

UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURIDICAS
DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA:
EN BUSCA DE UN SIGNIFICADO

**(La aplicación de la CDFUE en la transición de las libertades
económicas a los derechos fundamentales. Una labor conjunta
de instancias nacionales y europeas)**

Doctoranda:
CLÁUDIA PEROTTO BIAGI

Director:
Prof. Dr. D. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
(Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de
Granada)

GRANADA, JUNIO DE 2017

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: Cláudia Perotto Biagi
ISBN: 978-84-9163-381-5
URI: <http://hdl.handle.net/10481/47785>

UNIVERSIDAD DE GRANADA

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

***TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURIDICAS
DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO***

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA:

EN BUSCA DE UN SIGNIFICADO

(La aplicación de la CDFUE en la transición de las libertades económicas a los derechos fundamentales. Una labor conjunta de instancias nacionales y europeas)

Doctoranda:

CLÁUDIA PEROTTO BIAGI

Director:

Prof. Dr. D. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

(Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada)

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA:

EN BUSCA DE UN SIGNIFICADO

(La aplicación de la CDFUE en la transición de las libertades económicas a los derechos fundamentales. Una labor conjunta de instancias nacionales y europeas)

A mis padres.

Mis referencias de vida.

A Rafael y Chico.

Mis razones.

«Der Markt ist nicht das Maß des Menschen: ein Stichwort gegen die heute um sich greifende Ökonomisierung. Markt und Wirtschaft haben nur instrumentale Bedeutung. Die Menschenwürde ist die kulturanthropologische Prämisse des Verfassungstaates»
(Peter Häberle)

«Man frage nicht, ob man durchaus übereinstimmt, sondern ob man in einem Sinne verführt.»
(Johann Wolfgang von Goethe)

«El Derecho Constitucional Europeo tiene como misión plantear adecuadamente los problemas del proceso de construcción europea en este momento histórico y aportar soluciones viables. Soluciones que tengan en cuenta la dimensión ciudadana del espacio público europeo y que hagan posible el desarrollo de una comunidad política europea con un identidad propia. En definitiva, que restablezcan el equilibrio constitucional perdido con un proceso de integración europea que ha caminado históricamente a espaldas de la ciudadanía, comprometiendo el proyecto de los fundadores que consistía en unir personas y no simplemente en coaligar Estados.»
(Francisco Balaguer Callejón)

AGRADECIMIENTOS

Antes que nada, me gustaría comentar que este es el trabajo de una estudiante brasileña, situada en un espacio y en un tiempo muy distintos de los vividos en la Unión Europea de hoy en día, pero que, con el imprescindible apoyo de gigantes académicos, intenta pensar en clave europea y aportar su contribución a este debate tan apasionante e intrincado que es la protección de los derechos fundamentales en un espacio constitucional multinivel.

Mi más sincero agradecimiento, en primer lugar, al gran maestro Peter Häberle, fuente eterna de conocimiento e inspiración, y a sus discípulos, y muy en especial, por la importancia para mi formación académica, al profesor Dr. Francisco Balaguer Callejón, mi Director de Tesis, y al profesor Dr. Miguel Azpitarte Sánchez, que me han permitido, apoyada sobre sus hombros, trazar horizontes más allá de la “terra brasilis” y sentar las bases de mis estudios de doctorado dentro de un marco de estudio tan desafiante como es el del Derecho Constitucional Europeo. Mi gratitud además por la confianza que han depositado en mi trabajo, el ánimo que me transmitieron en las horas de desaliento, y por su valiosa dedicación orientándome en estos estudios. También por la amistad que me brindaron a lo largo de estos años.

De igual manera, deseo agradecer al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada por el incondicional apoyo institucional de sus profesores y funcionarios, reconocimiento que personifico en mis queridos profesores Gregorio Cámara Villar, José María Porrás Ramírez y Enrique Guillén López.

A Esther Vílchez Gómez, por la revisión lingüística.

Por último, desde la esfera personal, no puedo dejar de mencionar a Tomás Requena López y María Angustias Parejo Fernández por su amistad que ha posibilitado hacer más tierna esta trayectoria lejos de las comodidades de mi hogar.

Quisiera manifestar el mayor de mis agradecimientos a mis padres, Fernando y Márcia, por su amor y su cariño y, sobre todo, por ser un ejemplo diario de tenacidad y

firmeza de carácter. Gracias por enseñarme que una vida guiada por la ética llena de sentido nuestras conquistas.

A Rafael, mi marido, compañero y amigo, expreso mi amor incondicional. Mi gratitud por su apoyo incansable y sus reflexiones siempre tan sabias e inspiradoras. Gracias por mostrarme que, también en la distancia, nos hacemos más fuertes y permanecemos más unidos.

El doctorando / The *doctoral candidate* **Cláudia Perotto Biagi** y los directores de la tesis / and the thesis supervisor/s: **Prof. Dr. D. Francisco Balaguer Callejón (Catedrático de Derecho Constitucional)**

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

/

Guarantee, by signing this doctoral thesis, that the work has been done by the doctoral candidate under the direction of the thesis supervisor/s and, as far as our knowledge reaches, in the performance of the work, the rights of other authors to be cited (when their results or publications have been used) have been respected.

Lugar y fecha / Place and date:

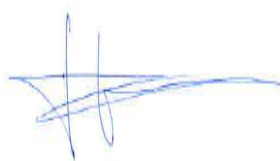
Granada, a 19 de junio de 2017

Director/es de la Tesis / *Thesis supervisor/s*;

Prof. Dr. D. Francisco Balaguer Callejón
(Catedrático de Derecho Constitucional)

Doctorando / *Doctoral candidate*:

Cláudia Perotto Biagi



Firma / Signed



Firma / Signed

ÍNDICE

<u>ABREVIATURAS</u>	19
<u>INTRODUCCIÓN</u>	21
<u>CAPÍTULO PRIMERO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA GENERAL</u>	33
1 – EL MARCO HISTÓRICO	35
2 – UNA APROXIMACIÓN A LA MULTIFUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	53
2.1 – LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES : ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS	53
2.2 – LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS Y EL CARÁCTER OBJETIVO DE VALOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	64
2.3 – LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	79
2.3.1 – Las funciones de defensa, de prestación y de participación política	81
2.3.2 – La función contramayoritaria	89
2.3.3 – La función de actualización	93
2.3.4 – La función de no discriminación.....	98
2.3.5 – La función de integración.....	101
3 – ACERCA DEL REGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	106
3.1. – SUJETOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	106
3.1.1 – Los beneficiarios de los derechos fundamentales	106
a) La titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales	106
b) Los extranjeros y los ciudadanos de la Unión Europea	110
c) Las personas jurídicas	112
3.1.2 – Los obligados por los derechos fundamentales	116
a) Los poderes públicos	116
b) Los particulares	119
3.2 – DELIMITACIÓN, LIMITACIÓN, CONFIGURACIÓN Y CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	124
3.2.1 – Los límites internos y la delimitación	126
3.2.2 – Los límites externos y la limitación	128
3.2.3 – Configuración y Concretización.....	131
3.2.4 – Los límites de los límites	136
a) El principio de proporcionalidad	136

b) La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.....	140
3.3 – LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	145

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA .. 151

1 – LOS NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA	153
2 – LA PROTECCIÓN PRETORIANA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL RECURSO A LOS PRINCIPIOS GENERALES	167
3 – LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA	184
3.1. Orígenes.....	184
3.2. La fuerza obligatoria	188
3.3. Aspectos generales del contenido de la Carta.....	197
3.4 – Los titulares de la Carta	208
3.5 – El ámbito de aplicación de la Carta.....	209
3.6 – Los particulares como destinatarios de la Carta	222
3.7 – El nivel de protección.....	225
3.7.1 – Consideraciones Generales	225
3.7.2 – La Carta y el Convenio Europeo de Derechos Humanos	227
3.7.3 – La referencia a los ordenamientos nacionales	230
3.7.4 – El artículo 53 y la cláusula de no retroceso	236
3.8 – Las limitaciones a los derechos fundamentales y sus límites	245
3.9 – La protección de los derechos fundamentales	253

CAPÍTULO TERCERO: LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA..... 261

1 – PLANTEAMIENTOS GENERALES: LA INTERCONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA .	263
2 – LA MULTIFUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	279
2.1 – Los derechos fundamentales como límite moral frente al derecho internacional: La Saga Kadi	279
2.2 – Los derechos fundamentales como modulación a las libertades fundamentales: Los Asuntos Schmidberger y Omega	289
2.3 – Los derechos fundamentales como garantía mínima existencial frente al derecho estatal: El Asunto Centro Europa 7	306
2.4 – Los derechos fundamentales como garantía general frente al derecho del estado en el ejercicio de una libertad de circulación: Los Asuntos Konstantinidis y García Avello	314

2.5 – Los derechos fundamentales como garantía general frente al derecho del Estado como protección de la esencia del estatuto de ciudadanía: Los Asuntos Ruiz Zambrano y Rendón Marín326

3 – LA (APARENTE) PARADOJA DETRÁS DE LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: ENTRE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 345

CONCLUSIONES 379

BIBLIOGRAFÍA 399

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES..... 427

ABREVIATURAS

BVerfGE – Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán)

CE – Constitución española

CEPC – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

CDFUE – Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CF/88 – Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988

CEDH – Convenio Europeo de Derecho Humanos

FJ – Fundamento jurídico

LFB – Ley Fundamental de Bonn

ONU – Organización de las Naciones Unidas

ReDCE – Revista de Derecho Constitucional Europeo

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional español

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TPI – Tribunal de Primera Instancia

TUE – Tratado de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El proceso de integración europea, sumado al fenómeno más amplio y de mayor alcance como lo es la globalización, tanto económica, como jurídica, produjo el incremento de las interconexiones políticas, comerciales, sociales y culturales y, por consiguiente, de la interdependencia entre los Estados, los grandes grupos privados, las corporaciones multinacionales y los individuos, imponiéndoles una nueva dinámica, una verdadera reingeniería de las relaciones.

La Unión Europea de hoy día, que ya nació como una forma peculiar de organización internacional¹, ha llegado, en gran parte debido a construcciones pretorianas desarrolladas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a un grado de integración que muchos de los teóricos de otrora no pudieron inicialmente predecir, dando origen a una especie singular de orden político con la creación de un complejo sistema jurídico a nivel supranacional².

Hay que ser consciente de que todas esas transformaciones político-sociales han impuesto nuevas exigencias a los Estados, más adecuadas a los contextos de cooperación, interdependencia y apertura que dan el tono de la geopolítica actual. En efecto, la integración europea impone repensar el Estado para adecuar sus funciones e instrumentos al momento presente en que ya no se puede relacionar con los demás actores políticos ni siquiera estructurar su propio orden interno a partir de una idea de exclusividad de los pueblos, de los territorios y de las jurisdicciones.

¹ Una de las peculiaridades de las entonces Comunidades Europeas, que les atribuía, entre otros aspectos, una naturaleza marcadamente innovadora, estaba en la capacidad de emitir decisiones vinculantes. La previsión ya en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de julio de 1952, de un tribunal de jurisdicción obligatoria suponía una novedad absoluta en Derecho internacional.

² La visión vanguardista del Tribunal de Justicia, trascendiendo la literalidad de los Tratados y las propias reglas interpretativas de la Convención de Viena, ha sido fundamental para conformar la Unión Europea más allá de una unión de Estados en los moldes típicamente internacionales y reconocerla como una comunidad política que supone obligaciones y derechos no sólo para sus Estados miembros sino también para los particulares. De hecho, el Tribunal de Justicia ha sido verdaderamente un motor de la integración, actuando, en Asuntos como, por ejemplo, Van Gend & Loos (26/62), Flaminio Costa (6/64), Simmenthal (C-106/77) y Francovich (C-6/90), como el protagonista de la construcción de un nuevo orden jurídico que tiene sus cimientos en los principios jurisprudenciales de la primacía, del efecto directo y de la responsabilidad del Estado, los cuales juntamente con la noción de la *preemption* serían los propulsores de la constitucionalización de los tratados constitutivos, o mejor, de la creación de un marco constitucional para una estructura de tipo prefederal en Europa.

La construcción de una Europa unida está vinculada a saber superar el clásico ideal de sociedades nacionales aisladas y autorreferentes, reordenando las relaciones de poder desde un paradigma emergente de sociedades en la esfera internacional que se articulan bajo una actitud de deferencia y de diálogo frente a las demás.

La imagen del Estado-Nación soberano y exclusivo pertenece definitivamente al pasado. Las inevitables imbricaciones políticas y económicas internacionales y las numerosas tareas que desbordan con mucho su capacidad para hacerles frente refuerzan cada día la necesidad de una acción conjunta y coordinada de los Estados en términos de una corresponsabilidad internacional.

Sin embargo, no podemos olvidar que la historia de Europa en los últimos 60 años ha estado marcada por la busca de la unidad, pero igualmente por la expresión de una pluralidad cultural y social que ha cimentado su idiosincrasia y también su fortaleza, de la cual no puede prescindir el desarrollo de la Unión Europea.

En efecto, la consecución de los objetivos de la integración europea no puede en absoluto significar una renuncia al patrimonio jurídico que Europa ha conquistado a través de una vasta historia constitucional, sino que, al contrario, debe utilizar todo su acervo jurídico-cultural para impulsar la construcción de un espacio público europeo.

No está de más resaltar que los fenómenos de la globalización y regionalización deben observarse como una búsqueda de soluciones coordinadas y compartidas a cuestiones que por separado ya no son abordadas con facilidad, pero sin despojar a los ciudadanos de sus conquistas frente a los poderes institucionalizados.

De este modo, el Derecho constitucional ya no puede permanecer ajeno a esa realidad, simplemente por el hecho de que se desarrolle en las afueras del orden puramente estatal. Donde hay una esfera de poder deben existir, en contrapartida, mecanismos propios del constitucionalismo que la sometan a procedimientos de control y limitación, que también le impongan mandatos positivos de actuación para que su existencia esté al servicio de la realización de valores y principios superiores y no meramente de los poderes que le han sido cedidos.

El debate constitucional en la Unión Europea debe centrarse en los intentos de perfeccionarla en cuanto comunidad política articulada desde y para la ciudadanía de modo que, también en su seno, se encuentren debidamente establecidos procedimientos de participación, control y exigencia de responsabilidad política.

Hablar de un Derecho Constitucional Europeo consiste, pues, en reflexionar sobre el restablecimiento de mecanismos democráticos para frenar el poder político, promover la protección de la libertad y de los derechos y, en fin, incrementar la participación ciudadana en la construcción de esa Europa unida. En realidad, constituye el paso definitivo hacia la conformación del proceso de integración europea a través de las técnicas constitucionales de control en aras a mantener la calidad democrática del ejercicio de este poder supranacional, tal y como sucede en el interior de los Estados miembros.

Desde otra perspectiva, podemos incluso decir que la lucha por una Unión Europea constitucional constituye una tentativa de poner en práctica un mandato de las propias Constituciones nacionales que, a la vez que permiten la apertura de los Estados y su integración a organizaciones de carácter supranacional, exigen que ese proceso no menoscabe los valores constitucionales nacionales. Al fin de cuentas, el proceso de integración europea no puede ser conducido como una especie de subterfugio de los gobiernos estatales para que, evitando el debate público y los controles democráticos internos, puedan imponer medidas que no cuentan con el respaldo popular³.

Toda la discusión acerca de un orden constitucional para Europa no trataría de socavar la figura estatal. Trataría, más bien, de articular la Unión Europea en torno a los mecanismos de control y responsabilidad propios del constitucionalismo, es decir, en torno a exigencias democráticas de ordenación y limitación del poder público supranacional en garantía de derechos.

Es, pues, una discusión no sólo necesaria, sino imprescindible para que, rescatando el apoyo y la confianza populares en torno al proyecto europeo, la Unión Europea se afirme como el camino para afrontar los grandes problemas de la actualidad

³ En este sentido, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2016, p. 204.

desde una estrategia de desarrollo comprometida con los valores de la dignidad humana, la libertad en igualdad y la democracia.

Este proceso de inserción de los Estados en una comunidad político-jurídica cada vez más amplia, unido a un fenómeno mundial de globalización de los problemas y del propio Derecho, pone en evidencia la necesidad del debate sobre la protección de los derechos fundamentales más allá de los ámbitos nacionales para que la Europa unida no se construya “a espaldas de la ciudadanía”⁴.

Por lo tanto, la garantía de los derechos fundamentales surge como una dimensión relevante, o incluso vital, de esa ordenación y limitación de los procesos políticos que se forman a nivel europeo para que este innovador orden jurídico que se ha visto nacer con las entonces Comunidades Europeas sea, más que el motor de una integración guiada por el compromiso entre intereses estatales, el instrumento para una organización justa y equilibrada que tiene al individuo como referencia central y beneficiario principal.

La crisis afrontada en los últimos años en Europa, inicialmente económica y financiera, y más recientemente con contornos humanitarios con cientos de miles de migrantes y refugiados que llegan al territorio europeo huyendo de países devastados por conflictos, pone de manifiesto las carencias constitucionales del diseño político-institucional de la Unión Europea para afrontar tales retos.

Todo ello no supone repensar la propia existencia o necesidad de la Unión Europea que, sin duda, ha sido uno de los acontecimientos jurídico-políticos más trascendentales vividos en las últimas décadas, sino, más bien, representa una importante oportunidad para reforzar el debate en torno al espacio político europeo.

Las respuestas dadas a la crisis y los mecanismos político-institucionales forjados para afrontarla constituyen la demostración de que el ejercicio de poder a nivel supranacional sólo se puede conformar de manera democrática desde la lógica propia del constitucionalismo, es decir, a través de la imposición de vínculos sustantivos, como

⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2016, p. 204.

son los derechos fundamentales, que han de actuar como importantes factores de legitimación de las decisiones tomadas por los poderes públicos europeos.

Ahora bien, no podemos negar que el uso de la expresión “derechos fundamentales”, con toda la carga simbólica y dogmática que supone en la realidad estatal, sobre todo de la segunda posguerra, crea, sin duda, importantes expectativas para los individuos, cuyos ámbitos vitales se ven intensamente condicionados por estos procesos de reordenación de poderes. Desde esta perspectiva, no se puede desconocer que, al final, abordar la cuestión de los derechos fundamentales en la Unión Europea conlleva también dar respuestas a las propias esperanzas de sus ciudadanos.

Además, debemos señalar que, en la medida en que “el constitucionalismo actual se define como el constitucionalismo de los derechos”⁵, la vinculación de la Unión Europea con la tutela de los derechos fundamentales constituirá la verdadera prueba de que su naturaleza constitucional y su conformación como comunidad de derecho es una realidad y no mera retórica.

Por otro lado, tampoco podemos olvidar que el objeto inmediato del proyecto europeo, desde una lógica inicial funcionalista, ha sido la integración a través de la cooperación estrecha entre los Estados en torno a importantes sectores económicos, pero su evolución ha conducido hacia una unión política que pasa a estructurarse en torno a la conformación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia.

El beneficiario directo del momento inicial de la integración europea era el sujeto económicamente activo que debía ser desplazarse en el territorio de las entonces Comunidades como factor de producción del mercado común que se formaba. De ahí surge el reconocimiento de importantes derechos subjetivos, incluso dirigidos a un trato igualitario entre los distintos nacionales, pero estrechamente vinculados a las libertades económicas de circulación.

Este enfoque ha sufrido una profunda transformación, sobre todo con el Tratado de Maastricht, cuando se crea la ciudadanía europea, como un estatuto autónomo y

⁵ En este sentido, DE CABO MARTÍN, Carlos, “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 55.

complementario al de la ciudadanía nacional, que convierte el individuo, ya no necesariamente en su dimensión económica, en titular de derechos directamente reconocidos por la Unión Europea.

No obstante, hemos de reconocer que los derechos procedentes de la ciudadanía europea, aunque desvinculados de motivaciones esencialmente económicas, han sido fuertemente influenciados por la lógica de la circulación subyacente al objetivo posterior de formación de un espacio interno libre de fronteras en Europa, lo que ha condicionado sobremanera la propia tutela de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

En este contexto, afloran las vicisitudes de un proyecto de integración que, dividido entre el credo económico originario y el intento de establecimiento de vínculos directos con los individuos, parece no haber sido conducido por una verdadera cultura de los derechos fundamentales, la cual puede ahora florecer con la consagración jurídica de la Carta y su formalización normativa como texto fundamental de la Unión Europea.

Así las cosas, se plantean las siguientes cuestiones:

¿De qué hablamos realmente cuando nos referimos a derechos fundamentales en la Unión Europea? ¿Estaríamos ante la misma categoría forjada en el seno del constitucionalismo estatal, o bien, estaríamos ante una misma denominación jurídica, pero con significado y alcance diferenciados? ¿Deberían los derechos fundamentales en la Unión Europea y los analizados en la teoría general de ámbito estatal constituir conceptos necesariamente intercambiables o, por el contrario, deberíamos ante esta nueva realidad afrontar las cuestiones de derechos fundamentales desde una perspectiva igualmente renovada? ¿Cómo se estructura la relación entre derechos fundamentales y libertades fundamentales y qué efecto tiene tal diseño para la protección de los individuos en la Unión Europea? ¿Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la fuerza jurídica vinculante de la CDFUE habrán sido los derechos fundamentales definitivamente orientados al centro del ordenamiento jurídico de la Unión como verdadero punto de partida y meta de la conducción del proyecto europeo?

Así pues, buscaremos plantear, a lo largo del presente estudio, qué significado tienen los derechos fundamentales en la Unión Europea de la actualidad, sobre todo a

la luz de la plena fuerza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales como elemento central para la conformación de un auténtico Derecho Constitucional Europeo, para poder reflexionar acerca de si la realidad conceptual del nivel supranacional es coherente con los propósitos y fines superiores de los derechos fundamentales en una comunidad política.

Al fin de cuentas, si estructuramos la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea sin los debidos cauces metodológicos y las contribuciones dogmáticas, los derechos fundamentales no llegarán a constituir el verdadero *prius* que legitima la existencia y el desarrollo de la Unión Europea.

En línea con lo anterior, la razón principal que motiva el presente trabajo es analizar la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea desde la perspectiva de su compatibilidad con su significado en el constitucionalismo. Tal ejercicio de investigación nos parece importante para, asumiendo el papel que nos cabe en la triada (*trias*) – textos jurídicos, doctrina y jurisprudencia – de que nos habla el maestro PETER HÄBERLE, dotar a la ciencia jurídica que se forma a nivel europeo de instrumentos cognitivos para la efectiva construcción del proyecto de integración europea en torno a la persona⁶.

Siguiendo este objetivo, que hemos de afrontar con la debida humildad ante los retos que nos impone la propia dinámica de la realidad actual, pero con cierta dosis de atrevimiento para que se puedan hacer realidad las aspiraciones de los individuos en torno al proyecto europeo, estructuraremos el presente estudio en tres partes.

El capítulo primero se centrará en el análisis de la teoría general, teniendo en cuenta tanto la multifuncionalidad como el régimen jurídico de los derechos fundamentales desde una perspectiva comparada de las principales contribuciones de las doctrinas alemana, española, portuguesa y brasileña.

⁶ Al respecto, véase “Palabras Clave para el Constitucionalismo de Hoy – Una perspectiva alemana”, en *THÊMIS-Revista de Derecho*, Trad. Roxana Jordan Radenovic, núm. 67, 2015, p. 16. Para la versión en alemán del texto, cfr. “Stichworte zum heutigen Konstitutionalismus – eine deutsche Sicht”, en *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis. Letzte Schriften und Gespräche*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, p. 17.

Sentadas las bases necesarias para la precomprensión del tema en el ámbito estatal, en los dos capítulos siguientes nos pondremos a examinar el estado de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Por lo tanto, en el capítulo segundo, se buscará bosquejar una posible teoría general de los derechos fundamentales a nivel supranacional teniendo en cuenta su reconocimiento jurisprudencial inicial como principios generales del Derecho y, posteriormente con la fuerza jurídica vinculante de la Carta, como derechos reconocidos en un texto jurídico.

El capítulo tercero, a su vez, tendrá como propósito acercarnos a la multifuncionalidad de los derechos fundamentales en la Unión Europea a partir de relevantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la luz de las interconexiones entre Derecho de la Unión Europea, Derecho internacional y Derecho interno de los Estados miembros.

A través del enfoque dado por el Tribunal de Justicia a la hora de solucionar los casos de derechos fundamentales, buscaremos hacer consideraciones acerca de la posición que ocupan en el sistema normativo europeo y la relación entre los derechos fundamentales y las libertades de circulación.

Reflexionaremos, además, sobre si la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha conllevado cambios de perspectiva en lo que respecta al lenguaje utilizado, a la motivación expresada o a la lógica trasfronteriza del Tribunal de Justicia y, por lo tanto, si podemos entender que la Carta ha abierto el paso para la afirmación de una verdadera cultura de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

El análisis que ahora nos proponemos hacer sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea se verá permeado, a lo largo del trabajo, por la discusión sobre la intrincada interconstitucionalidad existente en Europa y, por lo tanto, sobre esta realidad compuesta de espacios constitucionales parciales que nos conduce pensar la Europa de los Derechos necesariamente como una empresa colaborativa basada en una relación dialéctica entre los distintos ordenamientos jurídicos y sus respectivas jurisdicciones.

En definitiva, nuevos horizontes imponen un renovado modelo metodológico.

En este sentido, las cuestiones de derechos fundamentales en la Unión Europea no pueden prescindir de las discusiones del Derecho Constitucional de los Estados miembros ni tampoco de la realidad jurídica que procede de otras instancias, como el Consejo de Europa, a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Debe destacarse, a este respecto, que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, más allá de la propia conflictividad inherente a la tutela de dichos derechos, presenta contornos de mayor complejidad, por inserirse en un ordenamiento jurídico visiblemente marcado por la coexistencia de espacios constitucionales interdependientes. En este contexto de pluralismo jurídico, se imbrican en la protección de los derechos fundamentales, al menos, tres instancias jurisdiccionales y, por lo tanto, afloran de modo particular los riesgos de conflictos y divergencias interpretativas de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las singulares realidades jurídico-culturales subyacentes a cada espacio jurisdiccional parcial.

Por lo tanto, pensar en un sistema de protección de derechos fundamentales de la Unión Europea, como parte de su imprescindible proceso de constitucionalización, exige, ante todo, superar una concepción de ordenamientos autosuficientes y desvinculados de los demás y, por lo tanto, estructurarlo en torno a una interacción recíproca y dialogada entre los diversos espacios constitucionales.

Este contexto dinámico e interrelacional pone de relieve el recurso al Derecho comparado, el quinto método de interpretación jurídica, especialmente con relación a los derechos fundamentales, tal y como nos enseña PETER HÄBERLE⁷, que permite iluminar el conocimiento de la propia realidad, ahora enriquecida por otras culturas jurídicas.

⁷ Al respecto, véase, a modo de ejemplo, HÄBERLE, Peter, "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas.", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Trad. Francisco Balaguer Callejón, núm. 13, enero-junio de 2010.

El criterio o punto de vista comparativo surge como necesaria perspectiva metodológica para la conformación de la Unión Europea como comunidad democrática de derecho, pues, en la medida en que ha de nutrirse de las experiencias constitucionales vividas en los Estados miembros, no puede ser entendida como obra exclusiva e incondicionada del Derecho de la Unión.

La “*comunidad constitucional europea*”⁸ será el resultado de la interacción recíproca de los elementos normativos y jurisprudenciales extraídos tanto del Derecho constitucional de la Unión Europea como del Derecho constitucional interno de cada Estado miembro, a los que se une la labor del Consejo de Europa, para que, en un proceso de convergencia, se pueda alcanzar una continuidad entre los distintos espacios constitucionales⁹.

Así pues, la comparación ocupará un papel central para la realización del trabajo que ahora se inicia, método que nos permitirá trazar un posible paralelo entre las realidades jurídicas analizadas para que, a la postre, podamos afrontar nuestro cuestionamiento central, es decir, si los derechos fundamentales a nivel supranacional reflejan o deberían reflejar el significado que nos aportan las experiencias que han madurado en el ámbito estatal, ya sea por su función, o bien, por su estructura dogmática.

No obstante, debemos ser conscientes de que los derechos fundamentales no pueden ser comprendidos de manera ahistórica o aislada de su entorno socio-geográfico, de modo que su alcance y contenido se condicionan y se refieren a la realidad y a la cultura en la que operan, a la vez que, como verdaderas válvulas de apertura hacia el futuro, constituyen instrumentos de desarrollo jurídico-social.

Por lo tanto, debemos tratar con sensibilidad adecuada el método comparativo, teniendo en cuenta que no se trata de buscar únicamente lo común. También es necesario evidenciar las diferencias para que, equilibrando la unidad y la diversidad, el

⁸ La expresión es de Pedro Cruz Villalón. Al respecto, véase “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunidad constitucional europea*”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 85-101.

⁹ En este sentido, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Perfis metodológicos do Direito Constitucional Europeu”, en *O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estatal, supranacional e global*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015.

destino compartido de los pueblos europeos no se construya desde una unificación forzada, sino, antes bien, mediante una gradual confluencia constitucional.

Por último, pero no por ello menos importante, sino todo lo contrario, tendremos como línea conductora, el verdadero *Leitmotiv* de este estudio, la teoría constitucional como ciencia de la cultura del maestro PETER HÄBERLE que, integrando responsabilidad y utopía, siempre nos requiere para pensar las Constituciones no sólo como texto jurídico o conjunto de reglas, sino, antes bien, como un medio para la autocomprensión cultural de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas.

Además, el maestro Peter Häberle nos muestra que los textos constitucionales como obra vivida por todos los intérpretes de la sociedad abierta son el medio y la expresión de la cultura, el marco para la reproducción y recepción de tradiciones, experiencias, acontecimientos y sabiduría.

Así que, inspirados en la dimensión científico-cultural de su obra, hemos de fundar el presente estudio desde el pluralismo y la tolerancia, el diálogo de y para las alternativas, la comparación jurídica crítica, la evolución gradual de los textos jurídicos y el espíritu cooperativo entre los distintos actores que conforman esta Europa unida.

De este modo, definidos los problemas, los objetivos y las bases metodológicas de la presente investigación, empecemos, pues, nuestro recorrido por el mundo de los derechos fundamentales en la Unión Europea, que nos proporcionará más indagaciones que respuestas definitivas, pero seguramente nos conducirá a aportaciones, que esperamos sean relevantes para el ineludible e intenso debate sobre constitucionalismo e integración europea.

CAPÍTULO PRIMERO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA
TEORÍA GENERAL

1 – EL MARCO HISTÓRICO

La historia de la formación y evolución de los derechos fundamentales, como la propia historia de la humanidad, no es algo lineal marcado exclusivamente por hechos encadenados y teológicamente orientados¹⁰.

No obstante, en un intento de reconstruir el devenir histórico de los derechos fundamentales y hacerlos perceptibles en una presunta línea evolutiva, señalamos que los derechos fundamentales, por lo menos en cuanto idea vinculada a la noción de Estado, han vivido un primer gran ciclo de desarrollo hasta la Segunda Guerra Mundial.

Este periodo tiene como ápice las revoluciones burguesas del siglo XVIII y el proceso de independencia de Estados Unidos de América con la promulgación de su constitución en 1789 y, dos años más tarde, la incorporación de las diez enmiendas, conocidas como la “Bill of Rights”, sin dejar de mencionar, como antecedente más directo del periodo histórico en que centraremos este nuestro análisis introductorio, la República de Weimar y su Constitución que, juntamente con la mexicana de 1917, abre paso al constitucionalismo social¹¹.

Sin menospreciar las importantes declaraciones de derechos en los albores del Estado liberal y a todo un legado occidental de lucha para liberar el individuo de las antiguas sujeciones estamentales, y convertirlo en titular de derechos en cuanto tal y reconocerlo como ciudadano y no como súbdito, nos parece importante iniciar el presente estudio por un momento histórico más reciente, pero sin duda transcendental,

¹⁰ En este sentido, véase BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, pp. 5 y ss., y 49 y ss.

¹¹ Para una más amplia visión sobre la historia de los derechos fundamentales, nos remitimos a las siguientes obras: AAVV (dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998; CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, enero-abril 1989, p. 35-62; FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2009; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 2000; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Navarra, Civitas, 2009; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003; MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2016; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2009; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001; DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos. Da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo, Saraiva, 2010.

que es cuando se incorporan al orden jurídico, bajo la forma de un constitucionalismo rígido, aquellos derechos considerados esenciales para una vida individual y comunitaria en condiciones dignas de igual libertad.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, las atrocidades vividas revelaron la insuficiencia de la existencia de derechos, aunque constitucionalizados, sin garantías fuertes que los alzasen a la condición de categoría jurídica que se impone como verdadera barrera a los excesos de los poderes políticos y privados.

Un momento histórico que desvela el legislador como una de las mayores amenazas a la libertad, y que propone la importante reflexión de que un modelo de Estado que se somete al legislador sin más, y supone la ley como garantía y escudo de la libertad ya no se justifica, sobre todo cuando este ideal se distorsiona de forma arbitraria y permite utilizar el ordenamiento jurídico como medio de imponer, en nombre de un presunto engrandecimiento del Estado o de una raza, injusticias sistemáticas.

De este modo, nos proponemos subrayar, en este escueto estudio histórico, el reconocimiento de los derechos fundamentales, en el tiempo, como normas jurídicas vinculantes, más que como meros compromisos políticos o aspiraciones del pueblo, resultante de una dura comprobación de que la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales se vuelven nulas sin un Estado de Derecho que les otorgue un significado constitutivo en el sistema constitucional¹².

La protección de los derechos fundamentales, que ahora nos conviene señalar, se inserta, pues, en el ámbito de las constituciones democráticas de la última posguerra mundial, como la italiana de 1948 y la Ley Fundamental alemana de 1949, así como también de aquellos textos constitucionales aprobados después de periodos igualmente dictatoriales, como la Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1978, sin dejar de mencionar incluso la Constitución ciudadana de Brasil de 1988¹³, en las cuales los

¹² HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Trad. Jürgen Saligmann y César Landa, Lima, PUC-PERU, 1997, pp. 55 y ss.

¹³ La América Latina, tras la caída de las dictaduras militares y civiles en la segunda mitad del siglo XX, ha presenciado un proceso de redemocratización con la reforma total o parcial de las constituciones de los diversos Estados que presupuesto, con clara inspiración europea, la propia renovación de su constitucionalismo, en el que se atribuye un papel prioritario a los derechos fundamentales. Este periodo

derechos fundamentales están previstos en el comienzo de cada texto constitucional, lo que, además de una importante carga simbólica, representa el compromiso del Estado y de la sociedad con ellos, su desarrollo y permanente protección.

