hacia este último.

Incluso un mismo asunto ha dado lugar a la anulación de dos reglamentos en una sucesión de sentencias relacionadas con el caso Kadi (Kadi/Al Barakaat, sentencia 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de Europa, C-402/05 P y C-415/05 P, y Kadi II, sentencia de 18 de julio de 2013, Reino Unido, Consejo y Comisión/Kadi, C-584/10P, C-593/10P y C-595/10P). El Consejo aprobó el Reglamento 881/2002 para aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dirigidas a que los Estados Miembros congelaran los fondos y activos financieros vinculados a personas relacionadas con Usama bin Laden, reglamento que incluía anexa un listado de personas. Tras las primeras sentencias del Tribunal de Primera Instancia que consideró que este tipo de reglamentos quedaban bajo una inmunidad de jurisdicción, el Tribunal de Justicia aclaró que los tribunales de la Unión han de garantizar el control de la legalidad de todos los actos de la Unión, incluyendo a los reglamentos que aplican resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Así, este reglamento fue declarado nulo al resultar lesivo para el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, ya que no se le trasladaron al Sr. Kadi los datos y los motivos por los que había sido incluido en la lista. En aplicación de esta Sentencia, la Comisión emanó un nuevo reglamento y trasladó el resumen de los motivos de la inscripción en la lista al Sr. Kadi, manteniendo su inclusión. Este reglamento fue a su vez anulado por el Tribunal General, considerando que los datos y pruebas sobre los que se había sostenido la inclusión no habían sido comunicados y el resumen de motivos que sí se había trasladado era demasiado vago, lo que volvía a suponer una vulneración del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Sentencia del Tribunal General fue impugnada por la Comisión, el Consejo y el Reino Unido. El Tribunal de Justicia anuló el nuevo reglamento de la Comisión, aunque considerando que el Tribunal General se había equivocado en su interpretación del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial. Al no estar

fundadas las alegaciones de implicación del Sr. Kadi en actividades relacionadas con el terrorismo internacional en datos o pruebas fehacientes, la Unión no puede adoptar semejantes medidas restrictivas.

En cuanto a las directivas, también han sido objeto de anulación desde el caso C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL v Conseil des ministres*, 2011, que tuvo motivo en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de Bélgica, sobre la compatibilidad entre la prohibición de cualquier discriminación por razón de sexo y el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos (arts. 21 y 23 de la Carta) y la ley belga sobre la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres por razón de sexo en materia de seguros, se observó la incompatibilidad con estos dos principios de la disposición normativa de la Directiva que permitía a los Estados miembros conservar una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo durante un periodo ilimitado.

Y no podemos dejar destacar la sentencia *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, de 8 de abril de 2014, C-293/12 y C-594/12. También a raíz de cuestiones prejudiciales, planteadas por el *High Court* irlandés y el Tribunal Constitucional austriaco, acabó determinándose como nula la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. El Tribunal de Justicia consideró que el principio de proporcionalidad no se había respetado al no contener la Directiva garantía de que las injerencias en los derechos fundamentales vayan más allá de lo necesario. La Directiva abarcaba de forma generalizada a todas las personas, medios de comunicación y datos, sin establecer límites en la actuación de las autoridades nacionales competentes ni garantías que impidan abusos y el acceso y utilización ilícitos de los datos.

A su vez, vienen siendo frecuentes las sentencias en las que el Tribunal establece una interpretación compatible con la Carta, como ocurrió en el caso C-70/10, *Scarlet v Sabam*, de 24 de noviembre de 2011. En esta Sentencia se aclaró que las cinco directivas enjuiciadas y relacionadas con la sociedad de la información, derechos

de propiedad intelectual y a la protección de datos personales, tras ponderar el derecho a la propiedad intelectual frente a los demás derechos enfrentados, no avalan el establecimiento de un sistema de filtrado indiscriminado, por orden judicial, que pueda identificar archivos que contengan obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. Otro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del caso *Brüstle c. Greanpeace*, de 18 de octubre de 2011, que aclaró, entre otras cuestiones, la definición del concepto de “embrión humano” contenido en la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Y también en la muy relevante sentencia *Google Spain, S.L. y Google Inc., c. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, de 13 de mayo de 2014, C-131/12, se hace una interpretación de diversas disposiciones normativas de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos acorde con el derecho al respeto de la vida privada. Se reconoce el derecho de un particular a solicitar que la información relativa a su persona no esté a disposición pública general a través de los resultados obtenidos por un motor de búsqueda, siempre que no haya un interés público preponderante en el acceso a la información.