Unas constituciones que ya no se contentan con una afirmación solemne de derechos y libertades, sino que se proponen como constituciones protegidas por procedimientos reforzados de revisión y control frente a los posibles arbitrios de los poderes constituidos, revelándose como normas vinculantes que han de orientar, de modo efectivo, el Estado y la sociedad.

A fin de cuentas, el Estado se ha mostrado deudor del reconocimiento a los ciudadanos algo más que exigencias morales o concesiones graciabiles, como si estuviera simplemente invitado a actuar en su defensa o promoción.

Ya no bastaba con enumerar, definir y/o explicitar los derechos, sino que se demandaba por una organización del poder político subordinada materialmente a las directrices transcendentales del texto constitucional y se vinculaba, como consecuencia de la fuerza jerárquica superior de la constitución, a los derechos fundamentales.

Las experiencias totalitarias anteriores y las tragedias que provocaron conducen al reconocimiento de la constitución no ya como mero manifiesto político-ideológico, sino como norma fundamental de garantía de derechos y libertades, es decir, como norma directiva que guía y conforma la actuación de los sujetos políticos, públicos y privados, en torno a los valores y objetivos que consagra.

La segunda posguerra ha posibilitado en Europa la asunción de la supremacía de la Constitución en sustitución de la concepción que había predominado en este continente, anteriormente frente a la experiencia estadounidense¹⁴, como expresión ya

del constitucionalismo latinoamericano se ha caracterizado por la ampliación del catálogo de derechos fundamentales, una judicialización intensa de los derechos fundamentales, así como también una gradual apertura del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, hay que señalar que la carencia de una verdadera cultura democrática pone en riesgo todos los avances alcanzados y la propia vigencia efectiva de una llamada "fuerza normativa de los derechos fundamentales". Véase, al respecto, AAVV (Víctor Bazán y Cláudio Nasch Ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza Normativa de la Constitución*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2010.

¹⁴ Para una comprensión de los fundamentos del constitucionalismo norteamericano, véase, entre una de las más destacadas obras sobre el tema, HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El Federalista*, Trad. de Gustavo R. Velasco, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

sea de la doctrina inglesa de supremacía del Parlamento, o bien de la concepción francesa de la ley como expresión de la voluntad popular¹⁵.

Después de un largo dominio de la idea liberal de Estado soberano y del dogma de la fuerza de la ley, la caída de los regímenes totalitarios y la necesidad de reconstrucción de las democracias occidentales europeas han posibilitado el restablecimiento, en cierta medida, de los ideales revolucionarios¹⁶ y el reconocimiento definitivo de la importancia de estructurar el texto constitucional como máxima garantía frente a los arbitrios del legislador y de la mayoría gobernante que, además de vincularlos en su observancia, los orienta hacia la realización de unos valores superiores, ahora como objetivo y fundamento de la comunidad política que conforma.

Todo lo anterior ha llevado a estructurar las Constituciones como norma jurídica suprema, dotada de rigidez y garantizada jurisdiccionalmente, que presupone la tutela efectiva de sus disposiciones y asegura, con la fuerza normativa que le es propia, todo un conjunto de derechos y principios¹⁷.

La Constitución, que era un mero enunciado ideal, gana virtud normativa y se proyecta como norma jurídica básica que estructura y articula toda una comunidad en torno a valores primordiales.

Sólo en la normatividad superior de las constituciones, que en aquel momento eran concebidas, se podía hacer frente a la perversión de los regímenes totalitarios que se apoderaron de la ley como instrumento jurídico de atrocidades y hacer germinar

¹⁵ BARROSO, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, disponible en «<http://www.luisrobertobarroso.com.br>».

¹⁶ En este sentido, véase FIOVARANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, op. cit.*, pp. 97, 100, 118-125.

¹⁷ Para una reflexión sobre el contexto histórico en que se construye el concepto de Constitución normativa, nos referimos a la citada obra de Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*. Importante contribución sobre el origen de la importancia de la normatividad de los textos constitucionales se halla en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, así como también en LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Véase, entre los manuales, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 115 y ss.

entre los diversos actores políticos la “voluntad de la constitución” (*Wille zur Verfassung*), mas allá de la “voluntad de poder” (*Wille zur Macht*)¹⁸.

El ejercicio del poder, por lo tanto, pasaba a justificarse mediante y en razón de la realización de los mandatos supremos de la Constitución, entre ellos los derechos fundamentales, que, más allá de una función limitativa, son reconocidos como criterios materiales de legitimación del poder público.

Así, los derechos fundamentales pasaban a constituir, en la segunda posguerra, la condición de la existencia y la medida de legitimación de un Estado que se pretende estructurar como social y democrático de Derecho. Nacía, pues, un estrecho nexo de interdependencia entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, en tanto en cuanto el Estado de Derecho exige e implica para serlo la garantía y promoción de los derechos fundamentales, mientras que éstos a su vez exigen e implican para su realización los presupuestos materiales y funcionales del Estado de Derecho¹⁹.

Este nuevo marco constitucional, que tiene como corolario jurídico la subordinación de los poderes constituidos a la Constitución y a los derechos fundamentales, la enmarca como norma dominante frente a todas las demás en la concreción del sentido general del ordenamiento, constituyendo, pues, el contexto necesario de toda y cada una de las leyes como consecuencia de su carácter supremo y central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto.

La culminación del carácter normativo de las constituciones, como norma que imprime su fuerza activa para ordenar y orientar una realidad dada, se expresa a través de elementos claves como la institución de una jurisdicción constitucional y el establecimiento de límites materiales a la revisión constitucional que consagran la efectiva vinculación de los poderes constituidos a los derechos fundamentales, además de su indisponibilidad por el legislador²⁰.

¹⁸ Véase HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, SAFE, 1991, p. 4.

¹⁹ La importante lección es de Antonio-Enrique Pérez Luño en la obra *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 19.

²⁰ Véase REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 55 y ss.

De hecho, a través de un sistema de justicia constitucional, inspirado en el modelo kelseniano expresado en la Constitución austriaca de 1920, ha sido posible concretar un elenco de derechos fundamentales y de valores sustantivos en que se apoya toda la comunidad y que ahora se ve hurtado al ocasional juego de intereses del grupo mayoritario que en un dado momento articula las políticas y acciones del Gobierno²¹.

El establecimiento de una instancia superior que controla los actos de las diferentes esferas de poder desde los principios constitucionales y los derechos fundamentales, ha permitido revelar la fuerza normativa de los textos constitucionales de la segunda posguerra, al concretar, en sus fallos, todas las consecuencias jurídico-institucionales que derivan de esa vinculación y sujeción a sus dictámenes superiores.

El constitucionalismo que se implanta desde la Segunda Guerra Mundial, que somete todas las normas a una norma fundamental, se ve reforzado, por otro lado, con la adopción de una concepción de rigidez constitucional que sustrae de la decisión mayoritaria una parcela de actuación que se relaciona justamente con los rasgos que supone esenciales para conformar la vida política y social de una dada comunidad.

Por lo tanto, se buscaba frenar la distorsión que supone un eventual absolutismo de la soberanía popular, que como se ha podido ver en los años del positivismo jurídico de la República de Weimar, llevaba a considerar justas, con independencia de su real contenido, todas las decisiones tomadas por una mayoría vista como suprema, lo que ya no podía considerarse aceptable bajo los auspicios del nuevo orden constitucional de la posguerra²².

²¹ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 294.

²² Ejemplo máximo de los peligros que desbordan de un ejercicio *salvaje* del poder se ha vivenciado justamente con los totalitarismos políticos de la primera mitad del siglo XX que, aprovechándose de una concepción vulgarizada de la ley, han se encargado de suprimir toda una serie de derechos para, de un modo deliberado y planificado, imponer la supremacía del sano, del más fuerte, en defensa del propio pueblo contra un dicho pernicioso influjo de las razas entonces consideradas inferiores. En este sentido, interesa mencionar Hannah Arendt (*Orígenes do totalitarismo. Antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*, Trad. Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012) cuando expone que el lema que tantas veces se ha repetido a lo largo de dictadura nacionalsocialista de que “justo es lo que conviene al pueblo, injusto lo que le perjudica” ha permitido al poder en la época justificar cualquier tipo de actuación. Nos remitimos, además, a Luigi Ferrajoli y toda una construcción por él desarrollada en torno al garantismo. Véanse, a modo de ejemplo, *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*, Trad.

Dado que el legislador estaba democráticamente legitimado para decidir de modo omnipotente, la fuerza de la Constitución era meramente simbólica como expresión del predominio de una concepción formal del Estado de Derecho.

En cambio, lo que sucede después de los abusos perpetrados es la reestructuración del propio modo como obran las mayorías. La voluntad popular expresada por los representantes elegidos ya no es permitida en términos ilimitados. Ahora los poderes constituidos, por más mayoritarios que puedan revelarse, no están legitimados para incumplir lo que la Constitución establece como pilares para la estructuración del Estado y de la sociedad desde un orden jurídico justo.

El primado de las normas de derechos fundamentales frente a la política se presenta, pues, como un postulado para frenar el uso instrumental del Derecho como medio para la dominación y consagrarlo como herramienta para la promoción del bien común que subordina toda una organización política a la tarea de asegurar y realizar la libertad, la paz y el equilibrio social.

No cabe ya aceptar, por lo tanto, la existencia de esferas de actuación, en especial del legislador, inmunes a los vínculos sustantivos que se impone a los distintos actores políticos, brindando, además, a los individuos con medios efectivos para la tutela judicial contra las vulneraciones que vengan a perpetrar los poderes públicos.

En el Estado de Derecho que la Constitución normativa instaura no se permite actividad alguna que no sea normada o dirigida por sus disposiciones, sometiendo a todos a su imperio y articulando las distintas voluntades desde los principios y valores superiores que reconoce.

Es importante subrayar que la garantía de la tutela judicial se revela como otro instrumento relevante para hacer realidad el Estado de Derecho que se buscaba conformar después de la Segunda Guerra Mundial, ya que permite poner en marcha un

Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006; *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2010; *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011; *Direito e Razão*, Trad. Ana Paula Zomer Sica et al, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

sistema de frenos de los poderes públicos y reafirma la supremacía de la Constitución mediante la eficacia de las sentencias constitucionales.

Además, se debe reconocer que la previsión de cauces procedimentales, como el recurso de amparo, para el acceso directo a los tribunales constitucionales por los individuos que vean lesionados sus derechos ha sido un factor de enorme relevancia para la concepción de tales instancias como órganos, por excelencia, de defensa de los derechos fundamentales, revelando su papel singular respecto a la eficacia misma de esos derechos, lo que, sin duda, los convierte en verdaderos tribunales ciudadanos²³.

De este modo, con la jurisdicción constitucional y la conformación de los tribunales constitucionales como instancias directamente accesibles por los titulares de derechos fundamentales lesionados, la vinculación de todos los poderes del Estado a los derechos fundamentales y, por lo tanto, su superioridad normativa encuentran una acogida tanto sustantiva como procedimental²⁴.

En la segunda posguerra se construye, pues, un nuevo paradigma que supera el mito de la omnipotencia del legislador, sometiendo a todos a las normas constitucionales, entre las cuales cabe destacar los derechos fundamentales y los principios fundantes del nuevo orden jurídico, e implica un paso del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho con el desarrollo de toda una suerte de garantías y controles capaces de hacer reales las nuevas aspiraciones.

Si antes los derechos fundamentales sólo existían en el marco de leyes, sometándose a los designios cambiantes de las mayorías, a partir de este momento, las leyes, al revés, sólo ganan validez en el marco de los derechos fundamentales en cuanto pilares que fundamentan todo un sistema jurídico-político.

Nace un nuevo modelo normativo que presupone la objetivación de la voluntad política y la racionalización de la estructura de poder de Estado como forma de controlar el deseo irrefrenable que todo poder guarda dentro de sí de lanzar mano del Derecho

²³ La idea aquí expresada tiene clara inspiración en Peter Häberle y su obra *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ciudad de Mexico, FUNDAp, 2005.

²⁴ En este sentido, véase REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., pp. 56-57.

en pro de sus aspiraciones, ni siempre nobles, sino, muchas de las veces, arbitrarias, condicionadas por una visión distorsionada de Estado y de sociedad.

El establecimiento de un elenco de derechos que quedan inmunizados del proceso político mayoritario, el carácter vinculante y obligatorio de las disposiciones de las nuevas constituciones, aliado al establecimiento de un mecanismo de control centrado en la jurisdicción constitucional, han posibilitado un giro en la comprensión de las propias tareas del Estado.

De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan²⁵.

Por consiguiente, las constituciones que han sucedido la segunda posguerra han sido reconocidas, a la vez, como límites (*costituzione-garanzia*) y directrices a los poderes públicos (*costituzione indirizzo*)²⁶.

²⁵ Referencia expresa a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 4: *“Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto - en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos - que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.*

²⁶ Las expresiones son recogidas de la importante contribución de Maurizio Fioravanti sobre la historia de los derechos fundamentales. Véase, al respecto, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, op. cit., p. 129.

Esta nueva realidad constitucional en doble sentido acaba por tallar la propia posición de los derechos fundamentales en el orden jurídico.

Los derechos fundamentales pasan a ser comprendidos y aplicados como normas jurídicas vinculantes y dotadas de una igual calidad de supremacía, no limitándose a expresar derechos subjetivos de los individuos, sino también determinando impulsos y líneas directivas de acción a toda la comunidad política al asumirlos como verdaderos cánones para configurar el presente y el futuro de las generaciones²⁷.

Por otro lado, la Constitución, ahora concebida como un sistema de valores fundamentales y como norma del Estado y de la sociedad, irradia su fuerza normativa e inunda todos los ámbitos jurídicos.

La Constitución, desde esta perspectiva, pasa a permitir y/o exigir la participación de todos en el proyecto de Estado y sociedad que propone, lo que hace con que todos, particulares y poderes públicos, estén cada vez más integrados en una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, tal como propugnado por el maestro alemán PETER HÄBERLE²⁸.

Todo ese proceso atestigua, además, el desarrollo de una teoría de derechos fundamentales edificada bajo el fundamento de la dignidad humana que, como una marca también original del constitucionalismo de la segunda posguerra, es asumida como principio jurídico que vincula a todos los poderes del Estado.

La dignidad humana gana, pues, un sentido vinculante e igualitario, así como también cobra importancia la idea de primacía de la persona concreta, en su vida real y cotidiana, con independencia, además, de sus características físicas o mentales u otras

²⁷ En este sentido, significativo es el siguiente fragmento de la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán BVerfGE 7, 198 (205): *“Igualmente cierto es que la Ley Fundamental, que no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral, (...), en su capítulo sobre derechos fundamentales, ha incluido también un orden de valores objetivo, que implica, en principio, un fortalecimiento de los derechos fundamentales (...) Ese sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho; el legislativo, la administración y la jurisdicción, reciben directrices e impulsos”*.

²⁸ Véanse, a modo de ejemplo, *El Estado constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2001 y *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002.

condiciones personales, frente a los poderes constituidos y el inherente poder de autodeterminación que de ella emana²⁹.

La vinculación material a la dignidad humana propone al Estado un respeto que va más allá de la mera expectativa de no ser arbitrariamente tratado para imponer un deber de promover cada vez más unas condiciones reales y efectivas para su existencia.

De este modo, no basta con que el Estado se autolimite de forma que deje a los individuos espacios de libertad, imponiéndose a los poderes públicos un compromiso en el sentido de promover activamente las condiciones necesarias para una vida digna en sociedad.

La dignidad de la persona pasa ahora a ser concebida como premisa antropológico-cultural del Estado constitucional y, como tal, la base sobre la que se comunica la persona con el Estado y con las demás³⁰. Es, en definitiva, un principio axiológico fundamental que coordina, integra y conduce los derechos, como también los deberes de las personas y la posición del Estado ante ellas.

Además, la dignidad de persona humana funciona como vector hermenéutico, orientando las ponderaciones que inevitablemente tienen lugar en la realización de los derechos fundamentales en un proceso político plural que exige la conciliación de las distintas voluntades.

Los derechos fundamentales, concebidos ahora como preceptos normativos dotados de la misma fuerza jurídica de los textos constitucionales, definen el estatuto de los individuos en una dada sociedad política en un sistema de valores del cual se sobresale la dignidad de la persona humana, actuando como límites al poder del Estado y, a la vez, como fin de la actividad público-estatal y guía de los agentes privados.

Así, la dignidad humana puede ser percibida, en este contexto histórico, como cimiento en que se estriba la incorporación de los derechos fundamentales como

²⁹ Véanse, al respecto, BENDA, Ernst. "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en AAVV (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde Orgs.), *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 121 y NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 55.

³⁰ La lección es del maestro Peter Häberle en "La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho", en *Dereito*, Vol. 5, núm.2, p. 162.

normas constitucionales destinadas a asegurar la libertad, la autonomía y el bienestar a todos los individuos a las cuales los poderes públicos se obligan a cumplir y promover ya no como una liberalidad o una autolimitación libremente asumida, sino como una vinculación jurídica que una comunidad que se intitula de Derecho no más puede desviarse³¹.

Cobra importancia, en todo ese escenario ahora delineado, percibir el proceso de la fundamentalización material y formal de los derechos y sus influencias, dentro del marco de la Constitución normativa, para la propia concepción de Estado y sociedad.

A la idea de una fundamentalidad interna de los derechos fundamentales vinculada a la propia esencia del ser humano, que ya se observaba en el Estado liberal del siglo XIX y que da vida a la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se aúne, pues, una fundamentalidad jurídica, derivada de la condición de norma suprema que se reconoce definitivamente a las Constituciones en la segunda posguerra, que los sitúa en una posición normativa superior³².

Con este proceso, se observa que las Constituciones y los propios derechos fundamentales que consagran, que han tenido fuerte inspiración en el derecho natural como una reacción clara al despotismo que les antecedieron, se hacen autónomos, ganan una fundamentación propia, pasan a sostenerse a sí mismos y no necesitan ya de una legitimación iusnatural, aunque no se pueda negar que vez o otra surgirá la necesidad de movilizarse las reservas del derecho natural, en una especie de ficción indispensable, contra algún abuso del poder estatal o social³³.

En otra perspectiva, hay que subrayar que la segunda posguerra ha puesto en marcha un proceso trascendente de apertura de los Estados hacia la sociedad internacional y de su inserción en estructuras de poder supranacionales como

³¹ Véase HÄBERLE, Peter, "La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho", *op. cit.*, p. 74.

³² Véase AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 31-35.

³³ En este sentido, véanse HÄBERLE, Peter, "Teoria da Constituição sem Direito Natural", Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, en *RDU*, Porto Alegre, Vol. 12, núm. 66, 2015, pp. 55, así como también del mismo autor "Palabras clave para el constitucionalismo de hoy – una perspectiva alemana", Trad. Roxana Jordan Radenovic, en *THÊMIS-Revista de Derecho*, núm. 67, 2015, p. 19.

consecuencia del fin, también en este aspecto, del predominio de una organización político-social regida por las concepciones del Estado liberal.

Los Estados antes circunscritos a su propia realidad han tenido que revisar su “autorreferencia egoísta”³⁴, abandonando su postura aislada e independiente en función de una “estatalidad abierta”³⁵.

El nuevo orden internacional que se conforma desde la mitad del siglo XX produce un incremento, como nunca antes visto, de las interconexiones económicas, políticas, sociales y culturales, de modo que la distinción estricta entre lo interno y lo externo en favor de una apertura hacia el exterior acaba debilitada³⁶.

El proceso de inserción de los Estados en una comunidad político-jurídica cada vez más amplia, unido a un fenómeno mundial de desfronterización de los problemas y del propio Derecho, pone en evidencia que las realidades estatales están cada vez más entrelazadas, incluso imbricadas y, por lo tanto, son cada vez más dependientes de una mutua cooperación.

Aunque la clásica diferencia entre interior y exterior ha perdido su significado como orientadora y configuradora de las estructuras estatales, no se puede hablar del fin de la estatalidad, sino más bien del ocaso de un determinado modelo de Estado, de modo que las estructuras internas sólo se hacen inteligibles a partir de las influencias que reciben del exterior y, por consiguiente, de las interacciones con los demás actores del escenario internacional.

Presenciamos, pues, una necesaria transformación de la clásica figura estatal, que evoluciona del Estado nacional soberano al Estado cooperativo abierto³⁷.

La apertura cooperativa de los Estados más allá de las fronteras nacionales y la consecuente reestructuración de sus relaciones en términos de interdependencia, complementariedad y horizontalidad ejercen inevitable influencia sobre sus respectivos

³⁴ Véase HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Traducción de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, p. 259.

³⁵ Véase AAVV (Anne PETERS; Mariano J. AZNAR GÓMEZ; Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ Eds.), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 11.

³⁶ Véase HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 73.

³⁷ Véase HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional, op. cit.*, pp. 68 y ss.

sistemas jurídicos cuya dimensión cerrada y autosuficiente se erosiona, dando lugar, también en el plano normativo, a una decantación hacia el pluralismo y la apertura y hacia una multiplicidad compleja de estructuras normativas³⁸.

En este contexto de Estados transformados, debemos partir necesariamente de la premisa de que los ordenamientos jurídicos se encuentran, pues, en intersección y constante interacción, ya que una visión compartimentada del Derecho no corresponde al contexto normativo contemporáneo.

Derecho interno y Derecho internacional no pueden más ser aprehendidos como disciplinas separadas e incomunicadas, al tiempo que tampoco corresponde a una visión actual del mundo jurídico la atribución a cada una de esas disciplinas de temáticas en exclusiva³⁹.

Así pues, esta nueva configuración jurídico-política impone repensar el Estado para adecuar sus funciones e instrumentos al momento presente en que ya no se puede relacionar con los demás Estados ni siquiera estructurar su propio orden interno a partir de una idea de exclusividad de los pueblos, de los territorios y de las jurisdicciones.

Es necesario, pues, superar el clásico paradigma basado en sociedades nacionales aisladas y autorreferentes, reordenando las relaciones de poder desde un paradigma emergente de sociedades en la esfera internacional que se articulan bajo una actitud de deferencia y diálogo frente a las demás.

Esa apertura constitucional hacia estructuras internacionales y supranacionales impone indefectiblemente retos a los Estados y al propio constitucionalismo que se ven confrontados y/o renovados por las influencias de un espacio público de internormatividad.

Un fenómeno vivido a lo largo de los procesos de integración regional desarrollados en los años de la posguerra, en especial el que vive Europa desde los

³⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2010, p. 25.

³⁹ Véase GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, "De la constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional", en AAVV (Anne Peters; Mariano J. Aznar Gómez; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez Eds.), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, op. cit., pp. 44-45.

cimientos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en los años 50 hasta la actual Unión Europea⁴⁰, que es lo que motiva propiamente este trabajo, con la fragmentación del orden constitucional de los Estados, en un sentido opuesto a lo afirmado más arriba de asunción de las constituciones como verdadera *norma normarum*.

En un imbricado juego de pluralismo ordinamental y sus distintos actores políticos, las constituciones estatales han dejado de ser totales para transformarse en "constituciones parciales"⁴¹ que contienen, por consiguiente, una regulación parcial de la realidad, dependiendo, en una relación de recíproca complementariedad, de las demás normas de valor constitucional existentes para revelar toda la realidad jurídica que emana de ese nuevo espacio público.

Tanto el seno de la Europa actual como en el de Estados en que no se viven tan intensamente los cambios producidos por los procesos de integración regional, asistimos a la apertura de las Constituciones nacionales a la normatividad internacional, en especial en lo referente a la protección de la persona humana, como algo característico del orden constitucional contemporáneo⁴².

⁴⁰ Sobre la evolución de la integración europea, véase, a modo de ejemplo, TRUYOL Y SERRA, Antonio, *La integración europea*, Tecnos, 1999; MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo y PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo A., *Historia de la integración europea*, Ariel, 2001; AHIJADO QUINTILLÁN, Manuel, *Historia de la unidad europea: desde los precedentes remotos a la ampliación al Este*, Pirámide, 2000.

⁴¹ HÄBERLE, Peter, "Europa - eine Verfassungsgemeinschaft?", en su recopilación *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 102, citado por AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, p. 68. Del mismo autor alemán, véanse también las siguientes obras sobre el tema: "Programas sobre Europa en constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del «Derecho constitucional nacional sobre Europa», en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Trad. Xabier Arzo Santiesteban, Bilbao, IVAP, 1996, pp. 99-131; "El Estado Constitucional Europeo", Trad. Francisco Balaguer Callejón, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 87-104, *¿Tienen España y Europa una Constitución?*, Trad. Miguel Azpitarte Sánchez, Sevilla, Fundación El Monte, 2004, pp. 353-393; "Europa como comunidad constitucional en desarrollo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 11-24; "Métodos y principios de la integración constitucional. Un catálogo de problemas.", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo I, México: Editorial Porrúa, 2005, pp. 151-186; "El proceso constitucional en Europa", en AAVV (Miguel A. García Herrera Ed.), *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España. (Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 29-58.

⁴² La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 23, cuenta con una cláusula que constitucionaliza la integración europea, al tiempo que establece condiciones y límites frente a tal proceso. En cambio, la Constitución española, en el artículo 93, la posibilidad de autorizarse la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. No obstante a la insuficiente de ese dispositivo constitucional como verdadera cláusula europea, cabe destacar, en ese proceso de apertura, el artículo 10.2 de la Constitución española y la

En el marco de este nuevo orden internacional de un constitucionalismo multinivel⁴³, se ha experimentado, por lo tanto, una importante apertura de los ordenamientos jurídicos hacia el exterior también en lo que respecta a los derechos fundamentales, cuya protección antes centrada en el ámbito nacional se ha desbordado más allá del Estado, expandiéndose a otros planos de actuación, sea por deficiencias en la protección estatal, con la institucionalización de instancias subsidiarias de tutela de los derechos, sea por la formación de nuevas estructuras de poder, que conduce a la existencia de instituciones que tienen como tarea la protección de los derechos de las personas que se pueden ver afectadas por ellas.

importante doble función que ejerce en la articulación entre orden constitucional e internacional en el ámbito de los derechos fundamentales, que permite, además de una actualización permanente del contenido de los derechos fundamentales constitucionales, la propia coordinación de una interpretación de los derechos fundamentales en ámbito estatal con el estándar internacional. Véase, en este sentido, ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2014, pp. 182-263. Fuera de Europa, nos referimos más concretamente a Brasil, país de origen de la autora, cuyo texto constitucional (artículo 5º, párrafo 2º, permite la incorporación al catálogo de derechos constitucionalmente protegidos aquellos derechos enumerados en tratados internacionales sobre derechos humanos que sean introducidos al ordenamiento nacional según el procedimiento especial para reforma de la constitución (artículo 60), lo que acaba por ampliar e integrar la declaración constitucional. Al respecto, nos remitimos a la decisión del «Supremo Tribunal Federal», en el ámbito del «Recurso Extraordinário 349.703-Rio Grande do Sul», en que la Corte Constitucional de Brasil discute el *status* constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, disponible en «www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/». Para una visión más integradora entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y el orden interno brasileño, véase PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 10 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

⁴³ El termo constitucionalismo multinivel, acuñado por Ingolf Pernice originalmente como *Verfassungsverbund*, un sistema compuesto de constituciones, en alusión a *Staatenverbund*, unión o conjunto de estados, propone designar el proceso de constitucionalización de Europa en el marco de un sistema de varios niveles de producción normativa que, vistos desde una perspectiva conyugada, daría forma a una constitución europea, que ya existe, fruto de la conjunción de de las Constituciones de los Estados miembros y las normas de naturaleza constitucional producida en el ámbito de la Unión Europea. Aunque que el constitucionalismo multinivel propuesto por Ingolf Pernice padezca de un nominalismo, una vez que de él no se origina una Constitución en condiciones de establecerse como la fuente máxima de validez de las demás normas, tiene el mérito de revelar que cada ordenamiento, en esa complejidad ordinamental de la Unión Europea, sólo revela un Derecho parcial y, sobre todo, interdependiente que debe nutrirse, en un proceso constante de retroalimentación, de otros ordenamientos para completarse y alcanzar su plenitud. Véanse, al respecto, PERNICE, Ingolf, Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, en *Common Market Law Review*, núm 36, 1999, pp. 703-750; "Multilevel in the European Union", en *European Law Review*, núm. 5, octubre de 2002, pp. 514-515; *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 2/09 (2009), disponible en «<http://www.whi-berlin.de>»; *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 7/08 (2008), disponible en «<http://www.whi-berlin.de>»; "El Constitucionalismo Multinivel en la Unión Europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, pp. 639-674, y PERNICE, Ingolf y MAYER, Franz C., *La Costituzione integrata dell'Europa*, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 7/03 (2003), disponible en «<http://www.whi-berlin.de/costituzione.htm>».

Esta apertura al exterior de los Estados y su sujeción a la jurisdicción de tribunales internacionales de defensa de los derechos humanos, puede ser también interpretada como expresión de la aspiración, plasmada en los textos constitucionales de la segunda posguerra, de la garantía de efectividad jurídica de los derechos fundamentales y, por ende, del propio reconocimiento interno de la indisponibilidad y vinculación de los poderes público a los derechos fundamentales⁴⁴.

Entre los sistemas regionales de protección de los derechos que se han conformado, cobra especial importancia el instaurado en el seno del Consejo de Europa y llevado a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a través de su trascendente labor jurisprudencial, ha convertido el Convenio Europeo de Derechos Humanos en una pieza esencial del propio constitucionalismo europeo y en un “verdadero instrumento de orden público europeo”⁴⁵.

La otra estructural regional fundamental es la relativa al ámbito de la Unión Europea y su Carta de los Derechos Fundamentales, objeto de análisis en el segundo capítulo del presente estudio, como presupuesto necesario de la toma de conciencia de que la consecución de los objetivos de la integración europea no puede en absoluto significar una renuncia al patrimonio jurídico que Europa ha conquistado a lo largo de una vasta historia constitucional, sino que, al contrario, debe utilizar todo su acervo jurídico-cultural para impulsar la construcción de un espacio público europeo estructurado en torno a valores primordiales como los que expresan los derechos fundamentales.

⁴⁴ En este sentido, véase REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., pp. 56-58.

⁴⁵ AAVV (Javier García Roca y Pablo Santolaya Coord.), *La Europa de los Derechos Humanos. El Convenio de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 24. También sobre el tema, véanse BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010 y CASADEVALL, Josep, *El convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2012; AAVV (Iñaki Lasagabaster Herrarte Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2015; AAVV (Javier García Roca y Encarna Carmona Cuenca Ed.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017. Desde una perspectiva brasileña, véanse LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2010; CANÇADO TRINDADE, Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991.

Con este breve panorama histórico, buscamos contextualizar la comprensión de los derechos fundamentales como todavía los concebimos en gran parte de la teoría general y de la cual nos ocuparemos a lo largo del presente trabajo.

Para tal fin, nos hemos centrado en los planteamientos que se construyen desde la segunda posguerra en torno a los derechos fundamentales, pues nuestra intención primera, con este análisis introductorio, consiste en argumentar que los derechos fundamentales en la actualidad deben ser concebidos desde dos perspectivas esenciales.

Por un lado, debemos considerar a los derechos fundamentales como normas vinculantes percibidas como exigencia estructurante de un modelo de legitimación y de ejercicio del poder político fundado en la idea nuclear del respeto de la dignidad de la persona humana. Por otro lado, tenemos que manejarlos como categorías ahora insertadas en un espacio de internormatividad y protegidas mediante un sistema multinivel, que presentan, además de la propia conflictividad inherente a la tutela de los derechos fundamentales, contornos de mayor complejidad tanto política como normativa en un permanente proceso de tensión y acomodación entre los distintos ordenamientos que lo integran.

2 – UNA APROXIMACIÓN A LA MULTIFUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Trazado el referencial histórico del presente trabajo, en las próximas páginas trataremos de delinear unas ideales generales sobre la estructura de las normas de derechos fundamentales, así como también nos acercaremos a los sentidos jurídico-subjetivo y jurídico-objetivo que les son atribuidos para, al final, bosquejar las principales funciones que, desde nuestro punto de vista, están llamados a desempeñar los derechos fundamentales en un intento de trazar un hilo conductor entre las muchas señales que nos dejan los textos constitucionales.

2.1 – LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES : ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

La distinción entre reglas y principios, aunque acuñada primeramente por JOSEF ESSER⁴⁶, ha ganado mayor proyección con la obra de RONALD DWORKIN⁴⁷ en una perspectiva de respuesta a la teoría positivista de la aplicación del Derecho, adquiriendo una dimensión clave para la dogmática de los derechos fundamentales con la teoría desarrollada por ROBERT ALEXY⁴⁸.

El punto de partida de la tesis que elabora este autor es la superación de la metodología jurídica tradicional, que distingue entre normas y principios para, en sustitución, reconocer que reglas y principios son dos especies de las normas jurídicas.

Aunque estructuradas de maneras distintas, ambas revelan el deber ser, sea *prima facie* o ideal en el caso de los principios, sea definitivo o real en lo que respecta a

⁴⁶*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

⁴⁷*Levando os direitos a sério*, Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002. Para las versiones en inglés y en español, véanse *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, 2013 y *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002. Sobre el tema, véase también ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2007, pp. 23 y ss.

⁴⁸*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2002. Para las versiones en alemán y en portugués de la obra, véanse *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, 1986 y *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgilio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2011.

las reglas, y pueden ser formuladas, cada una a su modo, con la ayuda de expresiones deontológicas básicas del mandato como el deber, la permisión o la prohibición⁴⁹.

Mientras las reglas sean normas que corresponden a un enunciado tradicional que prevé un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica⁵⁰, sólo pueden ser cumplidas o no. Son postulados definitivos que, en cuanto válidos, presuponen que uno obre tal como lo exigido, ni más, ni menos.

Se estructuran a la manera del todo-o-nada (*all or nothing*) y, como ya señalaba RONALD DWORKIN, o la regla es válida y, en este supuesto, la respuesta que aporta debe ser aceptada, o es inválida y, por el contrario, nada contribuye a la decisión que se tiene que tomar. Por lo tanto, cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa la consecuencia jurídica que trae en sí⁵¹.

La aplicación de las reglas se realiza mediante la subsunción. Consiste en determinar si un caso en concreto si encuadra en el supuesto de hecho de su aplicación, con la deducción de las respectivas consecuencias jurídicas. No debe ser percibida como algo automático y libre de problemas interpretativos⁵², pero, de todos modos, afrontada la cuestión y alcanzada la conclusión de que el hecho analizado encaja en la disposición normativa de la regla no cabe más que aplicarla abriendo cauce a la consecuencia jurídica que impone.

Además, los conflictos entre reglas se deciden por la idea de validez que, siguiendo los criterios tradicionalmente conocidos como el jerárquico, según el cual la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial, permite definir que una de las reglas en conflicto no es válida o no está vigente por entrar en contradicción con otra superior o posterior; o que una de las reglas actúa como excepción a la otra, en virtud del principio de especialidad⁵³.

⁴⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 83.

⁵⁰ DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 44

⁵¹ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 39.

⁵² DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 45.

⁵³ Véase PRIETO SANCHÍS, Luis, "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", en *Diritti e questioni pubbliche*, núm. 2, agosto de 2002, pp. 97-114.

Tratándose de reglas, una desplaza o invalida a la otra siempre que las respectivas consecuencias jurídicas sean incompatibles o recíprocamente excluyentes, de forma que las antinomias que revelen sean resueltas para una conformación coherente del sistema jurídico⁵⁴.

En cambio, los principios no se estructuran en torno a un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Los principios no implican una decisión concreta, sino sólo una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido⁵⁵. Han de ser percibidos como *mandatos de optimización* y, como tales, determinan que un determinado valor o bien jurídico sea cumplido en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes⁵⁶.

La aplicación de los principios no se plantea desde una perspectiva absoluta. Pueden ser realizados en distintos grados, con lo cual las obligaciones que establecen *prima facie* han de ser cumplidas en términos de más o menos⁵⁷.

En esta perspectiva, los principios revelan una dimensión de peso o importancia que le falta a las reglas y, cuando se entrecruzan, la discusión principal, a diferencia de lo que pasa con las reglas, según los mencionados criterios de validez que dan precedencia a la regla emanada de una autoridad superior, a la regla más recientemente promulgada o la regla especial, está en medir la fuerza relativa de cada uno de los principios en juego para el caso concreto⁵⁸.

A diferencia de un caso que deba ser resuelto entre reglas jurídicas, todos los principios son considerados importantes para la construcción de la solución judicial y deberán ser tomados en consideración para que, al final, debidamente sopesados, se

⁵⁴ Véase AAVV (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco), *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 45.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., pp. 39 y ss.

⁵⁶ ALEXI, Robert, *La teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., pp. 42. En un sentido opuesto al planteado, véase ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, p. 114, para quien, en lo que respecta a los principios, también es cierto o si cumple o no si cumple lo que prescriben, eso es, o se realiza o no se realiza su objetivo en la medida de lo posible, con lo cual contienen una obligación *prima facie* de realizar lo que exigen, pero una obligación absoluta. La diferencia de los principios con relación a las reglas estaría, por lo tanto, en la forma como se configura la conducta obligada, de modo que, cuando se está a manejar un principio, sólo se puede determinar con precisión cual es la conducta exigida cuando se conocen las circunstancias concretas del caso.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., pp. 42 y ss.

pueda inclinar la solución hacia aquel principio que, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas, se muestre de mayor importancia para el planteamiento del caso analizado.

No obstante, entre los principios no hay una jerarquía que establezca una preeminencia en términos absolutos de unos sobre los otros, sino una relación de precedencia condicionada, teniendo en cuenta que, en una situación dada, un principio podrá ceder frente a otro y, bajo otras circunstancias, la colisión podrá ser resuelta inversamente⁵⁹.

La cuestión decisiva cuando se manejan principios es justamente determinar bajo qué circunstancias qué principio tiene precedencia y cuál, por contra, debe ceder. Para establecer el grado de satisfacción de un principio en relación con las exigencias de otros principios se requiere una ponderación⁶⁰.

La ponderación es, pues, la técnica propia de aplicación de los principios que revelará, en caso de colisiones, cual de las opciones que se oponen deberá ser considerada la de mayor peso para determinar la respuesta al conflicto normativo sin, no obstante, suponer la declaración de invalidez del principio que cede.

Como resultado de la ponderación, surgiría una regla que, mediante la *ley de colisión*, estructura la relación de precedencia condicionada de los principios en colisión, establece un supuesto de hecho según las condiciones específicas del caso y expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente⁶¹.

La obra de ROBERT ALEXY, pese a todas las objeciones que se han planteado en torno tanto a una posible *inframoralización* o *supramoralización* que conduce a los casos de derechos fundamentales⁶², tiene como irrefutable aportación traer todo ese debate

⁵⁹ ALEXY, Robert, *La teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pp. 91 y ss.

⁶⁰ ALEXY, Robert, "Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral", en AAVV (María Elósegui Itxaco Coord.), *Los principios y la interpretación de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, p. 30.

⁶¹ ALEXY, Robert, *La teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 90 y ss., y ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 96 y ss.

⁶² Las expresiones citadas en el texto han sido acuñadas por el propio autor como una forma de delimitar la naturaleza de las tesis contrapuestas a la teoría que desarrolla. Véase ALEXY, Robert, "Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos

para el ámbito de los derechos fundamentales con unas consecuencias importantes para su aplicación e interpretación.

La teoría de los derechos fundamentales que formula tiene como punto de partida el reconocimiento de la estructuración semánticamente abierta de muchas disposiciones de la Ley Fundamental alemana, entre ellas las relacionadas con derechos fundamentales, que no permiten un consenso sobre su alcance.

En este sentido, elabora una teoría jurídica que puede ofrecer una fundamentación racional para la concreta aplicación de las normas de derechos fundamentales.

La diferenciación de las normas entre reglas y principios constituye la base de la teoría de los derechos fundamentales de ROBERT ALEXY y es el elemento clave para la solución de los casos de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales pasan a ser comprendidos más bien como principios y, por tanto, sus consecuencias jurídicas se entienden sólo *prima facie* y deben aplicarse, en lugar de la técnica de la subsunción, mediante la ponderación⁶³.

fundamentales y moral”, *op. cit.*, pp. 27-45. Citamos aquí dos de las principales críticas que ha sufrido su obra sobre la teoría de los derechos fundamentales. La primera, expresada por Jürgen Habermas, afirma, por un lado, que los derechos fundamentales pierden su firmeza, que únicamente puede ser garantizada mediante el carácter de las reglas. Por otro, no existiría un parámetro racional para el método de ponderación, con lo cual su aplicación conllevaría un excesivo subjetivismo a la interpretación jurídica y, por ende, daría lugar a la arbitrariedad y al voluntarismo en las decisiones judiciales. Desde esa perspectiva, la ponderación sometería las disposiciones constitucionales al juego propio de la política y a la imprevisibilidad, lo que representaría, al final una grande amenaza a los derechos fundamentales. Así pues, los derechos fundamentales primero se debilitarían al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazarían con desaparecer con una ponderación irracional. La segunda mayor crítica, que se atribuye tanto a Ernst-Wolfgang Böckenförde como a Christian Starck, en la recensión a la teoría de Robert Alexy, asocia fundamentalmente la ponderación a un presunto peligro de exceso de los derechos fundamentales y considera que la percepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización presupone una pérdida de la autonomía del legislador para la configuración de la Constitución. Si los derechos fundamentales deben ser realizados en la mayor medida posible, existiría un punto óptimo, determinado por el Tribunal Constitucional, en que ambos principios en colisión se desarrollan al máximo, que vincularía al legislador y vaciaría elimine por completo la libertad legislativa. Véase, como contraposición a las críticas recibidas, ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 13-64, así como también en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁶³ La tesis de Robert Alexy sobre la distinción entre las reglas y los principio para explicar la estructura de las normas de derechos fundamentales ha sido posteriormente desarrollada por autores como Marius Raabe, Jan-Reinard Sieckmann y Martin Borowski. De este último autor, véanse *La estructura de los derechos fundamentales*, Trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Santafé de

Desde la teoría que ROBERT ALEXY desarrolla, la comprensión de los derechos fundamentales primordialmente como principios permite que, en su complicado ejercicio práctico, fruto del propio pluralismo, se puedan construir soluciones armonizadas y/o optimizadoras entre los distintos derechos en conflicto.

Otra idea central de su teoría de los derechos fundamentales consiste en estructurar la técnica de la ponderación en torno al principio de proporcionalidad y al triple juicio que de él se desprende de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Según el autor alemán, las máximas de la idoneidad y necesidad son resultado de la naturaleza de los principios como mandados de optimización ante las posibilidades fácticas, mientras que la tercera máxima de la proporcionalidad en sentido estricto derivaría de las posibilidades jurídicas para que el principio se realice en la mayor medida posible.

De la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, ROBERT ALEXY definirá, además, la llamada fórmula de peso, según la cual son objeto de valoración el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del otro, de modo que la solución a ser construida en un caso de colisión sea el resultado de la siguiente ley: cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor deberá ser la importancia de la satisfacción del otro principio⁶⁴.

A partir de estos elementos, estructura la técnica de la ponderación de un modo tal que pueda revelarse un procedimiento racional, aunque no conducente exactamente a un único resultado o una respuesta que pueda ser replicada sin más para todos los

Bogotá, 2003; "La restricción de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, pp. 29-56; "La ponderación en la estructura jerárquica del derecho", en AAVV (María Elósegui Itxaco Coord.), *Los principios y la interpretación de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, pp. 71-100. Para un amplio estudio sobre el tema, véase BERNAL PULIDO, Carlos, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. Una contribución brasileña sobre la teoría desarrollada por Robert Alexy es la obra de Rafael Giorgio Dalla Barba, *Nas fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*, Editora JusPodium, Salvador, 2017.

⁶⁴ Sobre el tema, véanse las siguientes obras de Robert Alexy: *La teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 111 y ss.; *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, op. cit., p. 101 y ss.; "La fórmula de peso", Trad. Carlos Bernal Pulido, en AAVV (Miguel Carbonell Coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH y CEDH, 2008, pp. 11-37.

supuestos, sino orientado a la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, pero haciéndolos compatibles entre ellos y con los demás bienes o intereses jurídicos de rango constitucional, en la mayor medida en que sea posible.

La técnica de ponderación, desde esa perspectiva, representaría un procedimiento racional orientado a determinar qué derecho fundamental y en qué medida debe prevalecer. A través de la ponderación, se busca modular de una forma equilibrada, según una situación concreta de colisión, distintas posiciones de derechos fundamentales.

Si los derechos fundamentales, por el contrario, fueran percibidos desde una concepción pretendidamente absoluta, estructurándolos como las reglas, en términos de sí o no, tendríamos como consecuencia, una rigidez que provocaría una merma de la propia efectividad de su aplicación, ya que se revelaría irreconciliable con el conjunto del orden socio-político definido por el texto constitucional.

Es cierto que, analizados los derechos fundamentales en abstracto, se debe apostar siempre por una aplicación máxima, de modo que se conceda la plena efectividad al valor o bien jurídico que se va a tutelar, pero la teoría de los principios revela toda su importancia en las situaciones de colisión, ya que podrán ser realizados en diferentes grados no sólo según las posibilidades fácticas, sino también de acuerdo con las posibilidades jurídicas determinadas por los otros principios relevantes para la solución de un caso concreto⁶⁵.

Los derechos fundamentales forman parte de un sistema unitario, pero esencialmente abierto, con lo cual se ponen en constante relación unos con otros y con los demás intereses protegidos por el texto constitucional, lo que nos lleva, pues, a comprenderlos como normas de principio y a exigir la ponderación para que se pueda determinar el ámbito normativo o de protección de cada derecho fundamental en un caso concreto.

Reconocerlos como principios, eso es, como categorías normativas sujetas a ponderación y, por lo tanto, susceptibles de ceder ante circunstancias concretas,

⁶⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 52.

permite construir relaciones de precedencia y no de prioridades absolutas, en busca de soluciones concertadas que posibiliten la convivencia de derechos y libertades contrapuestos, pero igualmente dignos de protección.

De este modo, la ponderación hace posible observar ese sistema de valores que propone la Constitución en su conjunto como producto de un consenso equilibrado y, para ello, debe tenerse en cuenta que cada uno de esos valores, entre los cuales los derechos fundamentales ocupan una especial posición, sólo podrá ser medido concretamente si se presupone que coexisten en una relación tanto de coordinación como de mutuo condicionamiento⁶⁶.

Desde otra perspectiva, la teoría de los principios revelaría otra cualidad, que sería la de permitir que se tomen en serio los derechos fundamentales sin exigir lo imposible ante las circunstancias fácticas y jurídicas⁶⁷.

Concebir los derechos fundamentales como mandatos a ser optimados y transformados en un deber ser real⁶⁸, más allá de alternativa validez-invalididad de las reglas, posibilita definir lo que se puede reclamar y pretender, en especial en lo que se refiere a los derechos prestacionales del Estado.

En este sentido, se concluye que la teoría de los principios aporta no sólo una respuesta al problema de colisiones, sino también a la cuestión de la vinculación a los derechos fundamentales⁶⁹.

Las normas de derechos fundamentales, aunque prioritariamente revelen su carácter de principio, debemos ponderar que no siempre lo serán, pudiéndose atribuir también a los derechos fundamentales las características propias de las reglas. De hecho, la tesis fundamental de ROBERT ALEXY revela que las disposiciones de derecho fundamental estatuyen normas de dos tipos: reglas y principios⁷⁰.

⁶⁶ Véase HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 36-39.

⁶⁷ Al respecto, FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 226.

⁶⁸ Véase, como contribución para el debate sobre las implicaciones de tal caracterización, LOPERA MESA, Gloria Patricia, "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2004, pp. 211-243.

⁶⁹ Véase FERREIRA MENDES, GILMAR, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 226.

⁷⁰ *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 135.

El grado de determinación o indeterminación de una disposición de derecho fundamental será de gran valía para reconocer su carácter de regla o de principio.

En este sentido, cuando la norma de derecho fundamental, por su alto nivel de abstracción o generalidad o por la confluencia de otros principios relevantes, no es apta para funcionar como parámetro inmediato de control y, revelando el carácter propio de las *normas de derecho fundamental directamente estatuidas*, exige del intérprete la concreción de una nueva norma más específica, *la norma de derecho fundamental adscrita*, de la cual se podrá deducir directamente la solución judicial, estaremos ante una norma de derecho fundamental de naturaleza principal⁷¹.

⁷¹ ROBERT ALEXY, cuando construye su teoría de los derechos fundamentales, señala que, dado el carácter semánticamente abierto de las disposiciones de derechos fundamentales, existirían, además de aquellas directamente estatuidas por el texto constitucional, disposiciones adscritas que a él estarían asociadas. Para una discusión en profundidad sobre la diferencia entre las normas iusfundamentales directamente estatuidas y adscritas, véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 110 y ss. Según señala el autor, las normas directamente estatuidas se caracterizan por su alto nivel de abstracción y generalidad. De ellas, no se puede deducir directamente la solución judicial, con lo cual los tribunales constitucionales se ven en la necesidad de concretar una norma más específica que revelará la norma aplicable que tenga relación directa con el objeto del caso concreto. Estas normas que concretan los tribunales constitucionales son llamadas de normas adscritas y guardan, pues, un nexo de contradicción o identidad con la norma o acto controlado. Las normas adscritas concretadas por el Tribunal Constitucional son resultado de la interpretación de las disposiciones iusfundamentales y presentan cuatro características que comúnmente integran no sólo el concepto semántico de norma, sino también otros conceptos alternativos de la norma jurídica: son proposiciones prescriptivas, en las cuales su componente deóntico prevalece; se fundamentan a partir de una disposición jurídica (una disposición de derecho fundamental); proceden simultáneamente de dos fuentes de derecho (de la Constitución indirectamente y, de modo inmediato, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional); y vinculan a sus destinatarios. No obstante, las normas adscritas no serían únicamente producto de la labor interpretativa de los tribunales. Las normas adscritas forman parte *prima facie* del ámbito normativo de las disposiciones de derechos fundamentales, con lo cual tales disposiciones revelan tanto las normas directamente estatuidas, así como también todas las posibles normas adscritas que luego, cuando analizadas en el caso concreto, pueden ser concretadas de manera definitiva por el Tribunal Constitucional, pasando a determinar qué mandatos, prohibiciones, permisiones, sujeciones o habilitaciones integran el ámbito normativo de una dada disposición de derecho fundamental. Además de la discusión sobre la diferencia las normas las normas iusfundamentales directamente estatuidas y adscritas, el autor también traza una definición de normas individuales de derechos fundamentales que, por su vez, son el producto de la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de hecho concretado en la norma adscrita. Están contenidas en la parte resolutive de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales y presentan unas características particulares en comparación con otros tipos de normas individuales, a depender del proceso constitucional en que los derechos fundamentales son aplicados. En se tratando de un recurso de amparo, el fallo suele contener una norma individual que concierne a un caso concreto y a uno o varios individuos específicos, en una determinada relación con el poder público o con otro particular. Por el contrario, al ser producto de decisiones de control de constitucionalidad de las leyes, la generalidad y la abstracción de la ley objeto de control se proyecta sobre la norma individual que constituye el fallo de la sentencia y la dota de un máximo grado de generalidad y abstracción dentro de su género.

Por el contrario, cuando la norma de derecho fundamental se estructura en términos más explícitos y determinados que no suscitan semejantes incertidumbres, de modo que pueda funcionar como premisa mayor del razonamiento a ser construido por el tribunal para establecer el nexo de contradicción o identidad con el objeto de control y, por lo tanto, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma o conducta analizada, podemos concluir en el carácter de regla de un derecho fundamental⁷².

Asimismo, la existencia de una *norma de derecho fundamental adscrita* que funcione como precedente para casos futuros idénticos también podrá determinar la aplicación, como regla, de la norma de derecho fundamental. No obstante, en aquellos supuestos que revelen, antes nuevas razones determinadas por la existencia de principios contrarios a la norma anteriormente concretada por el tribunal, la necesidad de revisar la doctrina sentada en un precedente, las normas de derechos fundamentales, aunque adscritas, cobrarán su valor de principios⁷³.

En un intento de reducción de todo ello a ejemplos concretos, podríamos decir, desde un primer y somero análisis, que las normas que establecen la prohibición de tortura o tratos inhumanos y degradantes y las que establecen un plazo de una detención preventiva o la puesta en libertad en casos de detenciones ilegales, revelarían una estructura de regla y, por lo tanto, un derecho definitivo, mientras que las que garantizan la libertad de expresión e información o los derechos a la intimidad y manifestación tendrían una formulación de principio y, de este modo, revelarían posiciones *prima facie*.

⁷² Véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 143.

⁷³ Para una comprensión de la expresión desde las contribuciones aportadas por la filosofía del derecho, véanse, a modo de ejemplo, SASTRE ARIZA, Santiago, "Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos", en *Derecho y opinión*, núm. 1, 1993, pp. 295-308 y NAVARRO, Pablo E., "Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho", en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, pp. 243-268. Para una discusión sobre el asunto vinculada a la temática de los derechos fundamentales, véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 136 y ss.

De todos modos, la tarea de definición de una norma de derecho fundamental como regla o principio, incluso en los llamados casos fáciles⁷⁴, dependerá siempre de un previo ejercicio hermenéutico como expresión máxima del postulado de que *no existe norma jurídica, sino norma jurídica interpretada*⁷⁵.

Así pues, sólo las circunstancias del caso concreto, a partir de la labor interpretativa de los tribunales, podrán revelar cuán determinado o indeterminado es el contenido de un derecho fundamental y si actuará como regla o principio con todas las consecuencias que de ello se derivan tanto para su aplicación, como también para la resolución de las antinomias.

Más allá de todo el debate, prácticamente inagotable, entre reglas y principios y sus implicaciones para la comprensión de las normas de derechos fundamentales, debe reconocerse el carácter abierto de tales normas, que exige una adecuada labor hermenéutica, guiada por determinadas pautas, para que, además de la concreción y modulación de lo abstractamente establecido en la Constitución teniendo en cuenta un determinado contexto social, pueda conducir, desde una visión sistémica de conjunto, a un ensamblaje lo más equilibrado y armónico de los distintos intereses que busca regular y garantizar.

Igual importancia para un adecuado planteamiento de las normas de derechos fundamentales será comprenderlos como parte de un sistema constitucional abierto que ha de ser integrado tanto por el texto como por el contexto para que puedan, al fin, proyectar todo su potencial como vectores de desarrollo jurídico-social a través de la concretización y actualización de los valores y aspiraciones expresados en el texto constitucional.

⁷⁴ Véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 591.

⁷⁵ La importante contribución es del maestro alemán Peter Häberle en su estudio "Zeit und Verfassung", en DREIER, Ralf y SCHWEGMANN, Friedrich, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Nomos, Baden-Baden, 1976, también publicado en HÄBERLE, Peter, *Verfassungs als öffentlicher Proßess*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 59-92.

2.2 – LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS Y EL CARÁCTER OBJETIVO DE VALOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los cambios que las concepciones de Estado han tenido en la última posguerra han supuesto, como se ha subrayado en el marco histórico trazado al inicio de este trabajo, una igual transformación en relación con la comprensión de los derechos fundamentales, que pasan a ser reconocidos en una doble dimensión: subjetiva y objetiva.

Los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, constituyen un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación directamente relacionado con el interés individual.

En esta dimensión, se reconoce a los derechos fundamentales una función principal de defensa de una esfera individual de libertad frente a injerencias, para la plena satisfacción de los intereses de los titulares.

Los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, son, pues, un “apoderamiento jurídico” que asegura al individuo posiciones de defensa para el ejercicio libre de determinadas expectativas⁷⁶.

Por otro lado, los derechos subjetivos, además de posiciones de naturaleza defensiva que protegen a los individuos ante lesiones e injerencias de los poderes públicos, constituyen igualmente expectativas positivas a exigir del Estado prestaciones fácticas o normativas⁷⁷.

No obstante, el nuevo orden constitucional que se instaura en la segunda posguerra pronto muestra que ese ámbito de inmunidad frente a los poderes públicos, incluido el legislador, ya no resultaba suficiente y era preciso ir más allá para hacer firme

⁷⁶ Véase AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., p. 35.

⁷⁷ Véase GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e teoria da constituição*, op. cit., pp. 1242-1245.

el compromiso que asumían con la protección de los derechos fundamentales, dándose inicio a un importante proceso de objetivación de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales ya no se limitarían a asegurar la libertad de los particulares frente al Estado, sino que pasarían a ser comprendidos como el propio fundamento del orden jurídico que tendría que estructurarse en torno a los valores superiores que expresan.

Así pues, los derechos fundamentales pasarían a ser entendidos, en una dimensión subjetiva, como facultades o habilitaciones subjetivas que aseguran al individuo, bajo unas garantías específicas y especiales, un espacio de autodeterminación, mientras que, en una dimensión objetiva, serán concebidos como elementos estructurantes que dan base y sustancia al ordenamiento y que vinculan, en cuanto decisiones axiológicas y patrones de valor, no sólo al Estado, sino toda a la sociedad.

La dimensión dual de los derechos fundamentales, que tiene como su fundamento y legitimidad la obligación de respeto absoluto a la dignidad de la persona humana, gana su máximo reconocimiento con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán⁷⁸.

En el célebre caso *Lüth*⁷⁹, junto con los derechos subjetivos clásicos frente a los poderes públicos, los derechos fundamentales aparecen, en su conjunto, como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que se proyecta a todos los ámbitos del Derecho.

En un segundo momento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que establece un periodo de desarrollo de esta concepción, los derechos fundamentales en particular pasan a ser interpretados objetivamente. Por lo tanto, no sólo los derechos fundamentales comprendidos en su conjunto, sino que cada derecho fundamental revela ese doble carácter⁸⁰.

Así pues, el significado y relevancia de los derechos fundamentales se reordenan más allá del individuo y de sus intereses y se expanden como un valor general para la

⁷⁸ Véase BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 105.

⁷⁹ BVerfGE 7, 198.

⁸⁰ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 108.

colectividad, de modo que, además de posiciones individuales que deben ser protegidas, los derechos fundamentales se exteriorizan como normas axiomáticas y principios objetivos que imponen parámetros y directrices para el Estado y la sociedad.

Los derechos fundamentales pasan a ser reconocidos tanto como un conjunto de valores objetivos básicos, como un marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

Así pues, lo que se atribuye o reconoce como derechos fundamentales no debe consistir en un ámbito de la personalidad únicamente relevante para el titular del derecho, sino también para el bien común como pilares de la convivencia en una comunidad política, con lo que pasan a ser igualmente comprendidos como elementos fundamentales del orden jurídico que definen los valores y fines que el Estado y la sociedad deben perseguir⁸¹

Desde la perspectiva más amplia de la comunidad, se ha construido una importante teoría, cuyo mayor exponente es el maestro PETER HÄBERLE, que reconoce a los derechos fundamentales, al lado de su dimensión individual, una posición institucional que viabiliza el derecho fundamental para la consecución de los fines sociales proclamados por la Constitución⁸².

En definitiva, los derechos fundamentales no estarían concebidos únicamente para garantizar la autonomía del individuo, sino que además le permitirían su inserción en un determinado orden de convivencia, que es característico del Estado democrático de Derecho, y que cobra una existencia real por el ejercicio de los mismos.

La teoría de los derechos fundamentales como institutos altera el sentido atribuido a los derechos que para las Constituciones liberales tenía un alcance absoluto y formal y tiene el importante papel de orientar el ejercicio del derecho fundamental. Igualmente posibilita que haya una mejor articulación de los intereses individuales y la

⁸¹ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 110.

⁸² Véase, al respecto, su obra *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*.

debidamente inserción del titular de un derecho fundamental en la vida política, social y cultural de una comunidad determinada.

Pese a las críticas de una posible excesiva socialización de los derechos en detrimento de las expectativas subjetivas individuales, interesa subrayar que la vertiente funcional de los derechos fundamentales sirve para basar la democracia y estaría más bien encaminada a establecer un relación de reciprocidad, con el fin de fortalecer la función primigenia de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos.

A fin de cuentas, el Estado democrático depende de que los individuos, que concurren en cuanto tales al desarrollo del orden político, asuman el ejercicio de los derechos fundamentales como responsabilidad civil, sobre todo para que se pueda tener en cuenta que si ahora se transfiere el poder en que el derecho consiste no es sólo porque cumple una función social, sino precisamente para que la cumpla.

De todos modos, interesa subrayar que los derechos fundamentales pasan a ser considerados elementos de un orden jurídico objetivo, integrando un sistema axiológico que actúa como fundamento material de todo el ordenamiento jurídico.

Forman, pues, el núcleo sustantivo junto a los principios estructurales y organizativos que establece el texto constitucional, del Estado y de la sociedad, que se vinculan materialmente al contenido axiológico que revelan los derechos fundamentales⁸³.

De este proceso de objetivación, se deducen tres consecuencias principales: la eficacia irradiante de los derechos fundamentales, el deber de protección de los derechos fundamentales y, por último, la garantía de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento.

La eficacia irradiante de los derechos fundamentales supone, como uno de sus importantes resultados, la consecuente constitucionalización del Derecho como un

⁸³ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 64.

todo, ya que todos los ámbitos del Derecho deben ahora ser comprendidos a la luz de los principios y valores constitucionales.

La fuerza expansiva que la dimensión objetiva concede a los derechos fundamentales se extiende a los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico que deben, pues, guiarse según los mandatos axiológicos de los derechos fundamentales y conformarse constitucionalmente.

Los derechos fundamentales, como valores objetivos, pasan a irradiar de forma general todos los ámbitos jurídicos, que deben ser interpretados de acuerdo con aquellos, en una técnica análoga a la difundida interpretación conforme a la constitución, según la cual, entre las varias interpretaciones posibles, debe preferirse aquella que mejor corresponda al espíritu de la Constitución⁸⁴.

Funcionan, pues, como parámetro de validez y criterio de interpretación de todo el derecho ordinario, orientando su aplicación a la protección y promoción de cada derecho fundamental en particular.

Si, por un lado, la ubicuidad de los derechos fundamentales, en cuanto valores objetivos, conduce a la inconstitucionalidad en cada vulneración de un derecho, por otro, la propia inobservancia de los derechos fundamentales como parámetros axiológicos conlleva una verdadera lesión al derecho fundamental subjetivo del individuo⁸⁵.

El efecto de esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales sería la comprensión de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico dotada de la debida fuerza normativa que, expresando un sistema objetivo de valores, que tiene como elemento clave el libre desarrollo de la personalidad humana en su dignidad, se revela ahora como impulso y directriz para los poderes públicos.

⁸⁴ En este sentido, PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II op. cit.*, pp. 26-28 y SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit.*, p. 146.

⁸⁵ Véanse ALEXY, Robert, *Tres escritos escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, op. cit.*, pp. 44-47, y BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales, op. cit.*, p. 119.

La irradiación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico presupone, pues, una verdadera eficacia directiva que afecta al legislador, al ejecutivo, así como también a los jueces, que pasan todos ellos a vincularse materialmente a los derechos fundamentales, de modo que su actuación deberá ser siempre en el sentido más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales.

Adicionalmente a la interpretación conforme con los derechos fundamentales, otra consecuencia directa de la eficacia irradiante de los derechos fundamentales, considerados o en particular como decisiones objetivas de valor o en su conjunto como un orden objetivo de valores, es el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares⁸⁶.

Las discusiones acerca del carácter mediato o inmediato de esta eficacia, desde una perspectiva comparada, serán analizadas en la tercera parte de este primer capítulo en el apartado destinado al análisis de los particulares como obligados de los derechos fundamentales.

No obstante, cabe subrayar en este momento que, si los derechos fundamentales, en cuanto un orden objetivo de valores, se proyectan a todos los demás ámbitos del

⁸⁶ Importante contribución para el debate de la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas es el Auto 382/1996 (FJ 3) del Tribunal Constitucional español que, por ocasión de la expulsión de un alumno de un centro de enseñanza privado no concertado, se ha pronunciado: *“Vuelve, pues, una vez más, a plantearse ante nosotros una pretendida conculcación de derechos fundamentales suscitada originariamente en el seno de las relaciones entre particulares; circunstancia que, naturalmente, no impide en modo alguno el examen de la pretensión actora, por más que la Constitución, a efectos de su garantía, no contemple expresamente la vinculación directa de los ciudadanos a los derechos y libertades (art. 53.1 C.E.), y que, en consonancia con ello, sólo quepa la interposición del recurso de amparo frente a la actuación de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC). Cabe recordar a este respecto que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este ‘doble carácter’ de los derechos fundamentales (STC 25/1981, fundamento jurídico 5), pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (SSTC 53/1985, fundamento jurídico 4, y 129/1989, fundamento jurídico 3). Tal es, ciertamente, la comprensión de los derechos fundamentales que se infiere de un texto constitucional que, tras proclamar el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.), y, por ende, comprometer a los poderes públicos en la promoción de la libertad y la igualdad el individuo (art. 9.2 C.E.), eleva el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás a la condición de fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 C.E.)”*

derecho, su fuerza expansiva también debe ser sentida en las relaciones privadas, que pasan a ser regidas no sólo por las ideas propias del mundo civil, sino que reciben influjos y pautas de los derechos fundamentales.

La eficacia irradiante que la dimensión objetiva dota a los derechos fundamentales tiene como consecuencia que los derechos fundamentales, en su vertiente subjetiva, sean vistos como expectativas que exigirán también del particular un deber de abstenerse o de actuar conforme a sus superiores orientaciones.

Los derechos fundamentales, como presupuestos del ordenamiento jurídico en su conjunto, han de ser la referencia máxima del Estado y de la sociedad y, por lo tanto, no basta con regular únicamente la relación Estado-individuo. Su respeto se impone a todos y no sólo a los poderes públicos, con lo que no se puede negar su eficacia horizontal entre los particulares.

Además, concebir una eficacia horizontal de los derechos fundamentales también supone la superación de la concepción de que el Estado constituye la única amenaza para la libertad y, con ello, no perder de vista que los peligros también surgen de aquellos que disponen de poder social.

En segundo lugar, la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, como ya se ha señalado, concreta deberes de protección que reordena las funciones legislativa, administrativa y judicial del Estado en torno a los derechos fundamentales⁸⁷.

Tal deber de protección (*Schutzpflicht*) se vincula a la idea de programa para la realización de la libertad como consecuencia de la superación de una ideología liberal que marcaba a los derechos fundamentales y que entendía cualquier intervención estatal como una interferencia indebida en el libre juego de fuerzas que definían, según los mecanismos propios del mercado, la correlación entre libertad e igualdad⁸⁸.

⁸⁷ Véase, al respecto, GAVARA DE CARA, Juan Carlos, "La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 277-320.

⁸⁸ Véase, al respecto, GRIMM, Dieter, "¿Retorno a la comprensión de la libertad de los derechos fundamentales?", en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 155-173. En este sentido, muy ejemplificativo ha sido la argumentación del Tribunal Constitucional español en la ya citada STC 53/1985, FJ 4: "Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los

Además, se percibe muy claramente la supremacía de la constitución como cauce para este cambio de comprensión, pues, si los derechos fundamentales son tomados en serio, como normas supremas del ordenamiento, una mera conducta negativa del Estado ya no puede ser concebida como suficiente garantía de su efectividad⁸⁹.

La dimensión objetiva se traduce en un deber general de promoción y protección de los derechos fundamentales, ya que denotan, en cuanto patrones de valor, que un determinado contenido debe ser realizado y, para ello, no basta pensarlos como derechos que persigan meramente la abstención⁹⁰.

Desde este punto de vista, los derechos fundamentales se revelan no sólo como derechos de libertad de los individuos frente al Estado, sino también como principios de ordenación de la vida en sociedad que impondrán deberes positivos al Estado para la creación de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para el ejercicio de esa libertad.

contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa». Igualmente importante ha sido fundamentación en la STC 18/1984, FJ 6: “la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1. LOTC)”.

⁸⁹ *Idem, Ibidem.*

⁹⁰ Véanse BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 114-115; DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 61, así como también PÉREZ-LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 20.

Los derechos fundamentales vinculan, por lo tanto, a los poderes públicos en un doble sentido: imponen una obligación negativa a los poderes públicos para que se abstengan de lesionar el espacio de libertad de los individuos y establecen una obligación positiva con acciones concretas de cumplimiento, protección y promoción que les doten de efectividad.

Deben, por lo tanto, servir de fundamento para que el Estado actúe y redefina el juego de fuerzas, según el orden objetivo de valores que expresan, para establecer un nuevo equilibrio que posibilite la promoción equitativa de las condiciones materiales necesarias para la realización de la libertad.

Los derechos fundamentales, desde una comprensión jurídico-objetiva, se desvinculan de su función clásica de protección y sirven de fundamento para la actuación estatal que, teniendo ahora como eje gravitacional la dignidad humana y el desarrollo de la persona humana, debe entenderla no abstractamente, sino como individuo concreto y situado en una sociedad dada que no siempre podrá proporcionarle condiciones para hacer uso de las facultades que le son atribuidas.