Hasta los anuncios de concursos generales para proveer puestos vacantes de funcionarios en las instituciones europeas han sido objeto de anulación, como en el caso C-566/10 P, *República de Italia c. Comisión*, de 27 de noviembre de 2012. Sin embargo, en el conocido caso *Besselink*, T-331-11, de 12 de septiembre de 2013, el recurso de anulación interpuesto por un profesor de Derecho constitucional, a quien se le negó acceso a un documento que contenía el borrador de una decisión que autorizaba a la Comisión a negociar el tratado de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, aunque prosperó, no fue en base a la alegada violación de los derechos a la libertad de expresión, sino a una mera cuestión de legalidad: el Consejo no aportó ninguna explicación acerca del interés público a proteger.

3.- Nuevas dificultades

El análisis jurisprudencial desarrollado a lo largo de este trabajo nos permite confirmar la premisa de partida: la utilización de la CDFUE como parámetro iusfundamental de control de la actividad normativa de las instituciones, órganos y organismos de la UE es pacífica. Supone un paso más en el proceso de constitucionalización del sistema jurídico europeo, pero ha sido asumida con normalidad por la UE. Ahora bien, el reconocimiento de carácter jurídico vinculante a la CDFUE comporta desafíos no poco relevantes para la efectiva protección jurisdiccional de los derechos en el espacio europeo. Y la controvertida delimitación de su ámbito de aplicación sigue siendo el paradigma de la problemática desatada por la concurrencia de una multiplicidad de catálogos aplicables en un mismo territorio.

La polémica suscitada por las Sentencias en los asuntos *Elleniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas (ERT)*, de 18 de junio de 1989 y *Wachauf*, de 13 de julio de 1989, que iniciaron una tendencia doctrinal de interpretación amplia de los supuestos de aplicación nacional del entonces Derecho comunitario, vuelve a ocupar un lugar central en el debate de la doctrina especializada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Se trata ahora de determinar bajo qué circunstancias los tribunales nacionales podrán hacer uso de la CDFUE como parámetro de control de la actividad de los Estados miembros resultante del cumplimiento del Derecho de la Unión. Como advierte el Abogado General Yves BOT en sus conclusiones (pár. 117) al caso *Ivanna Scalotton c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, de 5 de abril de 2011: “En tanto que los defensores de una concepción restrictiva del concepto de aplicación del Derecho de la Unión mantienen que ésa se refiere sólo a la situación en la que un Estado miembro actúa en calidad de agente de la Unión, los valedores de una concepción extensiva afirman que ese concepto se refiere con mayor amplitud a la situación en la que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

En opinión de los autores de estas páginas, una interpretación excesivamente restrictiva del art. 51.1 CDFUE dificultaría sobremanera el uso de la CDFUE como parámetro de control de la actividad de los Estados en respuesta a sus obligaciones

como miembros de la Unión. Por su parte, no debe descartarse la utilización de la CDFUE a tales efectos en un sentido amplio, esto es, en supuestos de actividad nacional vinculada en términos muy generales al ámbito del Derecho de la UE, podría desembocar en el peligroso reconocimiento a esta organización supranacional de poderes para operar una *judicial review* que tendría por objeto el Derecho nacional que simplemente afectara al amplio abanico de materias que abarca la propia CDFUE¹⁵.

A la polémica cuestión de la delimitación del ámbito de aplicación de la CDFUE debe añadirse el no menos peliagudo problema de la concurrencia de distintos estándares de protección. La lógica de la tutela multinivel de los derechos, basada en la aplicación del estándar de protección más elevado, puede peligrar en aquellos supuestos en los que, en cumplimiento de sus obligaciones supranacionales, un Estado miembro de la Unión se vea constreñido al cumplimiento de una norma de Derecho derivado que suponga un menor nivel de protección de los derechos que el ofrecido por su propio ordenamiento¹⁶. O al menos así parece derivarse de las SSTJUE en los asuntos *Melloni c. España* y *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, ambas de 26 de febrero de 2014. A partir del análisis conjunto de estas resoluciones puede concluirse que en los supuestos en los que el Estado miembro no goce de discrecionalidad alguna para la aplicación del Derecho de la UE, el mismo habrá de aplicar los estándares de protección establecidos por la CDFUE. En caso contrario, esto es, en los que no exista una plena armonización, el Estado podrá elegir el estándar iusfundamental para el control del Derecho derivado aunque, eso sí, siempre bajo la condición ineludible del respeto del estándar mínimo de la CDFUE y del principio de primacía del Derecho de la UE.