Desde esta perspectiva, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales permite que un importante aspecto de los derechos fundamentales como derechos subjetivos pueda realizarse, porque, además de la propia protección de una esfera de existencia individual, es esencial que la persona reúna las condiciones para hacer uso de la libertad que le es asegurada y, de esta forma, cobre vida la ordenación de una sociedad constituida en libertad⁹¹.

Otro importante aspecto relacionado al deber general de protección que surge del proceso de objetivación de los derechos fundamentales es la afirmación de la protección de los derechos fundamentales también en una doble perspectiva: frente al Estado y a través del Estado.

⁹¹ Véase HESSE, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", *op. cit.*, pp. 90-91.

Por lo tanto, a la clásica función de protección contra el arbitrio con una mínima intervención en la libertad del particular, se aúna, pues, la obligación del Estado de crear y asegurar las condiciones de libertad en igualdad.

Los poderes públicos, además de controlar e impedir los excesos que vengan a obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales, deben preocuparse además de proporcionar una protección suficiente y efectiva de tales derechos, lo que la doctrina alemana conceptualiza, respectivamente, como *Übermassverbot* (prohibición del exceso) y *Untermassverbot* (prohibición de protección deficiente)⁹², como dos versiones del principio de la proporcionalidad.

Así pues, al Estado se le exigen medidas, tanto legislativas como administrativas, para crear los presupuestos jurídicos y fácticos para el ejercicio de los derechos fundamentales que, no obstante, deben ser adecuadas y suficientes para cumplir con el deber de protección de los derechos fundamentales.

En este sentido, interesante señalar que, a ejemplo de la prohibición de exceso, que es la consecuencia primera y más estrictamente relacionada con el principio de proporcionalidad como principio limitador del poder de intervención del Estado, la prohibición de protección deficiente podrá también ser medida en rasgos generales según los tres subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, que serán objeto de estudio en la tercera parte de este capítulo por referencia a las limitaciones de los derechos fundamentales, para determinar si la omisión estatal ha vulnerado su deber de protección y, por consiguiente, algún derecho fundamental en concreto⁹³.

Por otro lado, el mandamiento de vinculación, tanto negativa como positiva, de los poderes públicos a los derechos fundamentales, como consecuencia del compromiso mayor con la intangibilidad de la dignidad humana, impone al Estado un deber general

⁹² La idea en torno a la *Untermassverbot* ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán al analizar, por primera vez, la interrupción del embarazo (BVerfGE 39, 1).

⁹³ Véase, al respecto, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 806 y ss., así como también CLÉRICO, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en AAVV (Miguel Carbonell Coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 115-159.

y global de garantía y realización de los derechos fundamentales, en una conducta que incluso abarca su protección contra intervenciones de terceros.

La teoría de los deberes de protección impone, pues, al Estado la función de asegurar los derechos fundamentales de los individuos contra agresiones procedentes de otros sujetos privados, y el Estado, al crear los presupuestos para el ejercicio de la libertad, se obliga a la vez a mantener y asegurar una libertad real.

De este modo, los poderes públicos, además de los deberes de establecer unas condiciones necesarias para la efectividad de los derechos fundamentales y de abstenerse de violarlos, asumen igualmente el deber de proteger los derechos fundamentales contra amenazas diversas, incluidas las que se producen en el ámbito privado.

En este contexto, la teoría de deber de protección cobra también importancia en relación con la posible responsabilidad civil de los Estados por omisiones que han ocasionado daños en una relación entre particulares.

Conforme hemos señalado, ya no se espera de los poderes públicos un mero garantismo absentista. Deberán, además de promover unas condiciones materiales para el ejercicio de la libertad, proteger a los individuos de lesiones o amenazas perpetradas por terceros, incluso particulares⁹⁴.

De este modo, el deber de protección del Estado se estructura conforme a una relación triangular en los siguientes términos: protege el comportamiento de los individuos en el ejercicio de un derecho fundamental, ya sea contra los perjuicios que puedan causarles los poderes públicos, o bien frente a los ocasionados por los otros individuos o grupos sociales que pretenden beneficiarse de una posible intromisión ilegítima en el ámbito vital del otro⁹⁵.

⁹⁴ Desde una perspectiva comparada, véase, en este sentido, la sentencia del 13/03/1991 del Supremo Tribunal Federal brasileño en el asunto IF/114-MT. En una óptica opuesta, cabe mencionar el precedente de la Suprema Corte norteamericana de 1989 en el Caso De *Shaney versus Winnebago County Department of Social Services* que revela con toda su fuerza la inspiración individualista del orden jurídico estadounidense.

⁹⁵ Cfr. VILLAVORTA MANCERO, Luis Quintín, "Aspectos de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales (I)", en *Revista de Derecho Político*, núm. 71 e 72, enero-agosto de 2008, p. 654.

Un tercer eje de la dimensión objetiva de las normas de derechos fundamentales lo hallamos, tal y como hemos subrayado anteriormente, en la necesidad de establecimiento de formas de organización y la creación de reglas de procedimiento como instrumentos igualmente importantes para la garantía y realización de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que en muchas situaciones un derecho fundamental presupone para su efectivo ejercicio, incluso en iguales condiciones, la existencia de un previo entramado institucional.

Si, por un lado, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, como consecuencia de su proyección irradiante en todos los ámbitos jurídicos, presupone la aplicación directa de los derechos fundamentales y su comprensión no ya como meros programas, sino como derechos exigibles que no dependen de un previo desarrollo legislativo, no se puede negar, por otro lado, que, aunque no sea siempre indispensable para su aplicabilidad, se muestra necesario, en mayor o menor grado, un desarrollo de la organización y del procedimiento, para facilitar y racionalizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Al Estado, por lo tanto, se impone la obligación, que se deduce de su propia vinculación positiva a los derechos fundamentales, de garantizar una estructura organizativa y procesal y conformarla de tal modo que permita realizar y asegurar los derechos fundamentales eficazmente y, por lo tanto, que contribuya a su eficacia óptima.

La importancia de la organización y procedimiento se hace muy evidente en relación con derechos fundamentales que aseguran, por ejemplo, la libertad de reunión, de asociación y de medios de comunicación o la tutela judicial efectiva y garantías procesales constitucionales, incluso de carácter penal, que establecen el derecho al juez natural, la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas o el propio derecho al silencio y la no autoincriminación.

La configuración material de institutos jurídicos de derecho privado, como la propiedad, el matrimonio o la herencia, demuestra igualmente la importancia de la existencia de un conjunto básico de normas para la realización de los derechos

fundamentales que, incluso, permitirá una ordenación razonable del disfrute de un derecho sin amenazar por completo las libertades de los demás individuos⁹⁶.

De este modo, a través de la garantía del procedimiento y de la organización, se permite el reforzamiento de la dimensión material del derecho fundamental, en la medida que se concreta, desde la exigencia de interpretación de institutos y creación de trámites procesales conforme a los derechos fundamentales, una real y efectiva protección de posiciones subjetivas a las que el individuo tiene derecho.

Desde otra perspectiva, podrá exigirse además el establecimiento de mecanismos formales y materiales para la propia participación activa de los individuos en la organización y el procedimiento, lo que les permitirá, utilizándose de su *status activus processualis*⁹⁷, influir de modo decisivo en el proceso de toma de decisiones, en especial las que afecten a sus derechos fundamentales.

Además de promover la participación activa de los individuos, no se puede negar a los procedimientos una importante fuerza didáctica que permite que los interesados tanto directa como indirectamente, aprendan, por lo menos una parte considerable, del significado que puede desplegar toda la maraña jurídico-política en que están insertos⁹⁸.

Por lo tanto, se puede afirmar que las garantías institucionales o a la organización y al procedimiento pueden ser considerados como derechos a exigir del Estado tanto la emisión de actos legislativos y administrativos destinados a la creación de órganos y al establecimiento de procedimientos, como la adopción de medidas que garanticen a los individuos su efectiva participación en procedimientos o estructuras organizacionales ya existentes.

Es importante subrayar que la objetivación de los derechos fundamentales, en sus tres vertientes ahora mencionadas, debe ser concebida como expresión del

⁹⁶ Véase HESSE, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 103.

⁹⁷ Véase, al respecto, la obra de Peter Häberle que, entre sus grandes aportaciones para el Derecho, está el desarrollo de la teoría de los cuatro *status* – *status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* e *status activus civitatis* – de Georg Jellinek y la concepción de un quinto *status* – el *status activus processualis* – que traza una relación entre derechos, procedimiento y la propia legitimación del Estado.

⁹⁸ En este sentido, véase, a modo de ejemplo, HÄBERLE, Peter, "Teoria da Constituição sem Direito Natural", *op. cit.*, pp. 73-74, así como también *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*, Trad. Alessandro Fusillo y Romolo W. Rossi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, pp. 39-40.

reforzamiento de la eficacia normativa de los derechos fundamentales que, ordenando como decisiones axiológicas al Estado y a la sociedad, tiene como consecuencia final una mayor protección de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos, aunque en determinadas circunstancias podrá justificar algún tipo de limitación para su propia conformación según los intereses de la colectividad.

De hecho, se entiende que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales sólo revelaría fuerza normativa cuando fueran subjetivados de nuevo los derechos fundamentales, eso es, cuando todo el proceso de objetivación se encamina hacia el refuerzo de la tutela de los derechos subjetivos y de las situaciones a ellos inherentes⁹⁹.

Otro enfoque de la concepción jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, que de alguna manera se aleja de esta idea central, se halla en la primera oportunidad que el Tribunal Constitucional español se ha expresado sobre el tema¹⁰⁰.

Aunque construya un argumento que corresponde, de un modo general, a la doctrina alemana de la doble dimensión de los derechos fundamentales, a ejemplo de lo que ha experimentado en muchos otros ámbitos, por ser Alemania la referencia máxima en aquellos tiempos para la dogmática española¹⁰¹, el fallo acaba por revelar

⁹⁹ Véase, en este sentido, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, op. cit., p. 26, al subrayar la siguiente línea trazada por el Tribunal Constitucional Federal alemán entre el sentido jurídico-subjetivo y el sentido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales: “[E]n atención a su historia y a su contenido actual, los derechos fundamentales son, más que nada, derechos individuales, derechos humanos y derechos cívicos, que tienen por objeto la protección de concretos ámbitos de la libertad humana, en especial de los más amenazados. La función de los derechos fundamentales como principios objetivos radica en el incremento generalizado de su obligatoriedad, no obstante, tiene su origen en la subjetiva. Por eso, no se pueden desligar de su causa real e independizar un sistema de normas objetivas” (BVerGE 50, 290/337).

¹⁰⁰ STC 25/1981.

¹⁰¹ STC 25/1981, FJ5: “Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto)”.

que, en aquella ocasión, la dimensión objetiva no ha sido utilizada como forma de reafirmación de los derechos fundamentales en el marco de la propia normatividad del texto constitucional.

Ha sido una oportunidad para consolidar las competencias del Estado central y atribuye, a través del carácter objetivo de los derechos fundamentales, el fundamento de la unidad política. En la interpretación del Tribunal Constitucional español, los derechos fundamentales, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento y fundan un *status* jurídico-constitucional unitario para todos los españoles¹⁰².

Sin olvidarnos de los importantes desarrollos de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que han sido objeto de referencia en el presente trabajo, el contexto de su primera manifestación sobre el tema nos conduce a reflexionar sobre la alerta que hace el maestro PETER HÄBERLE de los peligros que conlleva la construcción de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales desde reflexiones abstractas¹⁰³.

No se puede, por lo tanto, asumir el riesgo de que, con la dogmática constitucional, se construya un “nuevo derecho natural” basado en una moral trascendente. Los valores jurídicos que los derechos fundamentales expresan deben atender a unas exigencias éticas revestidas de historicidad que evolucionan con la propia sociedad¹⁰⁴.

Por lo tanto, este sistema de valores que caracteriza a la Constitución no puede ser impuesto desde fuera con alguna pretensión de “validez apriorística”, sino todo lo

¹⁰² STC 25/1981, FJ5: *“En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”*.

¹⁰³ *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 9-10.

¹⁰⁴ En este sentido, el maestro Peter Häberle en su obra *“Teoria da Constituição sem Direito Natural”*, op. cit., p. 62.

contrario. Para poderse controlar subjetivismos y dañosas incertezas e inseguridades, los valores deben de ser comprendidos según el espíritu de la Constitución y de las exigencias que concretiza, que, no obstante, como consecuencia de esta obra en el tiempo que es el texto constitucional, deben ser actualizadas para que puedan permitir que su fundamento mayor, que es la dignidad de la persona humana, sea continuamente respetado y promovido¹⁰⁵.

Esta importante tarea de actualización se ve reforzada además por la necesaria interacción entre las dos dimensiones de los derechos fundamentales en una relación de remisión y complemento recíprocos¹⁰⁶.

Si, por un lado, la individualidad creativa de los individuos llena de vida al orden objetivo de valores en proceso de constante actualización, por otro, las decisiones axiológicas y los patrones de valor que emana este orden objetivo conceden “dirección y medida”, “garantía y seguridad” y “contenido y obligación” a la libertad individual¹⁰⁷.

Aquí acudimos una vez más a la lección del maestro PETER HÄBERLE cuando, de una manera muy gráfica, expone que, mientras que los ordenamientos objetivos se cristalizarían si no fueran continuamente enriquecidos por las fuerza creativas individuales, la espontaneidad del individuo se volvería ineficaz sin una estructura bajo la cual pudiera afirmarse y desarrollarse¹⁰⁸.

2.3 – LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dada la mencionada estructura abierta y, en gran medida, a la naturaleza de principios de las normas sobre derechos fundamentales, muchas fueron las teorías desarrolladas como un intento hermenéutico, desde perspectivas distintas de lo que se propone y busca proteger con los derechos fundamentales y como se ordena la relación entre individuo y Estado, para la concreción del contenido de cada derecho

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 9-10.

¹⁰⁶ HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 91.

¹⁰⁷ HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 189.

¹⁰⁸ *Idem, Ibidem.*

fundamental, así como también de la propia organización de los poderes públicos y de la sociedad en torno a su protección.

Sin tener el propósito que adentrarnos en el estudio de cada una de estas teorías, identificadas en cinco principales grupos (liberal, axiológica, institucional, democrático-funcional y social)¹⁰⁹, que tienen indudablemente el mérito de buscar sistematizar, con algo de racionalidad y coherencia, la interpretación en materia de derechos fundamentales, lo que más nos interesa en el momento es justamente subrayar que, ante el pluralismo y todos los valores, fines e intereses que abarca el Estado Constitucional, la unilateralidad de estas teorías se muestra inadecuada para afrontar las cuestiones de derechos fundamentales.

Solamente a partir de una perspectiva multifuncional, en una posible conjugación de la concepción material de cada una de las teorías, podremos reflexionar mejor sobre el papel de los derechos fundamentales en una comunidad política con el fin de ofrecer soluciones diferenciadas que dependerán en cada caso de los derechos fundamentales en cuestión.

Los derechos fundamentales revelan diferentes significados, bien sean como elementos de defensa, bien como factores de legitimación o promotores de igualdad, o bien como frenos y motores del Estado o instrumentos para la transformación de la sociedad. Por lo tanto, estos derechos no pueden ser comprendidos desde una unidireccionalidad, sino que han de ser percibidos como un haz de varias posibilidades.

Debido a esta pluridimensionalidad de su contenido, un mismo derecho fundamental podrá manifestar diferentes funciones y, en cada supuesto concreto, su ámbito de protección podrá oscilar según la función que esté llamado a desempeñar¹¹⁰.

¹⁰⁹ Véanse, al respecto, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 47-66; AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), op. cit., pp. 61-64; STERN, Klaus, *Derecho del estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; LANDA, César, "Teorías de los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 6, enero-junio de 2002, pp. 49-71.

¹¹⁰ Al respecto, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *Cambiar el pasado*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 138-139.

Además, hay que reconocer que la propia imagen del ser humano ha cambiado en la posmodernidad. Ahora es una persona socializada, a la vez que individualizada, con identidad y varios papeles en la sociedad. Para asegurar este sujeto plural, en toda su complejidad, los derechos fundamentales han de ser vistos desde una perspectiva igualmente múltiple¹¹¹.

Entre las varias funciones que los derechos fundamentales pueden representar, nos centraremos en la que consideramos más significativas. A continuación, expondremos rasgos generales de cada una de ellas.

2.3.1 – Las funciones de defensa, de prestación y de participación política

La función primera que se suele atribuir a los derechos fundamentales, incluso si están pensados en su contexto histórico, es la de protección del individuo frente a las injerencias de los poderes públicos y otros sujetos.

En realidad, los derechos de defensa se sitúan en el propio origen de los derechos fundamentales y, por lo tanto, ocupan un papel central en la cultura jurídica occidental, definiéndose prioritariamente como instrumentos de protección o salvaguarda de los individuos frente al Estado.¹¹²

Los derechos de defensa atribuyen una esfera de libertad en la que los individuos puedan desarrollarse con autodeterminación y, por lo tanto, establecer libremente su modo de vida, según sus concepciones, intereses y deseos personales.

Son, por lo tanto, derechos reaccionales o de rechazo de injerencias extrañas en el ámbito privado del individuo que le aseguran una competencia exclusiva para elegir, sin intromisiones, como ordenará su esfera privada.

¹¹¹ Véase LIMA MARQUES, Claudia y MIRAGEM, Bruno, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 125.

¹¹² Véase, al respecto, DÍEZ PICAZO, Luís María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 43, así como también STERN, Klaus, *Derecho del estado de la República Federal Alemana*, op. cit., al señalar que “no es sorprendente que el contenido garantizado de los derechos de defensa se sitúe en el medio de los esfuerzos de la dogmática de los derechos fundamentales”.

Los derechos de defensa garantizan una libertad al individuo para poder optar, desde su autodeterminación, entre las múltiples alternativas de acción. Como consecuencia de esto se impone a los demás un deber de abstención o de tolerancia¹¹³, prohibiendo intromisiones indebidas en el espacio de libertad individual, y exigiendo, por lo tanto, que el poder del Estado se abstenga, en la medida de lo posible, de intervenir tanto en la vida económica y social, como en los ámbitos personales de cada individuo¹¹⁴.

Además, conceden a los individuos la prerrogativa de hacer valer este ámbito de libertad protegido. En este segundo aspecto, conllevan, pues, dos vertientes de la libertad: una positiva y otra negativa¹¹⁵. Así, en su vertiente positiva se concede a los individuos la facultad de ejercer los derechos fundamentales reconocidos, y en la negativa se les da el poder de exigir, incluso judicialmente, una conducta omisiva de los demás, de manera que se eviten o reparen lesiones en su esfera vital de autodeterminación.

Los derechos de libertad se imponen al Estado en una otra doble dimensión para determinar ya sea una conducta negativa para que se abstengan de eliminar determinadas posiciones jurídicas o bien un deber positivo de mantener las normas necesarias para la plena efectividad de aquellos derechos fundamentales que exigen, para su vigencia óptima, un entramado jurídico-institucional dado¹¹⁶.

No obstante, los derechos fundamentales en esta función primaria no implican una total y completa exclusión del Estado, sino que determinan que su actuación se dará según determinadas condiciones y presupuestos de carácter material o procedimental, de modo que una agresión al ámbito de libertad del individuo sólo se concretará, dando

¹¹³ En este sentido, AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁴ Véase VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁵ Al respecto, nos remitimos a FARRELL, Martin D., "Libertad Negativa y Libertad Positiva", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, enero-abril de 1989, pp. 9-20.

¹¹⁶ ALEXY, Robert, *La teoría de los derechos fundamentales*, pp. 189-194.

causa a la invalidez del acto estatal, cuando no sean atendidas las exigencias constitucionales¹¹⁷.

Como ya se ha señalado, los derechos de defensa, como derechos a acciones negativas de los poderes públicos o, en otra perspectiva, como deberes de abstención impuestos al Estado, no se han mostrado de por sí suficientes para asegurar el pleno desarrollo de la autodeterminación del individuo ni le han permitido el ejercicio efectivo de las libertades que le son atribuidas.

Cabe subrayar que las libertades de los individuos ya no pueden ser garantizadas en su plenitud solamente con la imposición de un deber abstención, pues, para alcanzarse un modo de vida fundado en la dignidad y autonomía, el individuo depende de unas condiciones de base que muchas veces no están a su alcance.

La libertad que ahora nos interesa ya no es la “libertad abstracta” que basta con una mera proclamación formal, sino la “libertad concreta” que, va más allá de una función de policía que asegure el libre ejercicio de los derechos, y que exige al Estado intervenir con medidas de planeamiento socio-económico para equilibrar las fuerzas del mercado y promover condiciones iguales de libertad¹¹⁸.

Es importante subrayar que cuanto mayor atención presta el Estado al desarrollo de sus individuos, asumiendo obligaciones de hacer de tipo prestacional, tanto mejor podrá asegurar el postulado básico de protección de la libertad fundamental de los mismos respecto al Estado¹¹⁹.

Así pues, ya no se cuida simplemente de asegurar una libertad frente al Estado, sino de poder beneficiarse de una libertad a través del Estado, de modo que, tal como he señalado anteriormente, surge para el Estado un deber de organizarse de forma que haga viables los presupuestos mínimos, sean sociales, económicos o culturales, para que

¹¹⁷ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 158.

¹¹⁸ Véase VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 61.

¹¹⁹ La idea aquí expresada tiene inspiración en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303, 330).

los individuos puedan, en la práctica, valerse de su esfera individual para definir libremente los cursos de acción a emprender.

Superado el ideal liberal de los derechos fundamentales como meros derechos de libertad frente al Estado, surgen, pues, los derechos a prestaciones que imponen a los poderes públicos una exigencia de hacer algo que, en sentido estricto, consiste en una acción fáctica de prestar un servicio o poner a disposición del titular del derecho un bien, mientras que, en un sentido más lato, incluirá el deber de tomar medidas de carácter normativo como las garantías institucionales o el derecho a la organización y al procedimiento.

Así los derechos de libertad sólo serán efectivos si se sustentan en la garantía de derechos sociales a prestaciones positivas. De la misma forma, sin la satisfacción de estos, también los derechos políticos, que a continuación analizaremos, estarán destinados a permanecer en el papel, pues, como nos enseña LUIGI FERRAJOLI, no existe participación en la vida pública sin la garantía de mínimos vitales, es decir, de derechos a la supervivencia, ni existe formación de voluntad consciente, sin educación e información¹²⁰.

Nos centraremos, en este momento, en los derechos de prestación en sentido estricto, una vez que los derechos a la organización y al procedimiento, incluidas las garantías institucionales, han sido objeto de análisis en el apartado anterior como expresión de la vinculación positiva objetiva de los poderes públicos.

Los derechos prestacionales en sentido estricto, muy estrechamente relacionados al ideal del Estado social, asignan a los poderes públicos una tarea de posibilitar la inclusión de los miembros de la comunidad en los distintos subsistemas sociales, esto es, en el mercado, en la educación, en la cultura, para que alcancen las condiciones existenciales necesarias para el ejercicio de las libertades en situaciones más equitativas.

En este sentido, los derechos a prestación determinan al Estado la creación, la distribución, o incluso, la mejora o redistribución de los bienes materiales para que,

¹²⁰ Véase “Democracia constitucional y derechos fundamentales: la rigidez de la Constitución y sus garantías”, en AAVV (Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso, Manuel Atienza Rodríguez), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2008, pp. 71-116.

compensadas las desigualdades sociales e implementados los presupuestos para una igualdad material, se pueda posibilitar el ejercicio real y efectivo de las libertades.

Un aspecto que problematiza los derechos a prestaciones, hasta el punto de saber si tienen una fuerza jurídica similar a los clásicos derechos de libertad, son los costes sociales a ellos asociados, unidos, además, a la escasez de recursos económicos a disposición de los Estados.

Con ello, los derechos a prestaciones en sentido estricto, entendidos como exigencias destinadas a crear los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio de un determinado derecho, quedan sometidos a la “reserva de lo posible”¹²¹, de modo que revelan posiciones *prima facie* que dependen, para su concreción en derecho definitivo, de la existencia de los recursos materiales necesarios para la satisfacción de las necesidades económicas, sociales y culturales de los individuos.

Sin embargo, se debe tener en consideración que si, por un lado, el Estado tiene que administrar y ejecutar sus políticas públicas con recursos escasos, no ampliables a voluntad, por otro, no se puede negar a los individuos lo esencial para asegurarles una existencia con dignidad.

La realización de los derechos fundamentales a prestaciones materiales no puede ser concebida como dependiente exclusivamente de la disponibilidad real de recursos financieros por parte del Estado. Por lo tanto, hay que rechazar una posible construcción dogmática de la cláusula de lo posible, que conlleve a una interpretación en el sentido de que los derechos sociales se den sólo cuando exista disponibilidad financiera.

¹²¹ La “reserva de lo posible” es una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la cual tendría sido invocada, por primera vez, en 1972, en el mencionado caso *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303), cuando al analizar los procesos sobre la admisión a los estudios de medicina en las universidades de Hamburgo y Múnich, ha decidido de la siguiente forma: “*En tanto que los asociados tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran sin embargo, bajo a reserva de lo posible en el sentido de que lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. [...] La ley Fundamental – como en repetidas ocasiones ha subrayado el Tribunal Constitucional Federal con relación al derecho fundamental de la libertad general para actuar – decide sobre la tensión individuo-sociedad en el sentido de la vinculabilidad y de la sujeción a la sociedad de la persona; el individuo debe aceptar por tanto aquellas restricciones a su libertad para actuar que el legislador, para la protección y promoción de la vida social en comunidad, prevé dentro de los límites de lo razonable, siempre y cuando se garantice la independencia de la persona*”.

De este modo, corresponderá al Estado, por más que siempre esté sometido a límites presupuestarios para el cumplimiento de sus tareas sociales, ordenar sus decisiones administrativas y conformar las políticas públicas de manera que garantice a cada uno el mínimo existencial digno, es decir, las condiciones materiales esenciales que aseguren a los individuos tanto su existencia física, como la posibilidad de mantener relaciones interpersonales y participar en la vida social, cultural y política¹²².

Un concepto igualmente importante que se asocia a los derechos prestacionales, además de su sometimiento a la “reserva de lo posible”, es la prohibición de retroceso social.

Aunque se pueda entender que tal prohibición esté limitada a aspectos relacionados con el contenido esencial de un derecho prestacional, nos parece importante, sobre todo en tiempos de crisis en que se cuestionan las conquistas sociales, reconocer que, una vez obtenido un grado de concreción fáctica de los derechos prestacionales, el resultado alcanzado gozaría de una protección directa del texto constitucional que vincularía a los poderes públicos, de modo que se impidiesen involuciones en áreas importantes como la salud, la educación y la seguridad social.

En otra perspectiva, con la superación de la concepción de los derechos fundamentales exclusivamente como derechos públicos subjetivos de resistencia, la idea de protección de un individuo aislado en su moralidad privada se reforma en términos de solidaridad y justicia para atribuir a los derechos fundamentales también una función social, lo que implica repensar las relaciones y los conflictos de derecho privado y, por ende, presupone un cambio de paradigma en la interpretación y conformación de derechos de cuño individualista como es, por antonomasia, el de propiedad.

Por otro lado, todas las transformaciones sociales y económicas vividas en los tiempos remotos de la expansión de la industrialización acaban por demostrar que la

¹²² En este sentido, ha sentenciado el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Hartz-IV* (BVerfGE 75, 348, 360). Al respecto, véase GÓMEZ ORFANEL, Germán, “La dignidad de la persona en la *Grundgesetz*”, en AAVV (Ricardo Chueca Dir.), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 53-79.

concepción liberal originaria de los derechos fundamentales, desde el punto de vista democrático, se revela igualmente insuficiente.

El ideal de que la construcción de la voluntad general estaría reservada a unos pocos ilustrados se hunde, pues, en las palabras del maestro PETER HÄBERLE: “tanto la democracia de la libertad necesita del ciudadano político, como el propio ejercicio libre y consciente de estas libertades es elemento clave para el reforzamiento de la democracia”¹²³.

El reconocimiento de esta necesaria dimensión democrática de los individuos presupone, además, que pasen a ser vistos como quien, al mismo tiempo, ordena y obedece. Por lo tanto, ya no están vinculados por un Derecho impuesto desde fuera, sino por un Derecho creado con su participación¹²⁴.

Con ello, se atestigua un ensanchamiento del público político y la previsión en los textos constitucionales de derechos fundamentales de participación política como forma de tutela y promoción de la prerrogativa asegurada a todos los individuos de tomar parte de modo activo en los asuntos políticos y, sea directamente o a través de representantes elegidos, sea mediante el desempeño de una función pública o al exigir responsabilidades a los gobernantes, poder ser un actor importante en un proceso libre y abierto de conformación de la voluntad estatal.

Cabe señalar que los derechos fundamentales democráticos se concretan en posiciones típicas de los derechos prestacionales en su sentido más extendido de exigir de los poderes públicos garantías institucionales, así como también la creación de un procedimiento y la existencia de un entramado jurídico que permitan establecer condiciones concretas para la participación política de los individuos¹²⁵.

Por otro lado, la participación política de los individuos se ve reforzada con una extensión del principio democrático a los ámbitos de los derechos de defensa, en especial los relacionados a las libertades de reunión, asociación, información y

¹²³ *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 20.

¹²⁴ Véase, al respecto, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, op. cit.*, p. 77.

¹²⁵ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 330-332.

expresión, que pasan a ser interpretados y concretados como espacios de acción importantes para que los individuos, desde la autodeterminación, puedan participar libremente del proceso de deliberación política¹²⁶.

De este modo, los derechos de participación política, además de exteriorizar un carácter prestacional al presuponer una mínima infraestructura fáctica y jurídica, también exigen, para la conformación de un sistema político verdaderamente democrático, la existencia de espacios de acción no obstaculizados o amenazados por terceros¹²⁷.

En este sentido, cobra importancia la conclusión de que, en la medida que los derechos fundamentales también están encaminados a conformar un sistema de organización de vida política y social con la participación libre y autónoma de todos los individuos, "la democracia pasa a constituir tanto una condición como una garantía de los derechos fundamentales y, en general, de la propia libertad del hombre"¹²⁸.

¹²⁶ Interesante aquí mencionar que, desde la dimensión democrática de los derechos fundamentales, se ha desarrollado la tesis de prioridad de las posiciones jurídicas de libertad encaminadas a la formación de una opinión pública democrática y libre que, frente a otros derechos de igual rango jerárquico que vengan a coincidir, tendrán un mayor peso en la ponderación. Véase, a modo de ejemplo, la STC 336/1993, FJ 4: "[N]o cabe olvidar que la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto requiere que se tenga en cuenta la posición prevalente -aunque no jerárquica- que respecto al consagrado en el art. 18.1 C.E. ocupan los derechos a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión del art. 20.1 C.E. cuando su ejercicio tiene lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido, dado que éstos constituyen no sólo libertades individuales de cada ciudadano sino también la "garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático" (STC 240/1992, fundamento jurídico 3º, con cita de las SSTC 104/1986, 171/1990, 172/1990, 40/1992 y 85/1992). Pues como se ha dicho por este Tribunal en anteriores resoluciones "para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas" (SSTC 159/1986, fundamento jurídico 6º y 20/1990, fundamento jurídico 4º). De lo que se sigue, como también se ha declarado por el Tribunal, que cuando su ejercicio es conforme con el ámbito que la Constitución protege, los derechos reconocidos en el art. 20.1 d) C.E. alcanzan entonces "su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información" (SSTC 107/1988, fundamento jurídico 2º y 240/1992, fundamento jurídico 3º)".

¹²⁷ En este sentido, véase LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 52, 1983, pp. 23-44.

¹²⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 56.

2.3.2 – La función contramayoritaria

Los derechos fundamentales, en cuanto límites al poder público, así también como elementos orientadores y promotores de las políticas públicas, que, además, abren paso a la participación cívico-activa de los individuos, buscan, en las tres vertientes analizadas de defensa, prestación y participación política, conformar una relación libre, justa y democrática entre individuo y Estado.

Actúan, pues, como verdaderos factores de legitimación del poder del Estado, con lo cual todo ejercicio de poder que no tenga entre sus objetivos la protección y promoción de los derechos fundamentales o que a ellos sea contrario será necesariamente ilegítimo.

De algún modo, este ideal ya se verificaba en las declaraciones de derechos, más específicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecía que la finalidad de cualquier asociación política es justamente la protección de sus derechos.

No obstante, el desarrollo del constitucionalismo con la asunción de la normatividad o supremacía de las Constituciones ha supuesto un cambio importante en la comprensión del Derecho y de la democracia y, sobre todo, de cómo los derechos fundamentales pasarían a estructurar esa relación de modo que junto con otras bases pudiesen confirmar su función legitimadora.

Como hemos señalado en la primera parte de este capítulo, el constitucionalismo experimentado desde la segunda posguerra, somete al Estado y a la sociedad a una norma fundamental superior, a una jurisdicción constitucional y a un sistema de controles que establece vínculos formales y sustanciales con los poderes públicos, sustrayendo de la autonomía política y, por tanto, de la decisión mayoritaria ciertas parcelas de poder delimitadas básicamente por los derechos fundamentales.

En este sentido, los derechos fundamentales, inmunizados con la fuerza normativa que les dota las constituciones rígidas, constituyen garantías negativas o contrapoderes

frente a la mayoría, ya que ni siquiera los representantes democráticamente elegidos pueden apropiarse de ellos.

La democracia, en este nuevo contexto, se identifica ahora con la esfera de lo decidible o de lo indecidible conforme a los derechos fundamentales, es decir, pasa a ser legítimamente ejercida solamente si está vinculada a las delimitaciones y orientaciones mayores que imponen los derechos fundamentales¹²⁹.

A fin de cuentas, la democracia de por sí no constituye un aseguramiento eficaz de la libertad e igualdad. Es el dominio de personas sobre personas, susceptibles a las tentaciones del abuso de poder y, por lo tanto, debe ser guiada por valores superiores, identificados particularmente con los derechos fundamentales¹³⁰.

En el lenguaje gráfico de RONALD DWORKIN, los derechos fundamentales, en una clara metáfora tomada del juego de naipes, serían cartas de triunfos frente a los poderes políticos¹³¹.

Aunque la expresión acuñada deba ser matizada y quizá reinterpretada a la luz de la idea de la Constitución normativa de la segunda posguerra, constituye una potente metáfora que en este trabajo será utilizada en contexto distinto de lo original y, por tanto, no desde la lógica liberal de salvaguardia de los derechos individuales y de la autodeterminación de los individuos ante razones colectivas del bien común que una mayoría pretendiera imponer, sino como categorías que, dotadas de una carga axiológica y una tal fuerza normativa, vinculan a todos y se imponen frente a los designios transitorios de una mayoría determinada.

En esta perspectiva, no basta con estructurar la limitación del legislador y el control de los poderes públicos, a través de la jurisdicción constitucional, desde una concepción procedimental del reforzamiento representativo, como lo hace JOHN HART

¹²⁹ Véase, al respecto, también FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, pp. 23 y ss.

¹³⁰ En este sentido, véase HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 235.

¹³¹ Cfr. *Levando os direitos a sérios*, pp. X-XV de la introducción del libro, así como también del mismo autor, "Rights as trumps", en AAVV (J. Waldron Org.), *Theories of Rights*, Oxford, 1984.

ELY, para la defensa de las minorías únicamente cuando no estén adecuadamente representadas en el escenario político-parlamentario¹³².

El reconocimiento de la dignidad humana como principio fundamental del orden jurídico, más allá del ideario liberal en el cual la doctrina norteamericana sienta sus bases, nos lleva a trazar una tesis paralela según la cual cada individuo, aunque manifieste ideales e ideologías con poca adhesión social, tiene el derecho de efectivamente participar en el proceso democrático, y contar con el mismo respeto y consideración que los grupos mayoritarios reciben en la formación de la voluntad general.

Un Estado y una Sociedad, contruidos desde los cimientos de la dignidad humana que prohíben concebir a cualquiera como objeto de la actividad estatal, se dotan de los mecanismos materiales y procesales que permiten que en este proceso de conformación política la opinión de los grupos minoritarios sea considerada tan importante, como la que expresa la mayoría.

Por lo tanto, se reconocen los derechos fundamentales como verdaderas “fuerzas de resistencia”¹³³ que permiten el funcionamiento de una sociedad abierta a las alternativas, que no se basa en verdades absolutas, sino que conforma la realidad desde el juego plural del consenso y del disenso.

En este sentido, el maestro PETER HÄBERLE expresa que la teoría de la constitución debe ser una teoría de las y para las alternativas y, en cuanto tal, debe crear, mantener y perfeccionar institutos, procesos e instrumentos que impidan, por un lado, los monopolios de información y, por otro lado, posibilite el concurso de ideas, argumentos e intereses distintos para el funcionamiento de una sociedad abierta¹³⁴.

Asimismo, existe la concepción que entiende la constitución como un proceso público en construcción que, con una adecuada labor hermenéutica, la garantía de los

¹³² Véase *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. Sobre la tesis desarrollada por John Hart Ely, véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 228 y ss.

¹³³ Al respecto, REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 49.

¹³⁴ “Teoria da Constituição sem Direito Natural”, Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, en *RDU*, Porto Alegre, Vol. 12, núm. 66, 2015, pp. 54-77.

derechos fundamentales y la propia fuerza creativa que de ellos se desprende en su práctica diaria, incluso conflictiva y divergente, da el paso a cambios que podrán suponer incluso la posibilidad de que la minoría se convirtiese en mayoría¹³⁵.

No obstante, la mediación entre los grupos mayoritarios y minoritarios, sobre todo con el fin de garantizar el funcionamiento en términos razonables del sistema político democrático, y la propia desobstrucción de los canales de participación política, no deben resumir el papel de la jurisdicción constitucional.

Aunque tal concepción tenga una irrefutable importancia para que todos los grupos, incluso aquellos que defiendan posiciones marginales o más débiles, tengan asegurada su participación, en condiciones de igualdad frente a la mayoría en la formación de la voluntad general, la jurisdicción constitucional no debe limitarse a corregir las distorsiones del sistema democrático.

Debe pautarse, además, en torno a unos principios materiales, concretados en gran parte por los derechos fundamentales, indisponibles a la mayoría justamente para hacer realidad los propósitos mayores de la dignidad y del desarrollo de la persona humana en una intersubjetividad entre igualdad, libertad y solidaridad.

La jurisdicción constitucional imprime fuerza normativa al texto constitucional, cuyo elemento central quizá sea la protección y promoción de los derechos fundamentales que, al limitar los excesos de poder y dictar directrices de actuación, fortalece, aunque de una manera contraria a la mayoría o justamente por serlo, el modelo de Estado democrático y constitucional de Derecho, incrementando, desde valores como la dignidad humana, el pluralismo y la libertad en igualdad, la propia calidad deliberativa de los procesos políticos.

De esta forma, los derechos fundamentales como triunfos deben, pues, conducir a una interpretación de los derechos fundamentales como posiciones jurídicamente fuertes, que ya no están a disposición del legislador, sino que le vinculan a través de un

¹³⁵ En este sentido, véase HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 20-23.

deber general de respeto, protección y promoción para la realización de mandatos constitucionales superiores.

Así pues, un Estado que se estructura y conforma su actuación, desde la primacía de la persona, y reclama para sí la denominación de Estado democrático y constitucional de Derecho deberá imponer trabas, no sólo procedimentales, sino materiales, para que los poderes públicos, y en especial el legislador, aún representando democráticamente la voluntad de una mayoría, no impongan sacrificios o limitaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales, impidiendo así que estos derechos inicialmente revestidos con el manto legitimador de la democracia, se transformen luego en arbitrio y despotismo.

La indisponibilidad de los derechos fundamentales como barreras más que morales, que limitan y conforman la decisión democrática, es consecuencia, además, de las exigencias que surgen de la propia normatividad de las Constituciones de la segunda posguerra y de la fundamentalidad jurídica que se asigna a los derechos fundamentales, que, además de suponerlos indisponibles a la voluntad de la mayoría, se les reconoce como unos patrones de actuación que ninguna mayoría podrá dejar de satisfacer.

2.3.3 – La función de actualización

Aunque la función contramayoritaria de los derechos fundamentales pueda ser considerada una forma de retirarlos del “comercio político”¹³⁶ y, por lo tanto, de mantenerlos fuera del alcance de la voluntad de la mayoría con un propósito mayor de poner límites a las generaciones presentes para que no eliminen opciones de las generaciones futuras, cabe subrayar que el texto constitucional es una obra en el tiempo que permite una apertura a los cambios, aún teniendo presente la necesaria protección generacional.

¹³⁶ Véase MOREIRA, Vital, “Constituição e Democracia”, en AAVV (Antonio G. Moreira Maués Org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 272.

La sociedad, que otorga vida a la norma constitucional prioritariamente en la forma de los derechos fundamentales, siempre ofrece más posibilidades de las que los constituyentes pudieron pensar, de forma que la Constitución se presenta como un proceso abierto, dinámico, conflictivo¹³⁷, en el que la fuerza normativa que se reconoce a los derechos fundamentales constituirá tanto un elemento de estabilización, como un importante instrumento de desarrollo jurídico-social.

En este sentido, los derechos fundamentales, como parte estructurante del proceso público en construcción, vivido en concreto por individuos y grupos muy diversos, con sus igualmente distintas aspiraciones, intereses y perspectivas, deben someterse a los cambios históricos, o incluso, proporcionarlos como forma de preservar y/o demostrar la normatividad del texto constitucional.

Una comprensión invariable o inmutable de los derechos fundamentales, tal cual fue plasmada originariamente por el constituyente, reflejará siempre la situación político-social o la concepción ético-jurídica de que emergió el texto constitucional, lo que acabará por petrificar las normas constitucionales que, al contrario de lo que uno pueda pensar, no conducirá a un refuerzo de su protección, sino a todo lo contrario.

Al no tener en cuenta los cambios sociales que mientras tanto se han producido, los derechos fundamentales ya no podrán hacer frente a los peligros y necesidades del momento, y a largo plazo dejarán de cumplir, su función de tutela de las expectativas subjetivas individuales no siendo ya capaces de ordenar la realidad, ya que esta escapa al contenido que les ha sido inicialmente atribuido.

Por lo tanto, entender los derechos fundamentales como triunfos, en el sentido que hemos propuesto anteriormente, no puede tener como consecuencia cerrar del todo el texto constitucional hacia el futuro e impedir que el debate político-jurídico se construya con las nuevas alternativas que el cambio histórico nos proporciona.

Ya nos enseñaba RUDOLF SMEND, en clave científico-espiritual, que la Constitución, como orden jurídico de un proceso público de integración en permanente

¹³⁷ Véase, al respecto, HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 36-38.

actividad, debe ser entendida de modo igualmente dinámico para asegurar continuamente la convivencia política¹³⁸.

De hecho, la Constitución es un proyecto inacabado que ha de ser visto como un proceso de permanente interconexión entre presente y pasado para la reafirmación continua de un proyecto político-social basado en la idea nuclear de respeto a la dignidad humana.

Los retos que la ciencia y la tecnología nos imponen y el propio crecimiento cultural de las sociedades exigen que integremos progresivamente estas realidades en el texto constitucional y, por tanto, que comprendamos los derechos fundamentales en “un proceso evolutivo de permanente reviviscencia”¹³⁹ para hacer frente a las nuevas exigencias.

Así pues, los valores fundamentales de la existencia humana, que han de influir en los propios derechos fundamentales, deben ser aprehendidos jurídicamente según las circunstancias de cada momento para que la dignidad sea continuamente respetada y promovida¹⁴⁰.

En este sentido, la dignidad y los compromisos que de ella derivan de asegurar el desarrollo de la autodeterminación de los individuos, el ejercicio de la libertad en igualdad y unas dadas condiciones para su bienestar presupone una tarea de protección y promoción de los derechos fundamentales mediante una interpretación abierta al futuro y sensible a las nuevas exigencias y concepciones de realidad que el paso del tiempo nos impone para que se mantengan efectivos en su propósito de tutela de las posiciones subjetivas, así como también de impulso y conformación de todo el orden jurídico.

El mandato constitucional de la dignidad humana asume, asimismo, una potencialidad orientadora no sólo de actualización de los derechos fundamentales

¹³⁸ Sobre la teoría de la integración smendiana, que será más adelante bosquejada, véase *Constitución y Derecho Constitucional*, Trad. José María Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

¹³⁹ La expresión es de Rudolf Smend, en la ya citada obra “Constitución y Derecho Constitucional”, que, no obstante, la utiliza en relación con el concepto de Estado, entendido por él no como una totalidad inmóvil, sino como expresión de un entramado espiritual en constante transformación y renovación.

¹⁴⁰ Véase BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 126.

positivados en el texto constitucional, sino también de la propia apertura material del catálogo de derechos fundamentales, funcionando, pues, como un criterio material para la acogida o reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos fundamentales no expresamente enunciados¹⁴¹.

Por otro lado, la comprensión de la constitución, como propugna el maestro PETER HÄBERLE, desde una teoría de y para alternativas y de un pensamiento de posibilidades en el pluralismo, exige entenderla como algo vivo, en continua construcción, abierta a las innovaciones y, por lo tanto, que también se puede regenerar en este proceso evolutivo para justamente permitir su conformación como norma del Estado y de la sociedad a lo largo de los años.

La propia superación de la idea de Constitución como norma fundamental de la organización jurídico-política del Estado para comprenderla como norma que también estructura la sociedad nos permite, además, aceptar que, en cuanto tal, no podrá estar desconectada de la realidad social y, con ella, establecerá una necesaria relación dialéctica que exigirá que el texto constitucional se defina de nuevo con cada contradicción enfrentada para mantenerse como estímulo dinámico a la transformación.

En este contexto, los derechos fundamentales, en cuanto principios dotados de flexibilidad, asumen un papel importante como válvulas de apertura del texto constitucional a diferentes posibilidades, y como instrumentos de oxigenación de las normas constitucionales según las exigencias y concepciones cambiantes. Por lo tanto, actúan como motores del proceso público en su continua construcción en el tiempo.

En las palabras de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, al referirse a la tesis desarrollada por el maestro alemán PETER HÄBERLE sobre una teoría de la constitución sin derecho natural, mencionada en el apartado anterior de este trabajo y aquí también

¹⁴¹ Véase HÄBERLE, Peter, "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en AAVV (Ingo Wolfgang Sarlet org.), *Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, pp. 89-154, así como también REIS NOVAIS, Jorge, *A dignidade da pessoa humana*, op. cit., p. 75.

utilizada como necesaria referencia, “los derechos fundamentales serían los vehículos y los manantiales de las innovaciones y de las alternativas”¹⁴².

No obstante, la vertiente actualizadora de los derechos fundamentales, aunque inexorable para mantener su eficacia bajo supuestos de cambio, no puede dar paso a cambios frívolos o apresurados y permitir una adaptación sin reservas a las circunstancias de cada momento con el fin de convertirlos. De lo contrario, como advierte con propiedad KONRAD HESSE en el contexto de la Constitución ante el cambio histórico, los derechos fundamentales ya no serían pauta de las circunstancias, sino que serían éstas las que pasarían a actuar como parámetro de su contenido¹⁴³.

De este modo, para defender los derechos fundamentales de una invocación oportunista de su función de actualización es preciso ejercerla con prudencia en una aplicación conjugada del principio de la esperanza (*Ernst Bloch*) y del principio de la responsabilidad (*Hans Jonas*) para que, desde las exigencias históricas, culturales e incluso científico-naturales positivadas en el propio texto constitucional, se pueda avanzar en la construcción del texto constitucional con el cuidado debido, teniendo el pasado y presente como referencia para el futuro¹⁴⁴.

Asimismo, la propia dignidad humana, como fundamento de todo el edificio jurídico en que se funda el Estado Constitucional y el mandato constitucional que vincula a todos, actuará como importante vector hermenéutico. Será estímulo, pero también actuará como límite que orientará los márgenes de apertura y actualización de los derechos fundamentales para que, en esta función, reflejen y sean reflejados los valores supremos protegidos por la Constitución.

¹⁴² *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 107.

¹⁴³ “Constitución y Derecho Constitucional”, en AAVV (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde Orgs.), op. cit., p. 9.

¹⁴⁴ En este sentido, véanse las siguientes obras del maestro alemán Peter Häberle: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Pluralismo y Constitución, Estado Constitucional*, así como también *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1998.

2.3.4 – La función de no discriminación

La consagración de la dignidad humana, como principio jurídico que vincula toda la actuación estatal en la segunda posguerra, y como elemento fundante de todo el orden jurídico o incluso como derecho fundamental autónomo, conduce a concebir el Estado como un instrumento que existe para servir a las personas. Por lo tanto, deberá, por un lado, asegurar y promover su autodeterminación, libertad y bienestar y, por otro, tener la idea del respeto y de la igual consideración de los intereses de cada individuo como guía de actuación¹⁴⁵.

Surge, con ello, la comprensión de que los derechos fundamentales asumen una función inherente de no discriminación en tanto en cuanto derechos de defensa, que garantizan, como antes he señalado, una esfera de libertad en la que los individuos puedan desarrollarse con autodeterminación y, por lo tanto, establecer libremente su modo de vida, según sus concepciones, intereses y deseos personales, y también como derechos prestacionales, que imponen a los poderes públicos la consecución de los presupuestos materiales para que todos los individuos puedan acceder a unas mismas condiciones de trato y oportunidad.

No obstante, los derechos fundamentales, en esta concepción, no tienen la misión de allanar las diferencias y servir como elementos igualadores de todas las personas. La diversidad es elemento clave en el marco de un Estado y una sociedad que se estructura desde el pluralismo y, como ya ha sentenciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no debe ser vista como amenaza, sino como enriquecimiento¹⁴⁶.

En este sentido, el compromiso con la dignidad humana debe ser interpretado como instrumento para aceptar que cada persona es única y, por consiguiente, debe reconocerse a los derechos fundamentales, en este ámbito, la función de limitar y orientar a los poderes públicos en aras de controlar y eliminar las desventajas o

¹⁴⁵ Al respecto, REIS NOVAIS, Jorge, *A dignidade da pessoa humana, op. cit.*, pp. 50 y ss.

¹⁴⁶ Véase, a modo de ejemplo, los casos Makhashev y otros c. Rusia (§ 153) e M. y otros c. Italia (§ 176). Al respecto, véase PERALES, Ascensión Elvira, “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AAVV (Ricardo Chueca director), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental, op. cit.*, pp. 197-234.

injusticias que puedan derivar de la pluralidad para que cada individuo, a su manera, pueda tener las condiciones mínimas para desarrollar plenamente sus potencialidades.

Hablar, pues, de la conformación de los derechos fundamentales en torno al principio de igualdad¹⁴⁷ y dotarles de un carácter eminentemente no discriminatorio no significa construir la uniformidad, sino garantizar que las idiosincrasias y perspectivas del mundo de cada persona sean respetadas, cohibiendo los perniciosos estereotipos sociales y los prejuicios culturales que segregan, marginan y descalifican por el simple hecho de no ajustarse a unos patrones preestablecidos.

Los derechos fundamentales en este ámbito desempeñan dos principales tareas en la protección de los grupos más vulnerables, aunque no necesariamente minoritarios, combatiendo por un lado la discriminación de los que son diferentes y por otro impulsando la creación de condiciones de equivalencia para compensar las desigualdades de oportunidades derivadas del trato discriminatorio.

De este modo, los derechos fundamentales deberán ser motores tanto de normativas como de políticas públicas destinadas a impedir el trato desigual injustificado y a eliminar, incluso a través de acciones afirmativas y el establecimiento de cuotas, los obstáculos que impidan un acceso paritario a las distintas oportunidades, sean académicas, laborales, culturales o sanitarias, que la vida en comunidad debe proporcionar a todos, independiente del género, de la religión, de la raza o etnia, de las ideologías, de la orientación sexual o de cualquier tipo de discapacidad.

No se trata de imponer una mera prohibición de la arbitrariedad a los poderes públicos, como se suele deducir del principio de igualdad de trato¹⁴⁸, sino de orientar la interpretación de las normas e institutos jurídicos conforme a el principio de igualdad, y determinar así conductas direccionadas hacia la idea de una igualdad proporcional como medio de parificación.

¹⁴⁷ Sobre el tema, véase, a modo de ejemplo, RODRIGUES CANOTILHO, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

¹⁴⁸ Véase, a modo de ejemplo, CERDÁ MARTÍNEZ PUJALTE, Carmen M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50/51, pp. 193-218.

Así pues, al determinar que se trate de modo igual a quienes se hallan en idéntica situación y de modo desigual a quienes están en situación distinta, la función no discriminatoria de los derechos fundamentales permite lograr una igualdad material tanto de oportunidades como de resultados, asegurando un trato justo y equitativo al permitir el libre desarrollo de los individuos de cara a su efectiva participación en los procesos productivos o sociales, y promoviendo un acceso igualitario a los bienes protegidos por los derechos fundamentales y, como consecuencia, a una calidad de vida semejante con condiciones equiparadas para la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos.

Cabe subrayar que la propia eficacia irradiante de los derechos fundamentales en todos los ámbitos jurídicos exige, en una especie de “filtro constitucional”¹⁴⁹, la conformación de todas las relaciones, incluidas las que se desarrollan entre particulares.

Los derechos fundamentales funcionan como el *Leitmotiv* (Erik Jayme) o el motivo guía del derecho posmoderno para que también el derecho privado, vinculado a un nivel superior de respeto a la persona humana y de lealtad en las relaciones sociales, sea instrumento de inclusión social, de protección de determinados grupos vulnerables y de combate al abuso de poder, sea económico o familiar¹⁵⁰.

En este contexto, cobra importancia la eficacia horizontal de los derechos fundamentales para que, además de imponer límites y dictar orientaciones a los poderes públicos, pueda también conformar las relaciones entre particulares y hacer frente a las prácticas discriminatorias, tanto directas como indirectas, que dominan de forma preocupante los ámbitos privados¹⁵¹.

¹⁴⁹ El termo filtro constitucional ha sido utilizado en Brasil en el periodo posterior a la proclamación de la Constitución de 1988, en una fase llamada de la “dogmática de la efectividad, para instar el compromiso de todos los profesionales del Derecho con el texto constitucional cuando aplicaran la legislación infraconstitucional como forma de garantizar su fuerza normativa en un momento que los sectores más conservadores sustentaban no existir condiciones políticas, económicas y jurídicas para la realización del nuevo texto constitucional. Sobre el tema, véase SCHIER, Paulo Ricardo, *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre, SAFE, 1999.

¹⁵⁰ Véase, al respecto, LIMA MARQUES, Cláudia y MIRAGEM, Bruno, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, op. cit., pp. 120-126.

¹⁵¹ Para una reflexión sobre el asunto, véanse de la misma autora “El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 16, 2009, pp. 103-146, así como también la ya citada tesis doctoral de Mariana Rodrigues Canotilho. Sobre la diferenciación entre los conceptos de discriminación directa e indirecta,

Por otro lado, cabe señalar que, hoy en día en que se atestigua con preocupación que los nacionalismos, la xenofobia y el rechazo a todo que no sea usual ganan otra vez fuerza, la tolerancia surge como elemento clave para el rescate del carácter intersubjetivo de la dignidad humana y la promoción del respeto mutuo, así como también de una conciencia colectiva de que en la actualidad, como expresión máxima del pluralismo, todavía es el tiempo del derecho a la diferencia, del derecho de ser y permanecer diferente¹⁵².

En este sentido, es de extrema importancia fomentar en nuestro día a día la práctica de la tolerancia para que volvamos a tener la referencia al otro (*Du-Bezug*) y para garantizar la libertad de ser diferente en las mismas condiciones de oportunidad y respeto que los grupos dominantes.

2.3.5 – La función de integración

En 1928, RUDOLF SMEND, como parte de un intenso debate instaurado en Alemania a finales de la República de Weimar conocido por *Methodenstreit*, nos introducía, con la obra *Verfassungs und Verfassungsrecht*¹⁵³, su teoría de la integración.

En la teoría smendiana, el Estado no constituye una totalidad inmóvil, sino una expresión de un entramado espiritual en constante transformación y renovación. Es una realización cultural y, como una realidad de las ciencias del espíritu, es fluida, necesitada de renovación y desarrollo, y debe ser puesta continuamente en duda. Se aleja, pues, de una visión absoluta y abstracta del Estado y la asocia con el individuo para concluir

aunque en un contexto más relacionado con el trato desigual por razón del sexo, véase la STC 145/1991, FJ 2.

¹⁵² En este sentido, véase LIMA MARQUES, Cláudia y MIRAGEM, Bruno, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, op. cit., al citar el pensamiento de Erik Jayme, p. 195.

¹⁵³ Para la versión española, se puede consultar el texto en la colección de escritos del autor intitulada *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 37-245. Sobre la teoría la integración, véanse, a modo de ejemplo, LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., así como también BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, comunicación presentada en la Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional en la sede de la UNED, Madrid, el 16 de noviembre de 2007, disponible en «http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf».

que la realidad estatal no se basa en un contrato social, consensuado en un momento dado, sino que es parte de un proceso de integración que se desarrolla a partir del individuo y en el individuo¹⁵⁴.

Este proceso de integración, que RUDOLF SMEND comprende como parte de una acogida y asimilación permanente de los miembros en una comunidad, puede estructurarse tanto formal como materialmente¹⁵⁵.

Mientras que la integración formal puede darse por razones de orden personal a través de la figura de los líderes o por instrumentos procesales como, por ejemplo, las marchas militares, las manifestaciones públicas o las propias elecciones o votaciones de todo tipo, la integración material se vincula a la idea del Estado como base para la consecución de objetivos comunes o de unos valores sustantivos que conlleva a la propia creación de un sentido comunitario a través de la participación de los individuos en este proceso de contenido axiológico¹⁵⁶.

Para RUDOLF SMEND, la integración material, que es la que nos interesa especialmente señalar en esta parte del trabajo, se produce, por un lado, de modo institucional por medio de los símbolos políticos y, por otro, sustantivamente por la Constitución, más específicamente, por los derechos fundamentales que constituyen, en sus palabras, “un sistema de valores concreto”¹⁵⁷ en la medida que normativizan un conjunto de valores que son vividos como comunes por la comunidad.

Pese a que ha sido construida en un momento histórico concreto de una Alemania de entreguerras inmersa en un caos político y en el que imperaban las concepciones positivo-formalistas de Estado y Constitución y, por lo tanto, ha sido pensada incluso como forma de construir una imagen de unidad de esta Alemania¹⁵⁸, la teoría de la

¹⁵⁴ Véase “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 61-65.

¹⁵⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁵⁶ *Idem*, pp. 70-106.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 232.

¹⁵⁸ Interesante aquí mencionar un fragmento del citado libro de Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, p. 262, que contextualiza en pensamiento de SMEND de la siguiente forma: “la integración estatal sirvió como aparato metodológico y conceptual para combatir el positivismo dominante y como función constante, renovadora y recreadora de las condiciones estructurales para que el individuo, sintiéndose ciudadano de una res publica, superadora de la crisis, pudiera recuperar su dignidad y operatividad, en la medida que

integración smendiana ha dado paso al importante proceso de objetivación de los derechos fundamentales, ya analizado anteriormente, y mantiene su actualidad en lo tocante al factor cultural de integración que atribuye a los símbolos políticos¹⁵⁹ y a los derechos fundamentales en cuanto representación de un conjunto de valores sustantivos.

Amparados en la enseñanza de RUDOLF SMEND, entendemos que los derechos fundamentales actualmente son llamados a desempeñar una función integradora en dos posibles vertientes.

Por un lado, es necesario tomar como punto de partida la comprensión que la simple normativización de los derechos fundamentales, como consagración de valores supremos de un ordenamiento jurídico-constitucional, no supone la existencia de una unión de los individuos en torno al proyecto político-social que se busca conformar.

La unión no es algo dado, sino que es algo que ha de ser construido, de modo que la eficacia integradora de los derechos fundamentales, como representación de este “sistema de valores concreto”, sólo puede ser sentida si son puestos en práctica y reafirmados y actualizados cada día. El simple acto de plasmar en el texto constitucional una serie de derechos, libertades y garantías no promueve de por sí ni la cohesión social entre los propios individuos ni la integración en la comunidad en la que se insertan.

La unidad de una comunidad política dada es el resultado de un proceso de participación activa y consciente en la conformación de la realidad estatal y, para ello, es esencial la realización diaria de los derechos fundamentales para que los individuos, más que “tener” una Constitución, puedan “estar” en esta Constitución y “contar” con esta Constitución¹⁶⁰.

desarrollase su personalidad, mediante el reconocimiento de sus derechos humanos repletos de contenido”.

¹⁵⁹ Sobre los símbolos políticos y su importancia para la construcción de la identidad de un pueblo o de una comunidad, véanse, a modo de ejemplo, HÄBERLE, Peter, *Nationalflaggen: Bürgerdemokratische Identitätselemente und Internationale Erkennungssymbole*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008; *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013; así como también *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätslemente des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987.

¹⁶⁰ Al respecto, nos remitimos a LUCAS VERDÚ, Pablo, “Tener y Estar en Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 75-76, mayo-diciembre 2009, pp. 275-285.

De este modo, este lazo de unión, se fomenta, se forma y se renueva al concretarse los valores sustantivos que los derechos fundamentales informan. De lo contrario, serían palabras vacías de contenido que dan poco sentido a la vida en comunidad.

Es en la vivencia diaria, a través de su efectivo ejercicio o de la propia conflictividad ante los tribunales y las distintas instancias públicas que su incumplimiento conlleva, que se fomentará un sentimiento de arraigo y que traerá como consecuencia la integración de los individuos en su Estado y sociedad.

Cada vez que las libertades son respetadas y promovidas, a cada vez que es asegurada la participación de todos grupos en los procesos políticos y sociales, a y cada vez que la arbitrariedad es evitada o rechazada, los individuos pasan a vivir con intensidad estos valores sustantivos de que nos habla RUDOLF SMEND.

Con ello, los individuos, aunque sus ideales sean minoritarios y su condición social sea vulnerable, se sienten protagonistas de este proyecto en construcción que es la Constitución, lo perciben como algo justo y, por lo tanto, se ven preparados para adherirse políticamente a este proceso.

Por otro lado, los derechos fundamentales, al dirigirse a toda una colectividad, revelan también una importante carga de integración popular, ya que confieren a los miembros de esta comunidad un *status* material único.

Los derechos fundamentales, además de configurar un sistema cultural, eran igualmente vistos por RUDOLF SMEND como constituyentes de un sistema nacional que convertía a los distintos individuos en un pueblo, con referencia a sí mismo, así como también respecto a otros pueblos¹⁶¹.

En este sentido, los derechos fundamentales revelan su eficacia integradora como instrumentos de interconexión entre los individuos, permitiendo la creación de vínculos comunes al dotarles de un sentimiento de grupo.

¹⁶¹ Véase "Constitución y Derecho Constitucional", *op. cit.*, pp. 230-231.

Los derechos fundamentales garantizan una posición básica idéntica a todos y, de este modo, posibilitan dar unidad, pero no una rigurosa uniformidad, a los derechos y obligaciones de los individuos en una comunidad dada.

Así pues, los derechos fundamentales posibilitan, desde esta perspectiva, una identificación recíproca entre los individuos, de modo que cada uno, en su singularidad, pueda percibirse en el otro, conformando un grupo, plural, y diferenciado, pero que comparte elementos en común y forma parte de un mismo proyecto político-social.

3 – ACERCA DEL REGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como conclusión del primer capítulo del presente estudio, nos adentraremos en el análisis del régimen jurídico de los derechos fundamentales y abordaremos, desde una perspectiva comparada, las aportaciones más importantes de las doctrinas alemana, española, portuguesa y brasileña sobre el tema, las principales cuestiones en torno a los titulares y destinatarios, la limitación, delimitación y concretización, así como también los instrumentos de tutela de los derechos fundamentales en la teoría general de cuño estatal.

3.1. – SUJETOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las normas de derechos fundamentales van dirigidas a una pluralidad de sujetos, que pueden ser reunidos en dos grandes grupos: el primero, el de los que se benefician de sus disposiciones o y el segundo el de los que a ellas se vinculan.

Por parte de los sujetos activos, antes de definir quiénes son los titulares de los derechos fundamentales y afrontar las cuestiones atinentes a los extranjeros y a las personas jurídicas, expondremos en términos generales la problemática del ejercicio de los derechos fundamentales en torno a los conceptos del inicio y fin de la vida.

Por otro lado, el análisis de los sujetos pasivos, como destinatarios obligados, nos exigirá reflexionar sobre en qué medida las normas de derechos fundamentales despliegan su eficacia sea frente al Estado sea entre los particulares.

3.1.1 – Los beneficiarios de los derechos fundamentales

a) La titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales

El derecho fundamental necesita un sujeto, alguien que lo sustente, necesita un titular que dispone en general de dos capacidades: la titularidad y el ejercicio.

Surge, pues, la necesidad de definir, en un primer momento, quién puede ser titular de los derechos fundamentales, es decir, quién será el sujeto activo de un derecho fundamental para después analizar las ocasiones en que las dos capacidades mencionadas no coinciden dándose los supuestos en que el titular de un derecho fundamental y aquel que podrá ejercerlo no recaen en una misma persona.

Cabe subrayar que la propia fundamentalidad interna que se atribuye a los derechos fundamentales con la normatividad de las Constituciones y su carácter de norma jurídica suprema, que ha posibilitado, como antes hablábamos, la autonomía de su validez frente a unos presupuestos previos iusrationales, abre también paso para afrontar los problemas que plantean la protección de derechos fundamentales del *nasciturus* o de las personas fallecidas y el propio reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, privadas e incluso públicas¹⁶².

Para afrontar las cuestiones relativas a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, debemos tener en cuenta, aunque de un modo general, los conceptos de capacidad jurídica iusfundamental y de capacidad de obrar iusfundamental.

La capacidad jurídica iusfundamental, como consecuencia de la inviolabilidad de la dignidad humana, se refiere a una potencialidad, esto es, a una aptitud abstracta y genérica que atribuiría a todos los individuos, por el simple hecho, de serlo la condición de ser titular de derechos fundamentales¹⁶³.

Por otro lado, la capacidad de obrar iusfundamental se vincula a una atribución concreta de los derechos fundamentales, o sea, a una aptitud plena para el disfrute de estos derechos que condiciona su pleno goce o ejercicio directo a la existencia de unos requisitos personales o temporales dados, de suerte que conlleva a una distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales¹⁶⁴.

¹⁶² Véase, en este sentido, AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., pp. 30-33.

¹⁶³ Al respecto, AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., pp. 84-87.

¹⁶⁴ *Idem, Ibidem.*

De este modo, mientras la titularidad de los derechos fundamentales exige una previa existencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, por su vez, no condiciona el reconocimiento del individuo como beneficiario de un derecho fundamental en la medida que su falta podrá ser suplida por otro sujeto¹⁶⁵.

Así sucede, por ejemplo, con los menores de edad o incapaces que, pese a que les es reconocida la titularidad de derechos, no reúnen unas condiciones suficientes para ejercerlos y defenderlos directamente y han de actuar en el mundo jurídico a través de un intermediario¹⁶⁶.

Por lo tanto, como no poseen la capacidad de obrar en su plenitud, los menores e incapaces necesitan que un tercero, en la condición de representante o tutor, intervenga en su nombre como garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales que les son atribuidos.

Antes de adentrarnos en las cuestiones específicas de la titularidad de los derechos fundamentales relativas a la extranjería y a las personas jurídicas, aspecto igualmente problemático que exige reflexión, surge la propia discusión en torno al comienzo y final de la personalidad jurídica, sobre todo de las personas físicas, en tanto que se ha de determinar la posibilidad de atribuir la titularidad de derechos fundamentales al *nasciturus* o su mera protección, en una especie de ultra actividad de los efectos de algunos de los derechos disfrutados en vida, a las personas fallecidas.

Si, por una parte, el debate sobre si se reconoce o no a los fallecidos la condición de titular de derechos fundamentales es menos controvertido, ya que los distintos órdenes jurídicos suelen coincidir en que la capacidad jurídica termina con la muerte y, por lo tanto, que no se debe considerar la tutela *post mortem* que se puede ofrecer como resultante de la titularidad de un derecho fundamental por parte de las personas fallecidas, sino como un mero perdurar de los efectos de algunos derechos fundamentales, en especial los relacionados a la personalidad, más allá de la muerte,

¹⁶⁵ Véase GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Sanz y Torres, 2015, pp. 173-177.

¹⁶⁶ En este sentido, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 72 y ss.

por otra parte, la discusión en torno al inicio de la vida y, como consecuencia, sobre si el propio *nasciturus* es o no titular de derechos fundamentales parece algo interminable.