La salvaguarda de los principios del sistema jurídico de la Unión prescrita por estas resoluciones permite prever la excepcionalidad de los supuestos en los que efectivamente pueda llevarse a cabo un desplazamiento de los estándares de la CDFUE a favor de los nacionales, cuando estos últimos supongan un mayor nivel de

¹⁵ YOWELL (2012: 117-121)

¹⁶ TENORIO SÁNCHEZ (2013: 32-34)

protección. En estos casos de mayor protección en el nivel nacional, la clave se encuentra en el control de la conformidad del estándar europeo al CEDH pues, no debe olvidarse, según el art. 53 CDFUE: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en (...) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Si bien lo normal será que se constate dicha adecuación, la posibilidad de confrontación no es del todo hipotética. Incluso respecto de la polémica cuestión de la ejecución de la Euro-orden, subyacente al asunto *Melloni*, cabe plantearse si la aplicación de la DM 2009/299/JAI resulta compatible en todo caso con el CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero la UE todavía no es parte del Convenio de Roma,. En caso de plantearse un supuesto de presunta vulneración del CEDH por la actividad normativa de la Unión, la única vía posible, a día de hoy, es instar el control del Tribunal de Estrasburgo sobre la actividad de los Estados resultante del cumplimiento de sus obligaciones supranacionales. Ésta del necesario control directo de la actividad de la UE es una, por no decir la principal razón que ha impulsado los esfuerzos para hacer efectiva la ya no tan lejana adhesión al CEDH. Pero la adhesión de la Unión al Convenio de Roma impone también el respeto de la autonomía del sistema jurídico europeo, por lo que el riesgo de superponer las condiciones impuestas por la UE sobre el verdadero objetivo de la adhesión, es evidente¹⁷.

Finalmente, si de lo que se trata es de identificar los nuevos desafíos que supone el reconocimiento de carácter jurídico vinculante a la CDFUE para la efectiva protección de los derechos, no puede dejar de mencionarse aquí que este catálogo incorpora derechos que difícilmente encuentran encaje en el ámbito competencial de la UE, y que incluso no se corresponden con derechos incluidos en las constituciones nacionales ni en el Convenio europeo de derechos humanos. Y ello a pesar de que según el art. 6.1 TUE y el art. 51 CDFUE, esta no supone ni ampliación ni atribución de nuevos poderes a la Unión. A lo anterior debe añadirse, claro está, la enunciación de

¹⁷ GRAGL (2013: 10)

principios, difícilmente reconocibles, que reconduce al debate, en nuestra opinión algo desfasado, sobre la distinción entre derechos de no intervención y derechos positivos.

4.- Conclusiones

Como el propio Tribunal lo ha entendido, la Carta ha supuesto una “reafirmación” de la práctica previa y su racionalización, pero también la materialización de un control de constitucionalidad en base a derechos fundamentales, por más que en etapas anteriores este se viniera realizando subrepticamente. Los números nos permiten observar esta afirmación: los órdenes jurisdiccionales de la Unión Europea vienen citando cada vez con mayor frecuencia la Carta, hasta casi triplicar el número de referencias desde 2011 (43 en 2011, 87 en 2012, 114 en 2013).¹⁸ Al igual que el control desarrollado sobre los actos normativos de la Unión Europea, con la anulación de reglamentos, directivas y decisiones.

Ahora bien, que la Carta y el reconocimiento de su carácter jurídico vinculante no supongan *per se* una revolución en cuanto a la realidad de la protección de los derechos en el marco del sistema de la Unión, no significa que podamos obviar las consecuencias del reconocimiento de su valor jurídico vinculante para el incipiente proceso de formación del constitucionalismo europeo, atenazado por obstáculos de muy difícil superación, entre los que destaca el déficit democrático: *“In the face of a growing democratic legitimacy, the Court develops its human rights jurisprudence. Community (and Union) norms might suffer from democratic deficiencies, but at least they will be protected against violation of fundamental human rights.”*¹⁹

La Unión Europea constituye el ejemplo paradigmático de mayor y más profunda comunidad jurídica a nivel internacional. Como ha afirmado U. Beck “a Europa no nos mantiene unidos un demos o pueblo ni un Gobierno. La legislación es el centro de la Unión Europea”²⁰. El ejercicio de la *judicial review* por parte del Tribunal del Luxemburgo con carácter previo al Tratado de Lisboa era ya una de las manifestaciones de la constitucionalización europea. Esa identidad constitucional se ve