Mientras que en algunos países la protección que se concede al no nacido resulta de la dimensión objetiva de algunos de los derechos fundamentales, como se observa, a modo de ejemplo, en España¹⁶⁷, en otros, como Alemania, la cuestión sobre la titularidad jurídico-fundamental del *nasciturus* no ha sido tajantemente definida por el Tribunal Constitucional y, por lo tanto, abre paso a comprensiones tanto favorables a la posición del *nasciturus* como titular de derechos, como las que reconocen que, antes del nacimiento con vida, predomina una situación de mera protección jurídica objetiva¹⁶⁸.

Interesa citar un tercer grupo de países, en el que se incluye Brasil, que se alinea más claramente a la posibilidad de protección del *nasciturus* en cuanto titular de derechos fundamentales¹⁶⁹.

En Brasil, a diferencia de lo establecido en las normas civiles argentinas o peruanas que vinculan el inicio de la personalidad jurídica al momento de la concepción¹⁷⁰, la personalidad jurídica, como en España y Portugal¹⁷¹, es reconocida a los nacidos con vida, pero desde la concepción pone a salvo los derechos del *nasciturus*, de modo que a los no nacidos se les atribuiría una personalidad jurídica condicional¹⁷².

De este modo, en el ordenamiento brasileño, además de beneficiarse de una tutela general resultante de la cláusula constitucional de protección de la vida, el *nasciturus*, es sujeto de derechos desde la concepción, cuyos efectos, en lo que respecta

¹⁶⁷ Al respecto, véanse AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op.cit., pp. 87; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, op. cit., pp. 175-177.

¹⁶⁸ BVerfGE 39, 1/41 y BVerfGE 88, 203/251. Sobre el tema, véase PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, op. cit., pp. 38-39.

¹⁶⁹ Véase, a modo de ejemplo, AAVV (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero), *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Editoria Revista dos Tribunais, 2012, pp. 308- 310.

¹⁷⁰ Código Civil argentino (art. 70) y el Código Civil peruano (art. 1º).

¹⁷¹ Código Civil portugués (art. 66, n. 1º) y el Código Civil español (art. 30).

¹⁷² Código Civil brasileño (art. 2º). En sentido contrario a la tesis de la personalidad condicional aquí expresada, nos remitimos a la teoría conceptualista de la personalidad jurídica que se posiciona a favor de una personalidad jurídica plena del *nasciturus*. A modo de ejemplo, véanse AMARAL, Francisco, *Direito Civil: introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny A., *Tutela Civil do Nascituro*, São Paulo, Saraiva, 2000.

únicamente a los derechos patrimoniales, se consolidan, no obstante, con el nacimiento con vida¹⁷³.

b) Los extranjeros y los ciudadanos de la Unión Europea

La nacionalidad, que es el vínculo jurídico-político que une de modo permanente un individuo a un determinado Estado, es la condición para que uno pueda ser titular sin ninguna excepción de los derechos establecidos por el ordenamiento estatal y los ejerza en condiciones de absoluta igualdad¹⁷⁴.

No obstante, la dignidad humana, erigida como fundamento de todo el orden jurídico-político, presupone el principio de la universalidad de los derechos fundamentales, según el cual toda persona, independientemente del vínculo jurídico-político que ostente, merece la protección reforzada de un Estado como forma de asegurar el libre desarrollo de su personalidad y la promoción de su autodeterminación.

De este modo, la titularidad de los derechos fundamentales sería atribuida a todos, incluso a los que no ostentan la nacionalidad de un Estado, pero se encuentran en él por ser su residencia habitual o por una estancia de turismo, negocios o estudios transitoria.

A los extranjeros, residentes o no en un determinado territorio, se le deben, por lo tanto, garantizar, al margen de determinadas hipótesis excepcionales, el gozo de los derechos fundamentales, en especial los que guardan relación directa con la dignidad de la persona, que son atribuidos a la persona en cuanto tal y no como ciudadano.

Así pues, con clara excepción de los derechos de participación política y acceso a determinados cargos y funciones públicas o el derecho a la entrada y residencia en un país, más estrechamente relacionados al concreto vínculo jurídico-político que el

¹⁷³ Sobre el tema, véanse CHAVES DE FARIAS, Christiano, ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, Vol. 1, Salvador, Editora JusPodium, 2016, pp. 306-315; PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe, *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, Vol. 1, Salvador, Editora JusPodium, 2015, pp. 115-128; AAVV (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes), *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 2014, pp. 6-11.

¹⁷⁴ Véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

individuo mantiene con el Estado, es reconocido un núcleo de derechos que corresponden por igual a los nacionales y a los extranjeros como garantía máxima de la inviolabilidad de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad¹⁷⁵.

Situación distinta es la que gozan los ciudadanos de la Unión Europea cuando ejercen la libertad de circulación y residencia entre los distintos Estados miembros.

Por fuerza de la prohibición general de discriminación impuesta por el Derecho de la Unión Europea¹⁷⁶, se les reconoce un *status* singular que les asegura una amplia protección jurídico-fundamental idéntica a la ofrecida a los nacionales del Estado miembro donde se encuentren.

Por lo tanto, los europeos oriundos de los demás Estados miembros de la Unión Europea no deben ser considerados como simples extranjeros, sino como conciudadanos a quienes, no obstante, sería permitido un trato diferenciado únicamente en lo que respecta al derecho al sufragio, fuera de los supuestos previstos en el Derecho de la Unión Europea,¹⁷⁷ o al acceso a cargos y funciones que comporten ejercicio de autoridad pública.

Una tendencia algo preocupante que se percibe en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como reflejo de la propia crisis económica que se vive de forma más evidente desde 2008, es la casi equiparación de la situación de los ciudadanos inactivos económicamente de la Unión Europea a la de los inmigrantes de terceros Estados en materia de concesión de prestaciones y beneficios sociales de carácter no contributivo¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Al respecto, véanse, entre otras, las SSTC 115/1987, 94/1993, 116/1993, 242/1994 y 236/2007.

¹⁷⁶ Tratado de la Unión Europea – TUE (art. 9) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE (art. 18).

¹⁷⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE (arts. 20 y 22).

¹⁷⁸ Ejemplo expresivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este sentido es el Asunto Dano (C-333/13). Como contrapunto, véanse el Asunto Trojani (C-456/02) y el Asunto Brey (C-140-12) en los que el TJUE todavía centraba su análisis en la situación de los ciudadanos e interpretaba la Directiva 2004/38 de forma a reforzarla como instrumento para el efectivo ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión Europea a la libre circulación y residencia en el territorio de los distintos Estados Miembros, lo que permitía, aunque de un modo indirecto, la tutela de derechos sociales a los ciudadanos europeos en condiciones mínimas de igualdad. Sobre el tema, véase, a modo de ejemplo, RODRIGUES CANOTILHO, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

En este sentido, en lo que respecta a la ciudadanía social, se pasa a permitir, en un claro viraje restrictivo del TJUE y como resultado de presiones de los Estados miembros contra el llamado turismo social, una desigualdad de tratamiento entre los ciudadanos de la Unión Europea y los nacionales del Estado miembro de acogida, que pone en jaque tanto al principio de no discriminación en razón de la nacionalidad, protegido desde siempre en el ámbito de la Unión Europea, como al derecho de igualdad de sus ciudadanos.

c) Las personas jurídicas

En un primer y somero análisis, los titulares de los derechos fundamentales serían, por antonomasia, las personas naturales en la medida en que constituyen un estatuto jurídico básico con intereses individuales a defender, intereses estos destinados a promover el pleno desarrollo de la personalidad humana y su autodeterminación. Basta con citar fragmentos de algunos textos constitucionales en el título referente a los derechos fundamentales: “los hombres y mujeres” (art. 3.1, LFB); “todos los alemanes” (arts. 8.1, 11.1, 11.2, entre otros, LFB); “a todos y a todas” (art. 9.3, LFB); “nadie” (arts. 3.3, 12.1, 16..1, entre otros, LFB); “los españoles”(arts. 12, 14, 19, entre otros, CE); “el hombre y la mujer” (art. 32, CE); “nadie” (arts. 16.2, 25.1, 33.3, entre otros, CE); “hombres y mujeres” (art. 5º, I, CF/88), “ningún brasileño” (art. 5º, LI, CF/88), “nadie” (art. 5º, II, III, VIII, entre otros, CF/88), “todos” (art. 5º, XVI, XXXIII, LXXVIII, entre otros, CF/88).

Sin embargo, negar que los grupos, y no sólo las personas físicas que los componen, puedan gozar de capacidad iusfundamental por argumentos de índole meramente gramatical sería una interpretación precipitada y, sobre todo, equivocada de los textos constitucionales antes citados.

La propia Ley Fundamental de Bonn (art. 19.3) y la Constitución portuguesa de 1976 (art. 12.2) contienen cláusulas expresas que aseguran también a las personas jurídicas la titularidad de los derechos fundamentales.

Cierto es que los entes colectivos carecen de la noción propia de la dignidad humana atinente a las personas naturales. Por falta de una existencia física, las personas jurídicas no tienen integridad física ni salud, no contraen matrimonio ni tienen hijos, pero aspectos relacionados con el nombre, la imagen, la autodeterminación informacional o la libertad de expresión se muestran igualmente relevantes para el libre desarrollo de sus actividades, de modo que también a las personas jurídicas se les puede reconocer derechos de personalidad.

Además, los derechos que corresponden a las actividades económicas o científicas, al ejercicio de las profesiones, a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, se revelan igualmente importantes para la constitución y el funcionamiento de las personas jurídicas.

De este modo, los entes colectivos han de disfrutar únicamente de aquellos derechos fundamentales que sean compatibles con su propia naturaleza, de modo que la titularidad de los derechos fundamentales que se les reconozca no operará en los mismos términos ni con la misma amplitud que se le asegura a las personas físicas.

No se trataría, por lo tanto, de una equiparación general de las personas jurídicas a las naturales, sino más bien de una limitación de la titularidad de los derechos fundamentales, en tanto en cuanto las personas jurídicas sólo podrán gozar de la protección de aquellos derechos que de alguna forma atañan a la persecución de los fines para los cuales fueron creadas¹⁷⁹.

Por otro lado, tampoco se podría reconocer en abstracto una capacidad *iusfundamental* a las personas jurídicas. Su condición de titular de derechos fundamentales necesita ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental, pues, como ya ha afirmado el Tribunal Constitucional español, “no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental

¹⁷⁹ En este sentido, véase MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 235-236.

considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta”¹⁸⁰.

Así pues, en lo que respecta a las personas jurídicas, no sólo se reconoce que a ellas se extienden únicamente los derechos fundamentales que, por la naturaleza tanto de los fines a que se proponen como del propio derecho fundamental en concreto, sean susceptibles de ser ejercidos por ellas, sino también que incluso el contenido del derecho fundamental que disfruten podrá variar y revelar una extensión más acotada de la que gozan las personas físicas.

Un aspecto quizá más controvertido de la atribución de la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas es la que concierne a los entes colectivos de derecho público.

Si consideramos, por un lado, que a través del reconocimiento de la titularidad de algunos derechos fundamentales a las personas jurídicas se busca no sólo proteger los legítimos intereses de las mismas, sino posibilitar, aunque de modo indirecto, una mayor protección de los individuos y, por otro, que las personas de derecho público se vinculen a los mismos, podríamos concluir rechazando la posibilidad de que éstas ostenten derechos fundamentales, que históricamente han sido reconocidos justamente como límites y protección frente a los poderes públicos.

No obstante, sería posible identificar, aunque sin desvirtuar las funciones propias de los derechos fundamentales, algunos supuestos específicos en los que a los entes colectivos de naturaleza pública también podría serles reconocida la titularidad de determinados derechos fundamentales.

En especial habríamos de considerar los derechos fundamentales de carácter predominantemente procesal que garantizan la tutela judicial efectiva, de modo que no sufran indefensión o se les deniegue injustamente el acceso a los tribunales.

Por otro lado, también han de ser tutelados derechos de corte material como, por ejemplo, los relacionados con la autonomía universitaria, la libertad científica, la

¹⁸⁰ STC 139/1995, FJ 5.

propiedad, la comunicación social o la libertad de radiodifusión como forma de permitir una buena prestación de servicios de interés público a la comunidad y garantizar el propio pluralismo político a través de una opinión pública libre, o incluso, la participación de los individuos en el proceso público de ejercicio de poder, del que son expresión las personas jurídicas de derecho público, y no como instrumento para meramente hacer valer sus potestades administrativas o sus privilegios exorbitantes de derecho público.

Otros problemas jurídicos se presentan con relación a la titularidad de derechos fundamentales por grupos sin personalidad jurídica o determinadas colectividades, como, puede ser, por un lado, la familia, al exigir la protección en demandas relativas al derecho a la sucesión, y, por otro, los pueblos o grupos étnicos, al merecer la tutela y las eventuales reparaciones de su honor, como es el caso de la comunidad judía¹⁷⁹.

A diferencia de lo que sucede a otros colectivos dotados de una personalidad jurídica parcial, tales como los grupos parlamentarios o los comités de empresa, a los cuales se les han reconocido la titularidad de los derechos fundamentales en condiciones similares a las que gozan las personas jurídicas, no cabría atribuir de modo general, a pesar de la existencia de precedentes jurisprudenciales sobre la materia, la condición de titular de derechos fundamentales a cualesquiera grupos sin personalidad jurídica¹⁸¹.

De todos modos, es importante tener siempre en cuenta que hablar del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas y demás colectividades sin personalidad jurídica es, en realidad, hacer real y efectivo el libre desarrollo de los individuos en sociedad, esto es, posibilitar su plena participación en la comunidad¹⁸².

Así pues, en las siguientes palabras del Tribunal Constitucional español, se muestra evidente que el reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas se enmarca en la imposibilidad de concebir la tutela de

¹⁸¹ Véase, al respecto, AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., p. 90.

¹⁸² En este sentido, *Idem*, p. 88.

los derechos fundamentales sólo cuando el individuo actúe aislado, exigiendo su protección también cuando el individuo, estableciendo contactos sociales, actúa de forma colectiva:

“Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo [...], sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social”¹⁸³.

3.1.2 – Los obligados por los derechos fundamentales

a) Los poderes públicos

Como consecuencia de la tradicional concepción liberal de las relaciones entre los individuos y el Estado, la obligatoriedad de los derechos fundamentales se impone prioritariamente al poder público.

De este modo, los derechos fundamentales, desplegando una eficacia vertical, directa e inmediata, sujetan el ejercicio del poder y vinculan al legislador, a la

¹⁸³ STC 139/1995, FJ 4.

administración y a los tribunales que han de conformar su actuación, tal como antes señalado, según los valores superiores que los derechos fundamentales expresan.

Ya no son meros principios programáticos, cuyo incumplimiento no conlleva sanciones según se observaba en los tiempos de la República de Weimar, sino verdaderos derechos subjetivos, directamente aplicables y exigibles, que crean obligaciones de carácter tanto negativo como positivo al Estado, que ahora, de un modo más amplio y general, queda sujeto a los derechos fundamentales en todos sus ámbitos de actuación, aun cuando opere bajo el derecho privado o a través de entes colectivos de derecho privado con facultades de *imperium*¹⁸⁴.

El sometimiento de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales supone no sólo omisiones de su parte, sino también actuaciones concretas orientadas a la protección y a la promoción de los derechos fundamentales, de modo que todos los entes estatales han de guiarse por un fuerte compromiso de garantizar el respeto a los derechos fundamentales, así como también de crear los sustratos sociales y jurídicos necesarios para su plena efectividad.

Además de prohibir, como expresión de la vinculación negativa a los derechos fundamentales, que actúen de modo atentatorio al sentido y finalidad de las normas de derechos fundamentales, los poderes públicos, por otro lado, se ven obligados, según la vertiente positiva de tal vinculación, a tomar decisiones jurídico-políticas siempre en el sentido de la concretización y realización de los derechos fundamentales¹⁸⁵.

Cualquier acto del poder público debe tener a los derechos fundamentales como fundamento y obligada referencia en una especie de deber general de conferirles la máxima eficacia posible y, de este modo, una realización concreta como consecuencia

¹⁸⁴ Sobre el tema, que los autores alemanes suelen llamar de una huida de la administración estatal al derecho privado (*Flucht in das Privatrecht*), véanse, a modo de ejemplo, PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, op. cit., pp. 51-53, así como también MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 295-297.

¹⁸⁵ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., pp. 325 y ss.

de la propia subordinación de todos a la Constitución que, en su normatividad, exige que todos se muevan dentro de los derechos fundamentales¹⁸⁶.

La aplicabilidad directa y la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, unida a la dimensión axiológica que les es reconocida, como expresiones de las innovaciones constitucionales de gran calado que supuso la manifestación de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales y el propio constitucionalismo de la segunda posguerra que analizamos en las primeras partes de este capítulo, no dejan duda alguna de que los derechos fundamentales vinculan de modo obligatorio a los poderes públicos, funcionando, pues, como postulados sociales, y sirviendo a su vez de inspiración, impulso y directriz para la legislación, la administración y la jurisdicción.

Los poderes públicos, en todas sus dimensiones, aparecen ahora como destinatarios directos de los derechos fundamentales, es decir, como sujetos obligados por la continua necesidad de hacerlos eficaces en el tiempo y en el espacio, de tal modo que han de tomar jurídicamente en serio los derechos fundamentales y basarse en la lógica de su efectividad, creando y manteniendo los presupuestos elementales para una vida en libertad y digna.

En la medida en que el sistema de los derechos fundamentales se estructura en una unidad orientada a la defensa y promoción de la dignidad de las personas en cuanto individuos libres, dotada, además, de una superioridad normativa formal y material como expresión del propio principio de constitucionalidad, la validez de las leyes y de todos los demás actos estatales dependerá de su conformidad material con la norma constitucional que consagra un derecho determinado¹⁸⁷.

La fuerza jurídica inmediata que se reconoce a las normas de derechos fundamentales presupone, por lo tanto, una vinculación jurídico-material de todos los entes públicos a sus mandatos, que los obligan a respetar los límites y prohibiciones que

¹⁸⁶ Véase GOMES CANOTILHO, J. J., *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 363/483, citando la obra de Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*.

¹⁸⁷ Al respecto, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 193-195.

imponen, a la vez que a ejecutar tareas y políticas públicas para la promoción y realización de los intereses superiores que expresan.

Los poderes públicos, en todas sus esferas, no son más que poderes jurídicamente sometidos, en sentido tanto material como funcional, a los valores, tareas y fines constitucionales que subordinan directamente la actividad administrativa, legislativa y judicial, de modo que deberán actuar creando, interpretando, aplicando o controlando actos legislativos o tomando medidas ejecutivas concretas, siempre en conformidad con los derechos fundamentales, so pena de recaer en vicios de inconstitucionalidad, incluso por omisión.

Todo el sistema jurídico-político de un Estado deberá estructurarse en torno a un objetivo mayor de respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales para que se pueda realizar el deber constitucional de otorgar a las normas de derechos fundamentales la máxima efectividad.

Así pues, la vinculación de los órganos estatales a los derechos fundamentales promueve una verdadera fundamentalización de la propia organización de las instancias legislativa, ejecutiva y judicial y de todos los procedimientos que adopten, de modo que han de funcionar siempre a la luz de los derechos fundamentales que pasan a constituir su necesario parámetro material, determinando y direccionando las decisiones de todos los poderes públicos.

b) Los particulares

Además de los poderes públicos, también los particulares son considerados sujetos vinculados a la fuerza jurídica de los derechos fundamentales, concepción adoptada expresamente incluso por el constituyente portugués.¹⁸⁸

Reconocer una eficacia horizontal (*Drittwirkung*), o mejor, una vinculación en las relaciones entre particulares a los derechos fundamentales no niega del todo la

¹⁸⁸ Constitución de la República Portuguesa (art. 18.1): “Los preceptos constitucionales que respectan a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas”.

autonomía privada o la libertad negocial, sino que supera una lógica liberal de los derechos fundamentales únicamente como garantía y protección de las libertades del individuo frente al poder estatal para concebir la existencia hoy en día de relaciones sociales cada vez más complejas, en las que los propios particulares surgen como opresores de las libertades y derechos de los demás, de tal modo que muchas de las relaciones jurídico-privadas se convierten en relaciones de poder análogas a las que los individuos establecen con los órganos estatales.

Por tanto, considerando que los individuos no se encuentran aisladamente en una relación contrapuesta al Estado, sino que se insertan en la sociedad, ya no basta con pensar los derechos fundamentales como mera salvaguardia del individuo contra intromisiones del poder público – el *imperium* –, revelándose necesario pensarlos también como barreras frente a los poderes sociales y económicos – el *dominium* – de grupos particulares que afectan intensamente a los individuos en su vida cotidiana, todo ello con el fin de reequilibrar las relaciones privadas y hacer real el compromiso máximo de todos con la inviolabilidad de la dignidad humana y el pleno desarrollo de la personalidad.

Admitida, pues, la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares en términos generales, y teniendo en cuenta la propia condición de la Constitución como norma jurídica suprema que vincula a todos – particulares o poderes públicos – cabe, no obstante, reflexionar para una correcta comprensión del tema, sobre cómo y de qué forma opera la vinculación de los derechos fundamentales en la esfera privada.

Considerando los propósitos de la presente investigación analizaremos, de modo somero, las teorías de la eficacia mediata o indirecta (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) y de la eficacia inmediata o directa (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), así como también en qué medida la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales afecta a las relaciones privadas horizontales, es decir, entre individuos en condiciones de igualdad y no sometidos a la influencia de una situación real de poder que ostentan determinadas entidades privadas¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Para un análisis más detallado del tema, nos remitimos, a modo ejemplo, a las siguientes obras: CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo

Según la primera teoría, la de la eficacia mediata o indirecta, desarrollada inicialmente por *Günter Dürig* y claramente asumida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, los derechos fundamentales tendrían únicamente una eficacia indirecta en las relaciones privadas, pues, en este ámbito de aplicación, su vinculación estaría dirigida *prima facie* al legislador, en el sentido de obligarlo a reglamentar las relaciones sociales conforme a los principios materiales positivados en las normas de derechos fundamentales, así como también a los jueces y tribunales, que han de dotar de eficacia a los derechos fundamentales en tales relaciones.

De este modo, correspondería al legislador o a la propia jurisdicción la tarea de mediar la aplicación de los derechos fundamentales entre los particulares, disciplinando las relaciones privadas de forma que se revelen compatibles con los valores expresados por los derechos fundamentales que, en su eficacia irradiadora, orientan el ordenamiento jurídico como un todo.

Los derechos fundamentales serían, pues, una especie de puntos de penetración en el derecho privado en tanto en cuanto resolverían de un modo mediato los litigios en el ámbito civil, pero irradiarían sus efectos a través de las normas ordinarias directamente aplicables a los particulares, que han de expresar una regulación y posteriormente ser interpretadas conforme a los derechos fundamentales.

La segunda teoría, la de la eficacia inmediata o directa, liderada originariamente por *Hans Carl Nipperdey*, así como *Walter Leisner* y seguida por la Corte Constitucional italiana y por importante parte de la doctrina española y, por supuesto, portuguesa, propugna, a su vez, que los individuos, sin cualquier mediación previa de concreción por parte de los poderes públicos, pueden recurrir a la tutela de los derechos fundamentales frente a actos de otros particulares, ya que las normas de derechos fundamentales también se aplicarían a los entes privados, sean individuales o colectivos, de modo obligatorio y directo.

Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003; SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; SCHENK DUQUE, Marcelo, *Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Así pues, sería posible, con independencia de la invocación de una concreta normativa ordinaria que desarrolle específicamente la materia en discusión, es decir, sin que exista la participación de un sujeto público en la relación privada sea por intermediación legislativa o judicial, deducir la protección de los derechos fundamentales directamente del texto constitucional también como mecanismo de corrección de las desigualdades sociales muy presentes entre los particulares y, por ende, como instrumento de efectiva promoción de la libertad en igualdad.

En las relaciones entre particulares en que se manifiesta de forma clara la desigualdad de poder entre las partes, es decir, en las que una parte se ve sometida a la otra por el poder social, económico o informativo que ostenta en una situación de clara sujeción, nos parece que esa desigualdad es un argumento esencial a favor de la adecuación de la teoría de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales, aunque en su aplicación, para determinar una correcta ponderación entre los derechos en cuestión y la autonomía individual, siempre habrá que tenerse en cuenta la situación en concreto.

Tal es el caso de las relaciones privadas como la laboral, la de consumo o la paterno-filial en las que la superioridad fáctica de una de las partes rompe con el dogma de la autonomía privada o de la libertad contractual, reconociéndose en estos casos una eficacia directa de los derechos fundamentales al proteger a los individuos frente a la prepotencia y opresión de demás particulares¹⁹⁰.

Por otro lado, cuando se esté ante una relación privada típica, en la que no se vislumbre tan claramente una asimetría de poderes, y en la que cada parte disponga de las mismas oportunidades de prosecución y realización de sus intereses individuales, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales quizá revele un interés menor para justificar la adopción de la teoría indirecta o mediata de la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada, imponiéndose a los particulares, sobre todo, un

¹⁹⁰ Véase AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., p. 193.

obligación general de respeto a los derechos fundamentales resultante de su propia dimensión objetiva¹⁹¹.

De este modo, la mayor o menor extensión de la eficacia que despliegan las normas de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, esto es, si es directamente *ex constitutione* o sólo de modo indirecto por la mediación del legislador y posteriormente de los jueces y tribunales a través de la regulación e interpretación de las posiciones jurídico-subjetivas que se dan en las relaciones privadas, dependerá de cómo se estructura en concreto cada relación¹⁹².

Más allá del apasionante debate que el tema de la *Drittwirkung* suscita, nos parece importante tomar en consideración, tal como hemos subrayado en este primer capítulo, que el compromiso mayor con los derechos fundamentales que supone el constitucionalismo fuerte inaugurado en la segunda posguerra no permite considerarlos como meras reglas hermenéuticas (*Auslegungsregeln*) o líneas directivas (*Leisätze*), sino como parámetros sustantivos de actuación de todos los actores, públicos o privados, que conforman el Estado y la sociedad y, con tal fin, se exige conceder una protección constitucional adecuada a los derechos fundamentales, aun cuando las amenazas o violaciones emanen de otros particulares.

Interesa subrayar en lo tocante a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, además de las teorías arriba analizadas, la concepción, ya mencionada, de un deber de protección del Estado de los derechos fundamentales (*Schutzpflicht*), que impone una protección general y diferenciada de los individuos no sólo frente a las injerencias de los poderes públicos, sino también frente a las procedentes de los sujetos privados.

Al reconocerse la dignidad humana como valor supremo del orden jurídico y, por lo tanto, la persona como fin último de todo el sistema jurídico-político surge, pues, un deber que se impone al Estado de proteger a los individuos de cualquier agresión, con

¹⁹¹ En este sentido, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 247 y ss.

¹⁹² Cfr. AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., p. 193.

independencia de la naturaleza de su origen, de modo que tal deber también se aplica en el ámbito privado con el fin de reordenar las fuerzas entre los distintos individuos y grupos sociales y promover el desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de todos en condiciones de igualdad.

La teoría de los deberes de protección del Estado, de la que no se constata necesariamente un derecho subjetivo a la protección (*Grundrecht auf Schutz*), surge como importante fundamento para la convergencia del derecho privado con los mandatos superiores constitucionales y, por consiguiente, para la plena efectividad de los derechos fundamentales en la vida en sociedad.

3.2 – DELIMITACIÓN, LIMITACIÓN, CONFIGURACIÓN Y CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las normas de derechos fundamentales, como antes señalábamos, responden más bien a un modelo de las normas de principio, cuya abstracción y apertura conlleva toda una tarea de concreción del objeto, contenido y límites de un derecho para poder extraerse del enunciado normativo las exactas posiciones iusfundamentales que revelan su ámbito concreto de protección.

Por otro lado, pese a que parte de la doctrina, siguiendo la teoría interna de los derechos, abogue por la existencia de derechos fundamentales no limitables¹⁹³, nos parece más razonable la adopción de una concepción hacia la limitabilidad general de los derechos fundamentales, como forma de evitar un ejercicio lesivo de los intereses de otros, bien sean derechos de terceros, o bien de toda la sociedad, de modo que se permita la realización de la Constitución desde una visión de conjunto que presupone una coordinación o, en las palabras de KONRAD HESSE, una concordancia práctica entre

¹⁹³ Sobre el tema, véanse ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 268-269; FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 225; Borowski, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 31-33; MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 49 y ss.; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 444 y ss.

los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos también esenciales para la vida de la colectividad¹⁹⁴.

De este modo, si los derechos fundamentales no tutelan pretensiones ilimitadas o absolutas y, en cambio, el propio texto constitucional, producto de compromisos apócrifos entre las variadas convicciones políticas e ideológicas de una sociedad plural, no expresa, con una explicitud o exactitud semántica, todas las potencialidades normativas de una disposición de derecho fundamental se puede concluir que las normas de derechos fundamentales acaban por exigir una mediación legislativa o hermenéutica, dirigida al legislador, pero también a la jurisdicción constitucional, que, completando o precisando su contenido y objeto, permita el pleno y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales.

Considerando, pues, que ningún orden jurídico puede ofrecer, como regla general, una protección ilimitada y absoluta de todos los derechos fundamentales, y que la realidad propone problemas complejos y matizados que desbordan los enunciados normativos, surge la posibilidad, que en algunos supuestos se revela incluso como exigencia, de restringir y conformar los derechos fundamentales, de manera que se establezca un diseño de los contornos exactos de las decisiones valorativas consagradas en el texto constitucional, confiriéndoles una validez y eficacia práctica.

En este apartado, trabajaremos con el concepto de límites internos y externos de los derechos fundamentales, la diferenciación entre limitación y delimitación, la existencia necesaria de otras situaciones de configuración, conformación y concretización de los derechos fundamentales, así como también las garantías que se imponen frente a esta tarea de concreción y desarrollo con vistas a dilucidar cómo y en qué medida los sistemas constitucionales habilitan la intervención en el ámbito protegido de un derecho fundamental.

¹⁹⁴ En este sentido, véase HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., p. 255.

3.2.1 – Los límites internos y la delimitación

Empezaremos el análisis propuesto afrontando la problemática de los llamados límites internos de los derechos fundamentales, que actúan como criterios de delimitación del ámbito protegido por un derecho fundamental.

A través de la elucidación de los límites internos, no se priva o restringe desde fuera las posiciones iusfundamentales o expectativas de comportamiento que el texto constitucional *prima facie* garantiza, sino que se precisa el objeto y contenido de un derecho fundamental.

Los límites internos tratan de delimitar el alcance de un derecho fundamental para revelar su concreto ámbito normativo, estableciendo las situaciones concretas que el constituyente, desde el principio, supuso como idóneas para que se pueda gozar de la reforzada protección constitucional dispensada por un derecho fundamental.

La concreción de los límites internos de los derechos fundamentales no se somete, por lo tanto, a reglas de habilitación específicas, como las que veremos en lo tocante a las restricciones propiamente dichas, ya que no se trata de crear excepciones al haz de facultades y prohibiciones que revelan las normas de derechos fundamentales, sino de exteriorizar el ámbito normativo acotado, bien sea directamente por el propio texto constitucional, bien por razón de la coexistencia con otras normas constitucionales.

Hablar de límites internos es concretar o delimitar qué y cómo garantiza la Constitución, como norma de derecho fundamental. En definitiva, designa qué protege y, de este modo, fija, mediante la interpretación de la norma constitucional, quiénes son los titulares o cuál es el objeto y el contenido de los derechos fundamentales.

Asimismo, los límites internos no se crean, sino que se exteriorizan desde las técnicas propias de la hermenéutica constitucional que, estableciendo importantes pautas y principios interpretativos en materia de derechos fundamentales, permiten definir tanto el contenido potencial como el contenido real de un determinado derecho fundamental.

Es importante subrayar que los límites internos o bien vienen dispuestos directamente por el texto constitucional, cuya norma de derecho constitucional, a la vez que consagra determinadas posiciones iusfundamentales, establece restricciones al ejercicio del derecho fundamental garantizado, o bien se derivan de las colisiones entre los derechos fundamentales o entre éstos y otras normas de igual rango constitucional¹⁹⁵.

Los límites internos, que en su primera acepción son llamados límites positivos, se constituyen como cláusulas constitucionales expresas y restrictivas, que se conectan intrínsecamente con la norma constitucional de garantía, de tal modo que de la articulación entre ellas se puede deducir el ámbito de protección garantizado concretamente por una norma de derecho fundamental¹⁹⁶.

Por otro lado, los límites inmanentes o lógicos, que expresan la segunda acepción de los límites internos, se relacionan directamente con la idea de que el ámbito de protección de un derecho fundamental no puede ser definido adecuadamente si se analiza desde una óptica aislada centrada en un derecho fundamental específico, exigiéndose, pues, una visión sistémica de conjunto con otros derechos fundamentales y los demás bienes constitucionalmente protegidos¹⁹⁷.

El contenido potencial de un derecho fundamental determinado, o el máximo alcance que un derecho puede tener si es comprendido al margen de otros derechos y bienes, se ve demarcado de acuerdo con las influencias que cada derecho fundamental recibe de los valores e intereses que el orden constitucional en su conjunto consagra, tras lo cual se revela el contenido real de un derecho fundamental en la vida práctica¹⁹⁸.

Los derechos fundamentales que a continuación analizaremos, aunque ilimitables en el sentido de que la Constitución no haya previsto directamente ni límites positivos ni límites externos, no son ilimitados, puesto que, en muchas ocasiones, el límite

¹⁹⁵ Véase AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., pp. 120-121/128-129.

¹⁹⁶ Cfr. CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1260.

¹⁹⁷ Al respecto, PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, op. cit., p. 71.

¹⁹⁸ Véase MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 381.

derivará de una manera mediata o indirecta del texto constitucional en tanto en cuanto tenga la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos¹⁹⁹.

Por lo tanto, aun cuando la Constitución no establezca por sí misma los límites de los derechos fundamentales, directamente o mediante reserva de ley, los derechos fundamentales no pueden ser considerados de modo absoluto y han de conciliarse con los otros bienes e intereses que el ordenamiento constitucional protege igualmente como forma de hacer frente a un eventual ejercicio arbitrario de los derechos y las libertades públicas²⁰⁰.

El reconocimiento de límites inmanentes a los derechos fundamentales pretende, pues, coordinar mutuamente los variados intereses constitucionalmente reconocidos para hacer posible la tarea a que se destina el texto constitucional de ordenar, desde un sistema de valores, la vida social y política de una comunidad determinada.

3.2.2 – Los límites externos y la limitación

Más allá de la tarea de delimitación que, apoyada en el concepto de límites internos, busca identificar si la esfera normativa de una disposición constitucional comprende o no una situación o un modo de ejercicio que merece la protección reforzada de los derechos fundamentales, hallamos la limitación propiamente dicha de los derechos fundamentales que reducen el alcance del objeto y contenido que *prima facie* son atribuidos a un derecho fundamental por la norma constitucional.

Los límites externos, considerados aquí como límites en sentido propio, son restricciones establecidas por ley, con necesario fundamento constitucional, que excluyen del ámbito de protección de un derecho fundamental supuestos o posiciones inicialmente abarcadas por la disposición constitucional.

¹⁹⁹ En este sentido, véanse las SSTC 11/1981, FJ 7, y 2/1982, FJ 5.

²⁰⁰ Véase DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, p. 110.

Así pues, al permitir límites externos a los derechos fundamentales, el texto constitucional habilita restricciones no previstas en el enunciado iusfundamental y, de este modo, convierte una posición jurídica *prima facie* en un derecho no definitivo y contingente²⁰¹.

Los límites externos, a diferencia de lo que suponen los límites internos, no configuran una concreción de lo que ya está, aunque en muchas situaciones de un modo implícito, en la Constitución, sino que constituyen actos de creación constitutivos de una limitación de un derecho fundamental.

Por lo tanto, como son creados “*ex novo*”, los límites externos deben basarse en una previa y expresa habilitación constitucional, las llamadas reservas de ley, que autorizan al legislador a intervenir en el ámbito protegido de un derecho fundamental determinado, teniendo tal acción como resultado la imposibilidad del titular de desarrollar una conducta o facultad inicialmente amparada por el ámbito de protección de un derecho fundamental.

Las reservas de ley, que constituyen normas de competencia que conceden un verdadero apoderamiento al legislador para la limitación de los derechos fundamentales, suelen ser reguladas de modo distinto de acuerdo con cada sistema constitucional, pero pueden ser clasificadas en dos grupos: las reservas de ley simples u ordinarias, que no imponen exigencias especiales a la ley de restricción y únicamente establecen que éstas se produzcan por ley, con base en la ley o en los términos de la ley, y las reservas de leyes cualificadas, que exigen una forma específica para la norma que crea el límite externo, además de la observancia de unos presupuestos y objetivos específicos indicados por parámetros expresados en la propia norma de derecho fundamental para que, en estos casos, las restricciones sirvan a unos fines concretos o utilicen unos medios determinados²⁰².

De todos modos, no sería correcto considerar las reservas de ley simples como un poder normativo en blanco, pues, aunque conlleven una competencia más amplia del

²⁰¹ Véase AAVV (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero), *Curso de Direito Constitucional, op. cit.*, p. 332.

²⁰² Cfr. PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II, op. cit.*, p. 76.

legislador para la imposición de restricciones a un derecho fundamental, deberán ser interpretadas de modo que sean siempre establecidas teniendo en cuenta la existencia de un interés público legítimo²⁰³.

A este respecto, debemos resaltar que el sometimiento del legislador a la normatividad superior de la Constitución de que antes hablábamos actúa como límite de su capacidad de decisión política. Por lo tanto, todo desarrollo normativo estará sometido a determinados controles constitucionales para limitar la actuación del legislador, o bien su propia inactividad.

Así que no podemos olvidar que, conforme nos enseña FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, la reserva de ley y la garantía del contenido esencial, que será objeto de estudio en apartado específico de este capítulo, operan conjuntamente como límite al legislador²⁰⁴.

Si, por un lado, la reserva de ley obliga a que sea el legislador él mismo el que regule el derecho, por otro, la garantía del contenido esencial obliga al legislador a respetar un mínimo en la regulación de cada derecho. Además, el propio principio de proporcionalidad, tal y como estudiaremos más adelante, resulta de utilidad para controlar la actuación del legislador para que el uso de la reserva de ley respete necesariamente los valores esenciales inherentes al orden constitucional²⁰⁵.

No obstante, ello no quiere decir que la reserva de ley en estos casos se limite al contenido esencial de los derechos fundamentales. Aunque el legislador esté obligado, justamente en razón del respeto al contenido esencial que se le impone, a regular los elementos relevantes para garantizar la eficacia de un derecho fundamental, el ámbito de la reserva de ley es más extenso que el del contenido del derecho regulado²⁰⁶.

²⁰³ En este sentido, GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, p. 143.

²⁰⁴ Al respecto, véase *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, op. cit., pp. 400 y ss.

²⁰⁵ En este sentido, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, op. cit., pp. 400 y ss. Véase igualmente del mismo autor "La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005.

²⁰⁶ Al respecto, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, op. cit., pp. 400 y ss.

Por otro lado, observamos sería hablar de la existencia de reservas de leyes generales, que permitiesen la creación de límites que no tengan sustento concreto en el enunciado iusfundamental, puesto que las restricciones de los derechos fundamentales han de fundamentarse siempre en reservas específicas de cada derecho que el texto constitucional expresa²⁰⁷.

Cabe subrayar que, mientras el sujeto habilitado por el texto constitucional no haga uso de tal apoderamiento que le fue concedido y, por lo tanto, no cree las restricciones que posibilitan las reservas de ley, la limitación simplemente no existe y los titulares de tal derecho fundamental han de gozar de su ámbito de protección tal y como se deduce *prima facie* de la norma de derecho fundamental.

Una vez que se recurra al permiso constitucional y se creen límites externos a los derechos fundamentales, estaremos, pues, ante el derecho definitivo con los contornos concretos elegidos por el legislador, bien sea de un modo más libre, pero nunca atentatorio a la esencia o al contenido mínimo del derecho fundamental, como veremos más adelante en lo que respecta a los límites de los límites, bien sea de una manera vinculada a las pautas finales y/o fijadas previamente por el constituyente.

3.2.3 – Configuración y Concretización

Además de las restricciones que el texto constitucional habilita por la vía legislativa, tal como se ha mencionado arriba, el legislador también es llamado a desarrollar una actividad de regulación desde otra perspectiva, con vistas a la configuración y concretización de los derechos fundamentales para que, además de establecer limitaciones y acotar concretamente el ámbito protegido o el modo de ejercicio de un derecho fundamental, se creen también las necesarias condiciones para su ejercicio pleno y efectivo.

Los derechos fundamentales gozan, como antes he señalado, de una aplicabilidad directa. Constituyen, pues, *norma normata* y no mera *norma normarum* en tanto en

²⁰⁷ En este sentido, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *op. cit.*, p. 153.

cuanto derechos dotados de una eficacia inmediata que resulta de la propia superioridad normativa de la Constitución y no de una *autoritas interpositio* del legislador²⁰⁸.

No obstante, esta normatividad cualificada que se reconoce a los derechos fundamentales no hace prescindible toda la legislación infraconstitucional como mediadora con respecto a la realidad social, que acaba por concederles una vigencia real²⁰⁹.

En este proceso de desarrollo de las normas de derecho fundamental, el legislador es llamado, desde un punto de vista técnico y de su propia concepción política, a dar sentido práctico a los principios, ideales y valores que estas normas expresan, con la apertura, abstracción y generalidad que les son características.

De este modo, el legislador también tiene un importante papel que desempeñar en materia de derechos fundamentales, aunque de una forma muy distinta de la observada en los tiempos de la República de Weimar.

La actividad de concretización y desarrollo de las normas de derechos fundamentales demuestra que la ley constituye un instrumento de viabilidad de la afirmación y efectividad de los derechos fundamentales, en el sentido de que permite llevar los contenidos que están en la Constitución a una realidad dinámica y cambiante²¹⁰.

Con ello, no propugnamos que los derechos fundamentales deban moverse únicamente según los mandatos del legislador como si estuviese autorizado a suplantar los designios del constituyente, pues la actuación legislativa deberá siempre respetar los límites establecidos por el constituyente.

Es justamente la vinculación positiva de los poderes públicos a la normatividad superior de los derechos por la vía directa de la Constitución que esta les impone, la

²⁰⁸ Cfr. CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1261.

²⁰⁹ Véase HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 172-173.

²¹⁰ En este sentido, Véase HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 172-173.

manera en la que se promueve una organización jurídica de las condiciones y ámbitos de vida que los derechos fundamentales son llamados a proteger y garantizar.

Así pues, pese a la eficacia inmediata de las normas de derecho fundamental, no se puede, por una necesidad práctica, rechazar o menospreciar la tarea legislativa respecto a los derechos fundamentales que, completando, precisando, densificando y concretando su contenido, permite que ganen realidad y alcancen su máxima efectividad social²¹¹.

A diferencia de las leyes restrictivas, las normas conformadoras de los derechos fundamentales, comprendidas en su sentido más estricto, no tienen como propósito alterar el objeto o contenido de un derecho fundamental, retirando de su ámbito normativo posiciones *prima facie* incluidas en su dominio de protección, sino que, dejando imperturbado el ámbito de protección de un derecho fundamental, han de crear todo un sustrato jurídico que abra paso a posibilidades de comportamientos a través de los cuales los individuos puedan ejercer los derechos fundamentales que les son asegurados²¹².

Establecida la distinción entre la actividad legislativa de limitación y la de desarrollo de los derechos fundamentales, interesa mencionar, además, una posible diferenciación entre las normas de configuración y concretización de los derechos fundamentales.

La configuración se desarrolla en aquellos supuestos que el propio texto constitucional remite a la ley con el uso de expresiones semánticas como “de conformidad con la ley”, “según las formas previstas en ley”, “la ley establecerá”, de modo que se deduce la necesidad de la *interpositio legislatoris* para viabilizar de modo efectivo las facultades, garantías y posibilidades de actuación que los derechos fundamentales otorgan a sus titulares.

²¹¹ Véanse HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., pp. 247-248; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 216.

²¹² Al respecto, CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1264.

A su vez, la concretización tiene como objeto una mediación legislativa no necesariamente exigida por la Constitución, pero igualmente importante para que se promuevan las condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad o la efectiva igualdad entre los individuos, a la vez que se intervenga contra aquellas otras que puedan perturbarlas²¹³.

Al hablarse de una tarea legislativa de configuración o concretización de los derechos fundamentales orientada a dotarlos de validez real hay que tener presente que tal labor de desarrollo deberá siempre estar provista de una vinculación material a los valores superiores consagrados en el texto constitucional, de modo que el legislador, aunque esté ante derechos cuyo ámbito de protección carezcan de una conformación jurídico-normativa (*rechtsnormgeprägte Schutzbereich*), nunca podrá disponer de ellos, debiendo desarrollar normativamente las disposiciones iusfundamentales para, precisando o concretando sus enunciados marcados en general por la vaguedad o indeterminación, garantizar su ejercicio de forma concreta.

Una cuestión importante es saber si, tratándose de derechos de configuración legal, es decir, de derechos que en general comprenden una expectativa positiva de los poderes públicos mediante prestaciones o normas sobre procedimiento y organización, contarán estos derechos, una vez configurados por el legislador, de protección meramente legal, o si el contenido incorporado por la ley configuradora densifica de tal modo el texto constitucional que las posiciones que de ella se derivan, particularmente en lo que respecta a la prohibición de retroceso, ya no podrían ser manejadas libremente y, por lo tanto, alteradas o suprimidas por el legislador so pena de inconstitucionalidad por lesionar el contenido específico del derecho fundamental.

Sin duda, la respuesta a tal indagación exigiría la delicada tarea de fijar unos trazos distintivos entre el derecho fundamental en sí y aquellos que simplemente resultan del desarrollo legislativo, lo que nos llevaría a adentrarnos en el concepto alemán de derechos a prestaciones derivados de la ley, y, sobre todo, ponderarlo a la luz de Constituciones, como la portuguesa y la brasileña, que aseguran los derechos sociales

²¹³ Cfr. DE OTTO Y PARDO, Ignacio, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", *op. cit.*, pp. 164-165.

como derechos fundamentales, algo que trascendería los propios límites de la presente investigación.

De todos modos, cabe subrayar que, en relación con los derechos de configuración legal, la autorización que el constituyente concede al legislador para rellenar un ámbito normativo iusfundamental careciendo de configuración jurídico-normativa surge, en realidad, como una “tarea de legislación”²¹⁴, en la medida en que la vinculación del legislador a los derechos fundamentales no sólo exige que una intervención suya no vulnere un derecho fundamental, sino que presupone, además, un deber de actuación para que el particular pueda beneficiarse de todos los efectos de protección de un derecho fundamental que le es asegurado constitucionalmente.

No se trata, pues, de promover un estrechamiento indebido del horizonte legítimo de legislador, vaciando de contenido político o decisorio la actividad legislativa en materia de derechos fundamentales, sino más bien de llenar de contenido material y axiológico el proceso político al exigir el desarrollo de una verdadera política de derechos fundamentales (*Grundrechtspolitik*) como consecuencia de la propia renovación dogmática de los derechos fundamentales desde la democracia y el Estado social de Derecho que pasa a requerir un hacer estatal, dirigido también al legislador, en busca de la realización efectiva de los derechos fundamentales, ya que la vinculación que antes mencionábamos, conlleva no sólo una obligación de respeto, sino también un deber de cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales²¹⁵.

En realidad, el Estado de derecho, presidido por del Estado social, deja de ser formal para convertirse en un Estado material de Derecho que, guiado por los valores de la dignidad humana y de la justicia social, exige de los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, de modo que sean garantizadas a todos las oportunidades de participación en la vida política, económica, cultural y social²¹⁶.

²¹⁴ Véase HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., p. 247.

²¹⁵ Al respecto, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, op. cit., pp. 163-179.

²¹⁶ Idea con clara inspiración en el art. 9.2 de la Constitución española.

En este contexto, ganan relevancia los instrumentos que el constituyente pone a disposición de los individuos, como la declaración de inconstitucionalidad por omisión o, más específicamente en el orden jurídico brasileño, el *mandado de injunção*, para restringir, o incluso, remediar las nefastas consecuencias de la inactividad legislativa que, además de dificultar o privar la plena efectividad de las normas de derechos fundamentales, abre paso al desprestigio del texto constitucional en un preocupante proceso de erosión de la conciencia constitucional²¹⁷.

La propia cláusula de protección del contenido esencial de los derechos fundamentales a la que a continuación nos referiremos, podría revelar igualmente una dimensión positiva en la medida en que impone, más allá de su clásica naturaleza defensiva, un mandato a los poderes públicos que les obliga a actuar con vistas a una adecuada promoción y una máxima optimización de los derechos fundamentales.

3.2.4 – Los límites de los límites

a) El principio de proporcionalidad

Si los derechos fundamentales no son, por un lado, absolutos sino propensos a una posibilidad general de limitación, bien sea en razón de las cláusulas restrictivas constitucionales, o bien sea por la coexistencia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, por otro lado, tampoco los propios límites impuestos podrán revelar un carácter absoluto.

De lo contrario, la limitabilidad de los derechos fundamentales conllevaría a una indeseable relativización de su eficacia normativa y a una sujeción desmedida, especialmente en los supuestos de las restricciones a ley indirectamente autorizadas por la Constitución.

Toda intervención limitadora de los derechos fundamentales deberá reunir unos requisitos específicos para que definiéndose cómo se podrá adoptar una medida restrictiva determinada, se controle su justificación constitucional y se establezca una relación proporcionada entre los medios utilizados y los fines propuestos para que la

²¹⁷ En este sentido, LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 222.

actividad legislativa no se convierta finalmente en una violación del derecho fundamental regulado.

El principio de proporcionalidad, cuya elaboración más exhaustiva ha tenido lugar en Alemania y ha influenciado fuertemente, tal como en otros supuestos de la dogmática de los derechos fundamentales, la doctrina y jurisprudencia constitucional de tantos otros países²¹⁸, surge como importante técnica de control de los límites a los derechos fundamentales.

Con vistas a evitar sacrificios excesivos o innecesarios de derechos que la Constitución asegura, el principio de proporcionalidad controla el margen de discrecionalidad que se otorga a los poderes públicos, imponiendo, más específicamente al legislador en la situación ahora analizada, una carga probatoria de que las restricciones a los derechos fundamentales, además de atenerse a los fines para los cuales han sido autorizadas por el constituyente, han sido adoptadas por los medios más constitucionales, es decir, entre los menos gravosos, drásticos o discriminatorios que se mostraban posibles para la medida en cuestión y que, por lo tanto, no podría establecer la medida restrictiva por otra vía más moderada y de menor injerencia.

El juicio de proporcionalidad de una medida legislativa de restricción de un derecho fundamental tendrá en cuenta tres criterios relevantes, desplegándose el principio de proporcionalidad en los siguientes subprincipios: el de adecuación o idoneidad, el de necesidad, indispensabilidad o intervención mínima y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El criterio de idoneidad (*Geeignetheit*) controla si tal medida es susceptible y, por lo tanto, apropiada y útil para la consecución del objetivo propuesto, es decir, si atiende a la adecuación entre la limitación y el fin perseguido, mientras que el criterio de necesidad (*Erforderlichkeit*) verifica si la medida es indispensable en el sentido de que no exista o no se disponga de otro modo más moderado capaz de alcanzar con igual eficacia y menor intervención el propósito de la medida.

²¹⁸ Sobre el desarrollo del tema en la jurisprudencia constitucional española, véase BEILFUSS, Markus González, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2003.

A su vez, el criterio de proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) analiza si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto y, por lo tanto, comporta una ponderación entre los fines perseguidos y las restricciones establecidas, de modo que se compruebe la existencia tanto de un interés público relevante o extraordinario que preceda al derecho individual protegido, como una conexión equilibrada y razonable entre la limitación y los resultados que a través de ella se logran.

Así pues, el principio de proporcionalidad actuará, como se puede deducir, como un filtro que exige que el legislador tenga en cuenta tres importantes parámetros a la hora de limitar o configurar los derechos fundamentales. De lo contrario, el resultado será la vulneración del derecho fundamental limitado y, como consecuencia, la declaración de la inconstitucionalidad de la ley restrictiva.

En primer lugar, el legislador deberá tener en cuenta si la finalidad de la medida legislativa puede ser perseguida, de tal modo que sea rechazada, como consecuencia de un *prius* lógico de la proporcionalidad, toda aquella actividad legislativa que tenga como objetivo bienes o intereses constitucionalmente proscritos o ilegítimos e irrelevantes socialmente.

En un segundo momento, cabe sopesar si el medio usado se revela idóneo y necesario, es decir, la medida objeto de control deberá ser siempre adecuada para conseguir la finalidad pretendida, y a la vez constituir la vía menos gravosa para la consecución del fin perseguido, comprobándose, al final de este control, la inexistencia de medidas legislativas alternativas que se muestren con una eficacia igual o superior, pero menos intensas en la injerencia que presuponen.

Por fin, como tercer parámetro, el legislador tendrá que considerar si la restricción que impone a un derecho fundamental y la finalidad que persigue con la limitación revelan, cuando se analizan conjuntamente, una relación de correspondiente ponderación y peso, de tal suerte que la importancia de la intervención en el derecho fundamental pueda equipararse a la importancia de la realización de la finalidad alcanzada por la medida legislativa restrictiva.

Además de constituir un instrumento de límite frente a un exceso (*Übermass*) de restricción de un determinado derecho fundamental, el principio de proporcionalidad, como una medida general de protección de los derechos fundamentales, también es un importante parámetro de control, e incluso, un mandato de prohibición ante una omisión o acción insuficiente (*Untermass*) que imposibilite injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental.

Tal como se ha señalado, la prohibición de protección deficiente podrá también ser medida en rasgos generales según los tres subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, con el fin de determinar si la omisión estatal ha vulnerado su deber general de protección y, por consiguiente, algún derecho fundamental en concreto²¹⁹.

Determinada la existencia de un deber de protección y su respectivo objeto, el juicio de proporcionalidad como prohibición de insuficiencia se desarrolla, pues, según el análisis trifásico antes mencionado, y teniendo en consideración que la propia concepción de protección seguirá los siguientes criterios.

En relación con la idoneidad, se verificará si la medida tomada, o incluso prevista, es apta para tutelar de modo eficiente el bien protegido. Si es afirmativa la primera indagación, se averiguará si existen otros medios de protección, igualmente eficaces, pero que supongan una menor intervención en bienes o intereses de terceros. Con respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, aspecto que quizá revele la mayor confluencia del principio de proporcionalidad en su doble aspecto de control tanto de la *Untermass* como de la *Übermass*, se exige ponderar, en una especie de concordancia práctica multipolar, si el impacto de las amenazas o riesgos remanentes después de tomadas las medidas de protección ha de ser tolerado, teniendo en cuenta la necesidad de preservar otros derechos fundamentales o intereses colectivos²²⁰.

²¹⁹ Véase, al respecto, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 806 y ss., así como también CLÉRICO, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en AAVV (Miguel Carbonell Coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 115-159.

²²⁰ Véase, al respecto, AAVV (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero), *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 342-343, que fundan sus lecciones, en la materia, en Christian Calliess y su obra *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*.

Como expresión de la vinculación negativa y positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales, ordenada, como ya señalamos, por la propia superioridad normativa de la Constitución, el principio de proporcionalidad impedirá una restricción superior a la necesaria para establecer unos supuestos equilibrados de la libertad e igualdad en la vida en comunidad, así como también el vaciamiento de la eficacia y, de la propia fuerza normativa de un derecho fundamental por la inacción del poder estatal que, dejando de cumplir con su obligación de proteger, garantizar y promover la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, revelará una condenable medida omisiva de exclusión social.

b) La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

Según lo subrayado anteriormente, el poder de restricción que se atribuye al legislador en materia de derechos fundamentales tampoco opera en términos absolutos, constituyendo en realidad un poder vinculado que no deja la regulación de un determinado derecho al libre albedrío de la ley.

Además de la construcción jurisprudencial del principio de proporcionalidad como criterio de interpretación o juicio de control que establece unos requisitos y condiciones específicas de cómo podrán ser adoptadas las medidas restrictivas de derechos fundamentales, muchos de los textos constitucionales, como se observa en Ley Fundamental de Bonn (art. 19.2), así como también en las Constituciones portuguesa (art. 18.3) y española (art. 53.1) consagran expresamente una cláusula material de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

La esencialidad del contenido de un determinado derecho fundamental afectaría a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria tanto para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos como para permitir que un determinado derecho fundamental permanezca reconocible de manera que, aun después de alguna intervención en su ámbito protegido, pueda revelar aquellas posiciones, facultades o

posibilidades de actuación necesarias para la manifestación de sus funciones más típicas²²¹.

No obstante, de este propósito de acercamiento conceptual surgen más indagaciones que respuestas ya que no nos concede elementos concretos para que se pueda establecer con cierta seguridad qué criterios serían los adecuados para definir la parte esencialmente relevante de un derecho fundamental que permite caracterizarlo como tal, o lo que es lo mismo, cuáles son los parámetros que deberíamos tener en cuenta para establecer los límites de actuación de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales para no desfigurarlos y, por lo tanto, resguardar de las injerencias externas la esencia de su ámbito jurídicamente protegido.

En este intento de aclarar los criterios explicativos de la noción de cómo se compone el núcleo indisponible o irreductible que integra la esencia de un derecho fundamental nos acercaremos a los planteamientos de las teorías absoluta y relativa, así como a las teorías objetiva y subjetiva del contenido esencial.

En primer lugar, puede entenderse que la teoría relativa sostiene una tesis de identidad entre principio de proporcionalidad y el contenido esencial, de modo que la garantía del contenido esencial del derecho fundamental coincidiría con la protección otorgada por el principio de proporcionalidad.

De acuerdo con esta teoría, la garantía de respeto al contenido esencial de un derecho fundamental no formularía frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales²²². Así toda medida que sea desproporcionada vulneraría el contenido esencial de un derecho fundamental.

Por lo tanto, una violación eventual al contenido esencial únicamente podría ser determinada a la luz del caso concreto, pues sólo los datos fácticos podrán definir la exigencia de realización de intereses más valiosos permitiendo evaluar si una medida

²²¹ En este sentido, véase la STC 11/1981, FJ 8.

²²² Al respecto, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 291.

restrictiva es o no legítima y, de este modo, si afecta o no al núcleo de un derecho fundamental.

La teoría absoluta, en cambio, señala que el contenido esencial de los derechos fundamentales se puede definir *a priori*, es decir, sin tener en cuenta las circunstancias concretas de los casos específicos, en tanto en cuanto los derechos fundamentales revelarían en abstracto un núcleo duro, vinculante y, por ende, intocable por parte del Legislador en cualquier condición.

Para esta teoría, cada derecho fundamental, con independencia del caso concreto o de las relaciones que se establezcan con los demás derechos o bienes protegidos, revela un contenido fijo e invariable que ha de resistir ante cualquier exigencia de armonización o concordancia práctica aunque proporcionada, es decir, que presenta una validez uniforme e incondicional sean cuales fueren los otros bienes e intereses en juego.

De este modo, el ámbito de protección de todo derecho fundamental, desde una observación abstracta y en solitario, conformaría círculos concéntricos, con un exterior accidental, formado por capas envolventes de intensidades normativas decrecientes y otro interno, esencial, constituido por el núcleo normativo realmente indisponible y resistente a la acción limitadora del legislador. Ambos, vistos conjuntamente, revelarían el contenido potencial o el derecho *prima facie*²²³.

Ante las fragilidades que ambas teorías demuestran, se han construido posiciones intermedias en torno al tema que en nuestra opinión son más acertadas.

Si, por un lado, la teoría absoluta no considera que la determinación del ámbito protegido de un derecho presupone una necesaria ecuación con otros bienes jurídicos concurrentes de modo que se propicien todos los elementos necesarios para la vida social en su conjunto, por otro, la teoría relativa, que concibe un contenido privado totalmente de autonomía conceptual, abriría paso a una composición desequilibrada

²²³ En este sentido, véanse VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 171-172; AAVV (Francisco Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Angel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, op. cit., p. 134.

entre los distintos intereses y a un posible vaciamiento del derecho fundamental, aunque en un supuesto concreto en razón de la superioridad del bien contrapuesto, pudiera considerarse justificada la medida restrictiva, descartándose, por lo tanto, su eventual arbitrariedad.

Sin negar que el contenido de un derecho fundamental ha de ser comprendido en confluencia con la necesidad de protección y promoción de otros bienes o derechos constitucionalmente garantizados o, dicho en otras palabras, que cada derecho fundamental no puede ser observado aisladamente, sino sistémicamente en relación con los demás bienes y derechos, las teorías intermedias imponen que esta articulación no se centre exclusivamente en el análisis de adecuación de la limitación con los fines perseguidos, sino que tenga en especial consideración el propio derecho limitado para que la medida sea también armónica desde la perspectiva del derecho afectado, de modo que se le asegure siempre un mínimo sustancial que preserve su utilidad constitucional contra eventuales abusos de la función legislativa.

Así pues, se concilia la idea, por un lado, de que los derechos están condicionados por la existencia de la comunidad y que, por lo tanto, se encuentran en una relación continua de interacción recíproca con cada uno de los singulares bienes jurídicos constitucionales con la concepción de los derechos fundamentales, por otro lado, como elementos centrales del sistema constitucional, que expresando y concretizando en buena medida el valor superior de la dignidad humana, han de ser dotados de una protección material reforzada y una especial posición en el ordenamiento jurídico consistente en su plena indisponibilidad para el legislador.

Con otra perspectiva, encontramos las teorías subjetiva y objetiva del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Mientras la primera aboga por la idea de que tal protección está dirigida al derecho fundamental como norma objetiva, asegurando la eficacia del derecho fundamental en su globalidad, la segunda teoría tiene como objeto de garantía el derecho fundamental como derecho subjetivo, es decir, la posición jurídica concreta del particular.

De esta forma, si para unos la garantía del contenido esencial se propondría para proteger los fines establecidos objetivamente por la Constitución, más que las posiciones y facultades que el derecho fundamental revela, para otros, que no consideran la función de los derechos fundamentales en la vida comunitaria, la disposición del derecho fundamental como norma de valor y garantía buscaría evitar la aniquilación de un derecho subjetivo en concreto e impedir las restricciones individualizadas de los derechos fundamentales.

Una vez más entendemos que la protección del núcleo esencial de los derechos fundamentales no podrá estructurarse desde posiciones alternativas, sino a partir de una visión coordinada entre los objetivos que las dos teorías persiguen, tal como ocurre con las teorías absoluta y relativa que sólo aparentemente desarrollarían puntos de vista excluyentes, para que, buscando una conciliación que las complementa, se pueda, tanto desde la perspectiva de la comunidad o de las instituciones como de la de la acción individual de cada coasociado, que también posee en sí una dimensión social²²⁴, proteger los derechos fundamentales ante cualquier perversión del principio de reserva de ley.

Llegados a este punto es interesante realizar algunas consideraciones sobre la naturaleza declarativa o constitutiva de la previsión constitucional de garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Si entendemos que tal cláusula ejerce una importante función de vinculación e irrenunciabilidad de los poderes públicos, más especialmente del legislador, a los derechos fundamentales como corolario máximo de la fuerza normativa que se les reconoce, la conclusión no será otra que rechazar cualquier pensamiento que la considere una protección superflua, o incluso, una preocupación exagerada del constituyente²²⁵, reduciéndola a mera retórica.

Además de revestir cada lesión que los poderes públicos vengán a ocasionar a los derechos fundamentales o a los valores que consagran con el *odium* del

²²⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, op. cit., p. 105.

²²⁵ En este sentido, FERREIRA MENDES, Gilmar, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, p. 39.

quebrantamiento de una norma constitucional expresa²²⁶, la garantía del contenido esencial se revela como un importante mecanismo para la exclusión de una omnipotencia del legislador que pretenda situar peligrosamente los derechos fundamentales fuera de la Constitución y someterlos a su libre albedrío.

No obstante, hay que subrayar que la intensidad de tal cláusula se modula conforme el arraigo de la cultura constitucional de cada Estado y sociedad, de modo que, entendida con relación al lugar, al tiempo y al grado de madurez y elaboración de la propia doctrina o jurisprudencia, revelará un significado teórico-jurídico distinto²²⁷.

Donde el Estado y la sociedad se muestren educados en el sentimiento de la Constitución, y la opinión pública sea más sensible a la cultura de los derechos fundamentales se desarrolla una vigilancia que acaba por denotar a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales una naturaleza sólo declarativa, pero siempre latentemente constitutiva, y en tanto en cuanto surjan nuevos peligros que mermen la realización de los derechos fundamentales se levantará otra vez como barrera infranqueable que recuerda los valores, fines y objetivos de un Estado verdaderamente constitucional²²⁸.

3.3 – LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sin adentrarnos en las formas de protección típicas de cada sistema constitucional, que hacen referencia a un conjunto heterogéneo de garantías sustanciales, procedimentales u orgánicas, trazaremos en este último apartado unas consideraciones generales sobre cómo la normativización suprema y la eficacia directa de los preceptos iusfundamentales presuponen la existencia de vías procesales orientadas a asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales, y a hacer concretas las condiciones básicas para la vida comunitaria en libertad e igualdad.

²²⁶ Véase HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 220.

²²⁷ Véase, a modo de ejemplo, HÄBERLE, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, op. cit., pp. 282/353-355.

²²⁸ *Idem, Ibidem.*

En lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, nos centraremos en analizar, en rasgos generales, su carácter de indisponibilidad frente al legislador a la vez que su nota de justiciabilidad y las salvaguardas que abarcan, en especial las jurisdiccionales, como forma para tutelar mejor su puesta en práctica como deberes y mandatos sustantivos para el Estado y la sociedad.

Como hemos señalado a lo largo de este primer capítulo, los derechos fundamentales, sobre todo en el marco del constitucionalismo que se inaugura desde la segunda posguerra, tienen como trazo característico, procedente de la propia rigidez y supremacía que se reconoce a los textos constitucionales como normas superiores en el sistema jurídico, la redefinición de los conceptos en torno a la soberanía popular con la limitación y vinculación de una mayoría democrática presuntamente omnipotente.

Los derechos fundamentales imponen, pues, límites y vínculos sustantivos de actuación que condicionan la validez de las decisiones jurídico-políticas en tanto que son sustraídos de la potestad de la mayoría, a la vez que se imponen a ésta. De este modo, presuponen expectativas ya sean negativas, como son las prohibiciones de derogaciones constitucionales o retrocesos sociales, o bien positivas, que son las que estriban en las obligaciones de promoción y desarrollo de sus normas.

Mientras las primeras garantías radican en reparar una posible vulneración de las normas de derechos fundamentales a través de procedimientos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, o incluso, dependiendo del sistema constitucional en concreto, de regularizar los actos de reforma constitucional, las otras buscan remediar lagunas de actuación o acciones ineficaces que merman la efectividad de los derechos, en especial los de cariz social, por medio de la declaración de inconstitucionalidad por omisión u otros procedimientos constitucionales específicos, como el ya mencionado “mandado de injunção” previsto en el ordenamiento jurídico brasileño, procedimientos que están llamados a subsanar las incongruencias fáctico-normativas y garantizar la realización de los derechos fundamentales, como una forma de mediación de los jueces y tribunales entre la sociedad y los poderes públicos.

Ahora bien, en el caso de España, la garantía del contenido esencial ha realizado también la función de mecanismo de aplicación directa de la Constitución en lo que se

refiere al contenido mínimo de los derechos fundamentales. Por lo tanto, ante la ausencia de una regulación legislativa, los jueces y tribunales deberán aplicar los derechos fundamentales en su contenido esencial y, por lo tanto, garantizar su eficacia frente a la inactividad del legislador²²⁹.

Así pues, las garantías negativas y positivas de los derechos fundamentales, aunque las últimas no logran una amplia aceptación entre los distintos sistemas constitucionales con técnicas jurídicas idóneas para impedir o reparar una conducta recalcitrante de los poderes públicos en el desarrollo de las condiciones fácticas y normativas para la efectividad de los derechos fundamentales²³⁰, buscan, de un modo u otro, preservar o promover la fuerza normativa de la Constitución y, en consecuencia, el valor normativo de los derechos violados o no realizados, tan necesario para la formación de una cultura de derechos fundamentales en Estados erigidos en democráticos y sociales de Derecho.

Por otro lado, la constitucionalización de las declaraciones de derechos los transforma en categorías jurídicas de rango normativo superior, vinculantes y obligatorias, a la vez que el reconocimiento, por el propio sistema de valores que encarnan, de una eficacia irradiante y una tal fuerza expansiva de sus normas a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, conllevan una aplicabilidad directa y, por lo tanto, una accionabilidad jurisdiccional de todo derecho fundamental.

La prerrogativa reconocida a cada individuo de hacer valer jurisdiccionalmente un derecho fundamental que le es atribuido refuerza su reconocimiento no sólo formal, sino también sustancial porque exige, para su plena eficacia, la existencia de medios procesales adecuados tanto para preservar su inclusión en un "coto vedado"²³¹ a la

²²⁹ STC 15/1982. Al respecto, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 400 y ss.