¹⁸ *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2014.*

¹⁹ WEILLER (2011: 688)

²⁰ http://cultura.elpais.com/cultura/2014/08/15/actualidad/1408118079_469557.html

reforzada gracias a la incorporación de la Carta como parámetro de constitucionalidad. Si este hecho lo contextualizamos en la globalización e integración jurídica, en el que destaca el fenómeno que se viene conociendo como *juristocracia*²¹ o traslado de la capacidad de toma de decisiones a órganos jurisdiccionales, nos encontramos ante un paso importante hacia la articulación de un sistema de gobernanza que construyéndose más allá de las fronteras estatales pueda ser considerado como expresión de los principios del constitucionalismo.

Referencias bibliográficas

ALDECOA LUZÁRRAGA, F., GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene. El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 29-30, 87-90.

ALLARD, Jullie y GARAPON, Antoine, (2005). *Les juges dans la mondialisation: La nouvelle révolution du droit*, Paris: Editions du Seuil.

BAQUERO CRUZ, Julio (2006). "The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice". *International Journal of Legal Information*, vol. 34, nº 2, pp. 223-245.

BIAVATI, P. (2012), "La protección de los derechos humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los Estados", *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 28.

BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo y BECERRIL ATIENZA, Belén (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo V: Sistema Jurisdiccional de la UE. Madrid: Aranzadi.

BESSION, Samantha (2011). "European Human Rights, Supranational Judicial Review and Democracy : Thinking outside the Judicial Box" en Patricia Popelier, Catherine Van de Heyning, Piet Van Nuffel (eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order : the Interaction between the European and the National Courts*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 97-145

²¹ ALLARD y GARAPON (2005).

Comisión Europea, *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2013*, Bruselas.

Comisión Europea, *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2014*, Bruselas.

DÍAZ CREGO, M. (2005). “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, pp. 139–176.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline (2009). “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales”, en BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo y BECERRIL ATIENZA, Belén (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo II: Derechos fundamentales. Madrid: Aranzadi.

FONTANELLI, Filippo (2014). “National Measures and the Application of the EU Charter of Fundamental Rights – Does curia.eu Know iura.eu?”. *Human Rights Law Review*, nº 14, pp. 231-265.

GRAGL, Paul, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2013

GROUSSOT, X., PECH, L., PETURSSON, G.T., “The Reach of EU Fundamental Rights on Member State Action After Lisbon”, DE VRIES, S., BERNITZ, U.,

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara (2012). “The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ’S Approach to Fundamental Rights”. *Common Market Law Review*, nº 49, pp. 1565-1612.

KERIKMÄE, Tanel (ed.) (2014). *Protecting Human Rights in the EU*. Springer: Verlag Berlin Heidelberg.

KÜHLING, J. “Fundamental Rights” en A. von Bogdandy y J. Bast (eds.) (2010), *Principles of Constitutional Law* Oxford: Hart, pp. 479–514.

MACÍAS CASTAÑO, José María (2014). *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional: El asunto Melloni*. Barcelona: Atelier.

MONEREO ATIENZA, C. (ed.) (2012). *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares.

MUIR, ELISE (2014). "The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges". *Common Market Law Review*. Nº 51, pp. 219-246.

MULLER, Jean-Werner (2010). "Three Constitutionalist Responses to Globalization" en Macedo, Stephen y Tullis, Jeffrey (eds.), *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton: Princeton University Press.

PEERS, Steve, HERVEY, Tamara, KENNER, Jeff y WARD, Angela (eds.) (2014). *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford: Hart.

ROBIN-OLIVIER, Sophie (2014). "The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, nº 1, 165–188.

ROSENFELD, Michael (2006). "Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court", *Cardozo Legal Studies Research Paper*, No. 157.

SARMIENTO, Daniel (2013). "Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe", *Common Market Law Review*, nº 50, 1267-1304.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín (2013), *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.

TENORIO SÁNCHEZ, P., (2013) "Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo?", *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 31.

WEATHERILL, S., *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing, 2013, pp. 96-118.

WEILLER, J. H. H. (2011). "The political and legal culture of European integration: An exploratory essay". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nº 3-4, 678–694.

WEILLER, J. H. H. y TRATCHMAN, Joel P. "European Constitutionalism and Its Discontents". *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 17, nº 1, 354-397.