²³⁰ En este sentido, véase FERRAJOLI, Luigi, "Democracia constitucional y derechos fundamentales: la rigidez de la Constitución y sus garantías", en AAVV (Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso, Manuel Atienza Rodríguez, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, *op. cit.*, pp. 71-116. Sobre la insuficiencia de los mecanismos constitucionalmente previstos para hacer frente a la inercia de los poderes públicos y la importante construcción jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de las llamadas "obligaciones positivas", véase DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 128-132.

²³¹ La expresión es de Ernesto Garzón Valdés que aboga por la existencia de un "coto vedado", en el que han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa que tenga como fundamento el principio de la mayoría y no el dominio de la

competencia gubernamental, en especial, a la legislativa, como también para promoverlo como expresión de un sistema de valores que encuentra su punto central en la personalidad humana que ha de desarrollarse libremente y con dignidad dentro de la comunidad social²³².

Con independencia de la existencia de vías procesales importantes para remediar de forma rápida las vulneraciones de derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios, como son el procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 de la Constitución española, el amparo judicial mexicano o, de un modo más general, el “mandado de segurança” del art. 5º., LXIX, de la Constitución brasileña de 1988, nos parece particularmente interesante destacar el amparo constitucional, que tiene como origen la queja constitucional alemana (*Verfassungsbeschwerde*) incluida sólo desde 1969 en la Ley Fundamental de Bonn (art. 93.1, núm. 4a), pero previsto de modo similar por la Constitución española (art. 53.2), y muy discutido como modelo de tutela constitucional de los derechos fundamentales en Portugal e Italia.

Aunque se trate de un mecanismo excepcional y subsidiario, el recurso de amparo, por constituir un cauce para los particulares, incluso sin obligación de asistencia letrada y sin costas judiciales, como posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional como protección específica de los derechos fundamentales frente a violaciones de los poderes públicos, desempeña el papel significativo de aproximar en mayor medida a los jueces constitucionales en el día a día a las normas de derechos fundamentales y a las consecuencias de su eventual incumplimiento.

No obstante el gran mérito del recurso de amparo es fundarse justamente en la posibilidad de abrir a los individuos una vía de acceso directo al Tribunal Constitucional. La finalidad del amparo constitucional se dirige más allá de la protección individual de los derechos fundamentales, es decir, de la tutela de los intereses y posiciones subjetivas garantizadas por los derechos fundamentales, revelando una creciente función objetiva de clarificación, fijación y depuración de criterios orientadores de la interpretación del

mayoría. Véanse, a modo de ejemplo, los siguientes artículos del autor: “Algo más acerca del coto vedado”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6 (1989), pp. 209-213; “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 0 (1998), disponible en «<http://www.uv.es/CEDFH>».

²³² En este sentido, véase BVerfGE 7, 198, 205.

contenido y alcance de las normas de derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, especialmente, por parte de los órganos jurisdiccionales.

Desde la perspectiva de la dimensión objetiva, el amparo constitucional se sitúa no sólo al servicio del individuo lesionado, sino de toda la comunidad, lo que abre paso a su interposición por quienes detenten la legitimidad institucional para la protección y defensa de los derechos fundamentales, como son en el caso de España el Ministerio Fiscal (art. 124, Constitución española) o el Defensor de Pueblo (art. 54, Constitución española).

En este contexto, y como forma de dar una respuesta adecuada a los numerosos recursos que llegaban a los Tribunales Constitucionales, el proceso de admisión del amparo constitucional, tanto en Alemania, por primera vez a finales de los años cincuenta, como en España en 2007, han pasado por reformas que, inspiradas en el modelo norteamericano del *writ of certiorari*, establecieron criterios de selección para el análisis de las quejas planteadas basados en una idea de especial trascendencia constitucional que pudiera acallar la percepción del Tribunal Constitucional como un tribunal de casación o supercasación en materia de derechos fundamentales.

Lo cierto es que las mencionadas reformas se han mostrado necesarias para una optimización procesal del recurso de amparo orientada a proteger los Tribunales Constitucionales de una sobrecarga que les impidiera ejercer sus funciones últimas de limitación y racionalización del poder estatal y social en un proceso continuo de garantía y actualización de la Constitución como contrato social²³³.

Por otro lado, sin embargo, no se puede perder de vista que también el control de una microconstitucionalidad, trazo más característico de la dimensión subjetiva del recurso de amparo, ha mostrado, a lo largo de la experiencia constitucional, sobre todo en Alemania, la importancia de este mecanismo de tutela.

Aunque entendido por algunos como una garantía adicional y ciertamente no imprescindible²³⁴, el recurso de amparo ha desplegado toda su fuerza procesal en

²³³ Sobre esta visión de la función de la jurisdicción constitucional, nos remitimos a HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, op. cit., pp. 67-76.

²³⁴ En este sentido, véase DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 101.

Alemania, por ejemplo, para hacer efectiva “la simbólicamente elevada significación de los derechos fundamentales”²³⁵, así como también toda su potencialidad como instrumento de integración cívica y de legitimación de la propia jurisdicción constitucional que la ha convertido, al expresar en sus decisiones el compromiso máximo con la primacía de la Constitución y los derechos fundamentales, en una jurisdicción de derechos fundamentales y elevado el Estado constitucional de la Ley Fundamental de Bonn en “Estado de derechos fundamentales” y su sociedad en “sociedad de derechos fundamentales”²³⁶.

²³⁵ La expresión es de HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, op. cit., p. 103.

²³⁶ Cfr. la lección del maestro Peter Häberle en la citada obra *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, op. cit., p. 102.

**CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA
UNIÓN EUROPEA**

1 – LOS NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

En el marco del constitucionalismo multinivel del cual hablábamos anteriormente, se ha experimentado una importante apertura de los ordenamientos jurídicos hacia el exterior, también en lo que respecta a los derechos fundamentales, cuya protección antes centrada en el ámbito nacional se ha desbordado, expandiéndose, bien sea por deficiencias en la protección estatal o bien por una evolución gradual de los ordenamientos, a otros planos de actuación.

Europa, una vez más, va a la vanguardia en este proceso de expansión y estructuración de la tutela de los derechos fundamentales a diferentes niveles, de suerte que el sistema de protección de los derechos fundamentales en el continente europeo se sustenta en los días actuales en un trípode²³⁷.

En uno de los vértices de ese trípode, se encuentran las Constituciones nacionales y sus respectivos garantes máximos - de un modo general, los Tribunales Constitucionales nacionales. En el segundo, estaría el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales – CEDH – y su órgano judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH, y en el tercer y último, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – CDFUE o la Carta – y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE.

En la cúspide de ese triple marco de protección de los derechos fundamentales, debemos visualizar al ciudadano, en el que cada uno de esos sistemas debe necesariamente converger, ya que, al primar el interés del ser humano sobre la mera autoridad de cada una de las instituciones en juego, estaremos en definitiva allanando el terreno para la formación de un orden público común superior.

²³⁷ La presente expresión tiene inspiración en Maria Luísa Duarte que se refiere a la existencia de un “triángulo judicial europeo”. Véase “O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem - uma defesa do triângulo judicial europeu”, disponible en «congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf». Optamos, no obstante, por el uso de la figura del trípode para ilustrar la tridimensionalidad del marco de protección de los derechos fundamentales en Europa que, tal y como buscaremos explicar en esta primera parte, representa más claramente el individuo en la cúspide de los tres sistemas europeos: el nacional, el internacional y el supranacional.

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos se estructuran a partir de la superación del principio de la competencia exclusiva de los Estados respecto a dichos derechos, y de la ruptura, en esta materia, de la lógica contractualista propia del derecho internacional público en general.

Estos elementos, sumados a una oportuna limitación de la noción tradicional de soberanía estatal, han permitido, por un lado, reconocer la universalidad de los derechos humanos, de manera que se les pueda concebir también como materia de interés internacional al permitir la intervención de autoridades diferentes a las estatales para garantizar su efectivo ejercicio.

Por otro lado, se ha hecho posible atribuir a los tratados de derechos humanos la peculiaridad de no tener a los Estados signatarios como sus últimos destinatarios, o sea que vinculan a los Estados pero no tienen por finalidad salvaguardar sus intereses, primando así la protección del ser humano y reconduciéndolos, desde una perspectiva universalista, a una tentativa de expandir la garantía de valores esenciales a la dignidad humana y a la libertad de los pueblos.

El proceso de internacionalización de los derechos humanos tiene como corolario la atribución al individuo del estatus de sujeto de derecho internacional y, por ende, exige la responsabilidad de aquellos Estados que fallen en el cometido de proteger los derechos que les han sido directamente conferidos en el plano internacional.

Los sistemas internacionales de derechos humanos se han consolidado como instancias de complementación y extensión de la protección garantizada por los Estados, de modo que la protección internacional de los derechos humanos constituye una importante vía adicional de amparo al individuo cuando sus propios Estados se muestran omisos y/o ineficientes.

No obstante, el sistema internacional de protección de los derechos está regido esencialmente por la lógica de la subsidiariedad. La responsabilidad primordial y principal de respetar y promover los derechos fundamentales se le reconoce a los Estados. Únicamente si las autoridades estatales fallan en cumplir con esta obligación intervienen las instancias de derecho internacional.

Por tanto, las instancias internacionales estarían llamadas a controlar la tutela ofrecida a nivel estatal después de agotados todos los recursos internos, asegurando de esta forma que los propios Estados tengan la primera oportunidad para reparar ellos mismos la violación a un derecho fundamental, realidad que, tal y como veremos más adelante, no refleja el sistema de protección de los derechos fundamentales a nivel de la Unión Europea, en la medida en que el TJUE actúa en virtud de competencias propias en la aplicación del Derecho de la Unión²³⁸.

Además, mediante el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se espera que se establezca el estándar mínimo con el que todos los Estados miembros deben garantizar los derechos fundamentales.

Las normas e instituciones de derechos humanos internacionales cumplen así una función de extraordinaria importancia al complementar la tutela existente en el plan nacional, y al promover avances y/o impedir retrocesos en la protección de los derechos fundamentales llevada a cabo por los Estados sometidos a este sistema internacional.

Al respecto, es importante observar que el sistema europeo ha alcanzado un grado tal de influencia en los ordenamientos jurídicos internos que, de hecho, se puede afirmar que el CEDH ha cumplido con el principal objetivo de un tratado internacional de derechos humanos: establecer una profusa interacción entre garantías nacionales e internacionales en pro de una mayor protección de los individuos²³⁹.

La trascendencia de este sistema de protección está relacionada, si lo comparamos con otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos

²³⁸ A este respecto, nos remitimos a la enseñanza de Ricardo Alonso García cuando subraya que, “*a diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se enmarca en un contexto, el de la propia Unión, el cual, construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora, tiende a desplazar, en aras a la uniformidad y a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros, incluidas las derivadas de hipotéticos niveles nacionales de superior protección, si comparados con los que derivarían de la Carta*”. Véase *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 14.

²³⁹ Véase PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 8.

como por ejemplo el interamericano, con la existencia de un recurso individual y directo para defender los derechos asegurados en el CEDH²⁴⁰.

En efecto, el mecanismo de protección que establece el CEDH con la posibilidad de interponer demandas individuales contra el Estado directamente en el Tribunal nos permite hablar de verdaderos derechos subjetivos en favor de los particulares²⁴¹.

Para algunos autores, lo más significativo del sistema de protección internacional, en el ámbito del CEDH, nos es propiamente su catálogo de derechos, sino los medios de protección y aseguramiento de los mismos que se han articulado desde la entrada en vigor del Convenio, con vistas a reforzar la eficacia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que contiene²⁴².

De todos modos, no se puede negar que, en lo tocante a los derechos recogidos por el CEDH, aunque en muchos supuestos revelen garantías que coinciden o que no superan las establecidas a nivel estatal, el alcance más amplio dado por el TEDH a algunos derechos, como es particularmente el caso del derecho a la vida privada, o la propia forma de regulación de unas limitaciones específicas a los derechos del CEDH, más rigurosa en ciertos aspectos que la observada en ámbito nacional, conducen a una tendencia de protección más elevada.

Además, es importante subrayar que, según la jurisprudencia desarrollada por el TEDH, el Convenio, como un instrumento constitucional del orden público europeo, ha implicado la creación de un orden objetivo de los derechos en él enumerados, en el sentido de que los Estados se comprometen a observarlos respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción – no solamente de sus nacionales –, y sin condiciones de reciprocidad, es decir, independientemente de la conducta de los Estados co-signatarios. Así, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más allá de una red de

²⁴⁰ LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, "Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales", en AAVV (Javier Corcuera Atienza Coord.), *La protección de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 126/135.

²⁴¹ Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007.

²⁴² Véase GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 149.

compromisos bilaterales y sinalagmáticos, se establecen obligaciones objetivas que se benefician de una garantía colectiva²⁴³.

En este contexto, el CEDH revela la importancia de su vocación de complementariedad de los sistemas nacionales, al posibilitar una actualización del ámbito de protección de los derechos fundamentales recogidos en cada una de las Constituciones, en especial en aquellos Estados verdaderamente cooperativos que, en un ejercicio de concordancia práctica con el derecho internacional público²⁴⁴, se adhieren en su labor jurisdiccional a las apreciaciones del convenio en su actual estado de desarrollo.

Por otra parte, nos encontramos con el sistema de protección que se ha desarrollado en el ámbito de la Unión Europea y que se ha impulsado con el pleno valor jurídico de la CDFUE, que cumple un papel diferente en el escenario de la protección de los derechos en Europa.

En efecto, cuando pensamos en la protección regida ahora por la CDFUE, debemos considerar que ya no se trata de una tarea complementaria con la que se supla las deficiencias y corregir eventuales fallos de los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales.

Interesa señalar, tal y como expondremos en la segunda parte de este capítulo, que también se puede reconocer a la Unión Europea una función de control y vigilancia de la protección de los derechos fundamentales, que se desarrolla a nivel estatal en los términos previstos en el art. 7 del TUE.

Así, el Tratado de la Unión Europea establece la posibilidad de sanciones a Estados miembros donde se constate un claro riesgo de violación grave de los valores contemplados en el artículo 2 del mismo Tratado, entre ellos el respeto a la dignidad humana, la libertad, la igualdad, y los derechos humanos, incluyéndose entre estos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

²⁴³ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía*.

²⁴⁴ La expresión es de MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Direitos Fundamentais*, Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 571. Para la versión en alemán, véase MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Grundrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

No obstante, la función primera de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales consistiría en la ordenación y limitación del poder supranacional en garantía de derechos, y tendría como eje de actuación la CDFUE, cuya aplicación ha de conformar el ordenamiento de la Unión Europea con valores distintos a los de naturaleza esencialmente económica, todo esto con la finalidad de proteger al individuo frente a eventuales violaciones y abusos en el desempeño del cometido que se ha conferido a la Unión Europea.

La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea persigue el control de la actividad legislativa y administrativa, a semejanza de lo que pasa en los Estados miembros, no sólo imponiendo límites, sino también exigiendo acciones positivas a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión.

En definitiva, lo decisivo en todo el proceso de estructuración de un sistema de protección de derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea es que sigan existiendo garantías eficaces del ejercicio de la libertad en igualdad también frente a los poderes de nivel supranacional.

El debate de los derechos fundamentales en la Unión Europea se refiere, como pieza clave del constitucionalismo de actualidad, a los intentos de perfeccionarla en cuanto comunidad política articulada en torno a la ciudadanía donde se encuentren debidamente establecidos procedimientos de control y de exigencia de responsabilidad política en la Unión Europea²⁴⁵.

Además, tenemos que reconocer que la CDFUE, a diferencia del CEDH, más que un sistema de protección de derechos fundamentales, revela un orden jurídico propio, es decir, constituye la expresión de un ordenamiento político que produce normas y que ejercita actividades jurisdiccionales y administrativas²⁴⁶.

De este modo, es preciso ser conscientes de que cada nivel de protección de los derechos fundamentales en ese entramado normativo y jurisdiccional que se ha ido

²⁴⁵ Veáse BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, *op. cit.*, p. 205 y ss.

²⁴⁶ Cfr. PACE, Alessandro, "¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares.", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1er. semestre de 2001, p. 183.

tejiendo en Europa parte de diferentes concepciones de existencia y actuación y, por lo tanto, ha de seguir guiones interpretativos distintos pero necesariamente marcados por una “aplicación idónea para la coherencia”²⁴⁷.

Así pues, pese que cada órgano jurisdiccional esté llamado a cumplir una tarea distinta en cada uno de los niveles de protección – los Tribunales Constitucionales garantizan los derechos fundamentales previstos en sus respectivas Constituciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo hace en la aplicación del Derecho de la Unión de acuerdo con las competencias establecidas en los Tratados Fundacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando haya un acto de los Estados Partes que viole el dispuesto en el CEDH – en la práctica nos encontramos continuamente con supuestos que exigen una verdadera concurrencia entre las instancias, en tanto en cuanto surge la necesidad de determinar un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales.

Con ello, no queremos decir que no existan intérpretes preeminentes y/o prevalentes en materia de derechos fundamentales en el espacio normativo europeo, sino que cada tribunal, aunque tenga como referencia principal su propio ordenamiento jurídico y por lo tanto sea competente para decidir las controversias de derechos fundamentales en sus respectivos ámbitos de protección, ya no actúa aisladamente, sino que depende cada vez más de la cooperación con otras instancias jurisdiccionales.

No obstante, las complejas relaciones interordinamentales en el ámbito europeo exigen tomar conciencia de que la última fuente de autoridad jurisdiccional no reside en una sola instancia, sino en el resultado de un diálogo entre todas ellas²⁴⁸ que posibilita una continua actualización e, incluso, una evolución de sus textos legales y respectivas interpretaciones, al tiempo que permite que la protección iusfundamental de un nivel

²⁴⁷ Véase KOTZUR, Markus, "Los derechos fundamentales en Europa", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Trad. Cristina Elías Méndez, núm. 2, julio-diciembre de 2009, p. 95.

²⁴⁸ En este sentido, SARMIENTO, Daniel, *Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004, p. 50. A propósito, véase GOMES CANOTILHO, J. J., "Principio y «nuevos constitucionalismos». El problema de los nuevos principios", disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/07JJGomesCanotilho.htm>, que señala el Derecho constitucional en la Unión Europea se ha convertido en “Derecho constitucional interjurisdiccionalizado” y, por lo tanto, es hoy el producto de “conversaciones” entre tribunales.

se estructure de tal modo que no desprecie, neutralice o amenace las especificidades de la cultura constitucional de los demás niveles.

En realidad, debemos tener siempre en cuenta que el pluralismo existente en la Europa de los derechos no se refiere sólo a la existencia de una pluralidad de fuentes, sino también a una pluralidad de jurisdicciones y, por ende, remite a una concurrencia de demandas y posiciones políticas diversas.

Estamos, por lo tanto, delante de un renovado modelo político en el seno del cual existen distintos centros de poder que no se relacionan en un esquema de subordinación o jerarquía entre las instancias decisorias. Un nuevo paradigma normativo impone una actitud preferentemente cooperativa y receptiva entre los actores de los distintos niveles de protección de los derechos fundamentales en Europa.

Ya no se puede hablar de un monopolio en el control del respeto y realización de los derechos fundamentales, como tampoco se puede contemplar a los distintos sistemas de protección de los derechos fundamentales como realidades opuestas. Así una actuación exitosa de cada uno de los sistemas y, por ende, una eficiente salvaguardia del ser humano ante los nuevos retos dependerá de la articulación e integración de los sistemas de protección entre sí.

En definitiva, la internormatividad ya no da lugar al aislamiento, sino que abre el camino hacia una influencia y simbiosis continua entre los espacios de los derechos y sus respectivos Tribunales.

En el actual contexto de Estados transformados, debemos partir necesariamente de la premisa señalada por PETER HÄBERLE de que *“el Derecho constitucional no empieza donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el Derecho internacional no termina allí donde empieza el Derecho constitucional”*²⁴⁹.

Las cuestiones de derechos fundamentales, tanto las de la Unión Europea como las de los Estados miembros, según subraya FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, no

²⁴⁹ Véase *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, p. 263.

pueden ser abordadas desde una perspectiva exclusivamente nacional o europea como si trataran de espacios estancos²⁵⁰.

El derecho constitucional europeo no es ajeno al derecho constitucional de los Estados miembros, sino que, por el contrario, debe ser parte y prolongación de la realidad constitucional de cada uno de ellos.

De este modo, el derecho de cada Estado miembro es elemento fundamental del derecho europeo, al igual que el derecho nacional recibe innegablemente influencias del ordenamiento de la Unión Europea.

La nueva estructuración del poder político que se ha ido estableciendo con el proceso de integración europea exige, tal y como veremos en la tercera parte del presente trabajo, un método integrador que propicie la articulación equilibrada y concertada entre cada uno de los espacios constitucionales de la Europa actual que, pese a su autonomía, han de coordinarse en interdependencia para que se pueda determinar, según nos enseña el maestro PETER HÄBERLE, la Constitución real tanto de Europa como de cada uno de sus Estados miembros²⁵¹ y, al fin y al cabo, lo que revelan los derechos fundamentales en cada uno de los espacios normativos.

La Europa actual nos impone una percepción inevitablemente plural de la realidad con la consiguiente apertura de las instituciones a la perspectiva ajena, con el fin de impulsar una actitud "discursiva y dialogante"²⁵² de todos los actores comprometidos con el proyecto europeo que no puede, en definitiva, centrarse exclusivamente en uno de los dos polos: el Estado o la Unión Europea²⁵³.

Así pues, el derecho constitucional europeo se revela ahora como una estructura en red, que exige la participación conjunta de los variados agentes de la integración, en una permanente interacción jurídica entre los espacios constitucionales relativos y

²⁵⁰ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", en *Revista de Direito Público*, núm. 35, pp. 7-23.

²⁵¹ "¿Tienen España y Europa una Constitución?", Trad. Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 353-393.

²⁵² SARMIENTO, Daniel, *Poder Judicial e Integración Europea*, op. cit., p. 299.

²⁵³ AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, Civitas, 2002, p. 68.

parciales de los Estados miembros, así como también de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

Los actores jurídicos de los diferentes espacios constitucionales europeos han de considerar las diferentes perspectivas existentes en Europa para que puedan decidir los casos de derechos fundamentales satisfactoriamente. Ya no se espera que trabajen de forma aislada, sino a la luz del Derecho europeo en su sentido más amplio, de manera que la toma de decisiones jurídico-políticas sea fruto de la interacción de los distintos espacios normativos que hoy articulan el ordenamiento jurídico europeo.

De esta manera, estos actores no pueden encerrarse en su mundo jurídico y dictar sus decisiones teniendo en cuenta únicamente su propia lógica interna. Deben, pues, orientar sus acciones desde la óptica del pluralismo constitucional que, como abordaremos en la tercera parte del presente trabajo, intenta no conceder una primacía absoluta ni a las normas nacionales ni a las europeas, sino armonizar las relaciones institucionales, teniendo siempre presente al otro ordenamiento y sus respectivas exigencias y necesidades.

El ordenamiento de la Unión Europea, como ya señalaba el propio Tribunal de Justicia en una sentencia de 1982²⁵⁴, surge de una interpenetración no sólo económica, sino también jurídica, en la que el espacio jurídico europeo viene a consolidarse a través de actitudes aplacadas por el deber de cooperación²⁵⁵ y de un “espíritu comunitario” en pro de la integración democrática de Europa.

Como corolario del análisis de la situación normativa actual, la comparación jurídica surge como instrumento ideal para la estructuración del derecho constitucional europeo, que tiene como referente un espacio constitucional plural, y como fuerza motriz la formación de una cultura jurídica en unidad y diversidad.

²⁵⁴ Véase la Sentencia del 18 de mayo de 1982, Asunto 115/79, AM&S Europe/Comisión.

²⁵⁵ Francisco Lucas Pires llama la atención de que el deber de cooperación, hoy previsto en el artículo 4º, 3, del Tratado de la Unión Europea, trae en sí un doble sentido, debiendo ser observado tanto ascendente como descendentemente, de modo que Unión Europea y Estados no sólo deben respetarse mutuamente para la consecución de las misiones derivadas de los Tratados, sino también para la preservación de las identidades nacionales y sus valores constitucionales. Al respecto, véase la obra del citado autor *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 108.

De hecho, PETER HÄBERLE defiende que el método comparatista es un vehículo para una perspectiva eurocomún, plausible de ser empleado en Europa preferentemente como un método exegético que, reconociendo el pluralismo, posibilite el desarrollo de una cultura común europea²⁵⁶.

En la opinión del maestro alemán, se trata, pues, de profundizar en lo más hondo de la cultura jurídica de cada uno de los Estados constitucionales en particular y extraer, a la luz de los factores comunes, lo concordante y lo familiar, de modo que, a través de este ejercicio comparativo, sea delineado el sustrato común de las distintas culturas jurídicas para construir una Europa integrada sobre la base de valores constitucionales comunes.

La aludida quinta vía hermenéutica aparece como la “clave común europea”, siendo el método por excelencia de elaboración del contexto europeo que se crea o se confirma a través de los fenómenos de recepción y reproducción jurídica que, como verdaderas fuerzas productoras de una integración jurídica, permiten un desarrollo gradual de los textos jurídicos²⁵⁷.

De esta manera, el derecho comparado cobra importancia no sólo como una vía para fomentar la interacción de los distintos actores en busca de respuestas comunes, sino también como medio de incentivar una reflexión de las propias estructuras internas frente a los cambios impuestos por la apertura de los Estados a esa nueva realidad de distintos espacios constitucionales que coexisten, interaccionan y se complementan en varios niveles.

Además, según nos enseña también PETER HÄBERLE, el Estado Constitucional se está articulando progresivamente, como una propia exigencia cooperativa, hacia un razonamiento cada vez más universal en sus elementos, especialmente en materia de derechos fundamentales, con lo que el derecho comparado debe constituir el método

²⁵⁶ Cfr. “El proceso constitucional en Europa”, AAVV (Miguel A. García Herrera Ed.), *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España. (Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Bilbao, 2005, pp. 52-53.

²⁵⁷ HÄBERLE, Peter, "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica", trad. Emilio Mikunda Franco, en AAVV (Antonio-Enrique Pérez Luño Coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 159.

de interpretación esperado especialmente en este ámbito, pues su universalidad se corresponde con la universalidad del Estado Constitucional²⁵⁸.

Esta perspectiva hermenéutica también ha de ser tenida en cuenta en el ámbito del Derecho de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, en la medida en que, como veremos a continuación, todavía se estructuran en forma de principios generales del Derecho, al tiempo que la propia Carta, con la debida fuerza jurídica después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, consagra el Derecho Constitucional Común Europeo como una regla interpretativa del alcance de los derechos fundamentales tutelados por la Unión Europea²⁵⁹.

No obstante, el citado maestro alemán, con su sensibilidad académica pondera que estos fenómenos exigen de los Estados receptores una gran conciencia y cautela para que, mediante la observación y reelaboración de lo típicamente individual y lo propio de los Estados constitucionales vecinos, la recepción jurídica se convierta en un fenómeno creativo, y que en ese proceso de aproximación de las culturas jurídicas y de creación de un pensamiento jurídico común, no se incurra en el error de reducir a un común denominador justamente aquello que debe ser y permanecer diferente²⁶⁰.

De lo contrario, la integración europea correría el riesgo de reducir la pluralidad a uniformidad. No se trata de eso. El proceso de integración europea, en el que se insertan los casos de derechos fundamentales, no es, en nuestra opinión, un instrumento de allanamiento y nivelación uniforme, ni de igualamiento forzoso de todo derecho constitucional nacional, como si la respuesta para Europa fuese una simple "tabula rasa para todos"²⁶¹.

La comparación jurídica, para una aplicación apropiada, debe ser abordada desde una perspectiva cultural, de tal forma que, en un proceso de diálogo y observación crítica, el intérprete sea capaz de explicar y justificar las diferencias de los

²⁵⁸ En este sentido, véase "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas.", *op. cit.*, pp. 391 y ss.

²⁵⁹ Véase, al respecto, ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 146 y ss.

²⁶⁰ HÄBERLE, Peter, "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica", *op. cit.*, pp. 156/159.

²⁶¹ Cfr. HÄBERLE, Peter, "Derecho Constitucional Común Europeo", Trad. Emilio Mikunda Franco, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, enero-marzo de 1993, pp. 7-46.

ordenamientos jurídicos que en Europa se yuxtaponen, así como de conducirlos a elementos comunes²⁶².

En otras palabras, el planteamiento cultural en la comparación jurídica permite mostrarla como una “escuela de la verdad que extiende y enriquece el repertorio de soluciones y ofrece al estudioso oportunidad de encontrar la mejor solución para su tiempo y lugar”²⁶³.

Es, pues, el camino para unir la diversidad en un proceso aprendizaje e intercambio recíproco a través del cual todos pueden evolucionar a partir de los puntos de vista ajenos y actuar en torno a valores compartidos y en pro de un futuro común, lo que promovería lazos más estrechos entre los agentes de la integración que, a la postre, pasarían a reconocer en el otro algo de sí mismos.

La protección de los derechos fundamentales en Europa, en cada uno de los niveles – nacional, internacional y supranacional – de protección, debe, pues, regirse por una orientación metodológica integradora. A fin de cuentas, la tutela de los derechos fundamentales en Europa ha de ser una obra conjunta y compartida entre el Derecho de la Unión, las Constituciones de sus Estados miembros, y del CEDH, para que se pueda estructurar bajo la lógica de la interacción dialéctica de los distintos ordenamientos y sistemas de protección.

La Europa de los Derechos debe desarrollarse, tal como la propia CDFUE deja entrever en sus disposiciones generales, dentro del marco de un constitucionalismo plural que acabe por fin con el equívoco de desvincularse o aun contraponerse a los espacios jurídicos de la Unión Europea y de sus Estados miembros²⁶⁴.

Por lo tanto, construir una Europa unida en y para los derechos fundamentales pasa también por superar el clásico paradigma basado en sociedades nacionales aisladas y autorreferentes, y por reordenar las relaciones de poder desde un paradigma

²⁶² En este sentido, HÄBERLE, Peter, "Métodos y principios de la integración constitucional. Un catálogo de problemas.", *op. cit.*, p. 681.

²⁶³ Véase ZWEIGERT, K. y KORTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, Vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 12, citado por LEANARTS, Koen, "Interlocking legal orders in the European Union and comparative law", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, octubre de 2003, p. 879.

²⁶⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", en *Revista de Direito Público*, núm. 35, pp. 7-23.

emergente de sociedades en la esfera internacional que se articulan bajo una actitud de deferencia y diálogo frente a las demás.

2 – LA PROTECCIÓN PRETORIANA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL RECURSO A LOS PRINCIPIOS GENERALES

Como se sabe, los Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas, por diferentes razones discutidas por la doctrina²⁶⁵, guardaban silencio respecto a la protección de los derechos fundamentales de las personas eventualmente afectadas por su aplicación.

Mientras parte de la doctrina entiende que los motivos que llevaron a la ausencia en el Tratado de Roma de disposiciones referentes a la tutela de derechos fundamentales residía en el carácter exclusivamente económico de las Comunidades que entonces se creaban, cuya actuación no suscitaría problemas de esa naturaleza, hay otros autores que afirman que el orden jurídico que establecían los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas estaba marcado por la construcción de un espacio económico común, e imputaban la ausencia de una disposición general sobre derechos fundamentales en los Tratados fundacionales a una decisión consciente de sus redactores, que no vislumbraban en Europa un clima propicio para una integración guiada por otros valores.

Además, como la concepción mayoritaria sobre la naturaleza de los derechos fundamentales en la época de la redacción de los tratados comunitarios incluía sobre todo derechos civiles y políticos, era difícil suponer posibles interferencias entre las regulaciones de las Comunidades en materia económica y los derechos fundamentales.

De esta manera, el objetivo primordial de las Comunidades Europeas era promover un desarrollo armónico de la vida económica, y el silencio de los tratados fundacionales relegó, por lo menos en un primer momento, el control de los derechos

²⁶⁵ Véanse, entre otros, MANCINI, G. Federico, "The making of a Constitution for Europe", en *Common Market Law Review*, Vol. 26, 1989, pp. 595-614, CÁMARA VILLAR, Gregorio, "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 9-42; FREIXES SANJUAN, Teresa, "Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005; DE BÚRCA, Gráinne, "The language of rights and european integration", disponible en «http://aei.pitt.edu/6920/01/de_b%C3%BArca_gr%C3%A1inne.pdf», así como también GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales: "Las constituciones de entonces ya no son las mismas"*, Madrid, CEPC, 2012, pp. 111-112.

fundamentales reconocidos en sus propios ordenamientos al plano nacional, al tiempo que dejaba a cargo del Consejo de Europa una garantía jurídica a escala supranacional.

La realidad europea, tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial, sería pues conformada por dos vías paralelas, una la del respeto y la garantía de los derechos humanos, y otra, la de un mercado común europeo, que permitirían que desde la regulación del comercio y de la producción industrial en ámbitos importantes como el carbón y el acero, fuesen creadas unas bases comunes de desarrollo económico donde sentar los cimientos reales para una paz duradera en Europa.

Así las cosas, los Tratados fundacionales se limitaban a establecer las reglas acerca de las cuatro libertades económicas y los principios de no discriminación por razón de nacionalidad o de sexo²⁶⁶, ya que su objetivo central era afianzar en Europa el desarrollo de un espacio económico común, dejando al margen el establecimiento de un catálogo de derechos verdaderamente vinculados al respeto de la dignidad, la libertad o a la seguridad de las personas en el ámbito de las Comunidades.

Ante tal silencio, el Tribunal de Justicia, en la primera oportunidad que tuvo para manifestarse sobre la materia, se declaró incompetente para decidir en situaciones que afectaban a los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente a nivel de los Estados miembros, pues, como los derechos fundamentales no estaban comprendidos en el ordenamiento jurídico comunitario, una eventual restricción suya por acto de una autoridad de las Comunidades Europeas constituía una posible violación al orden interno del respectivo Estado miembro, respecto al cual el Tribunal no estaba autorizado a pronunciarse; del mismo modo que el propio derecho interno de los Estados miembros

²⁶⁶ Maria Luísa Duarte observa que las reglas de conformación de las libertades económicas, indirecta e instrumentalmente, acababan por repercutir en la esfera jurídica de los ciudadanos en la forma de derechos, las cuales han sido importantes para el reconocimiento de un verdadero estatuto del ciudadano europeo como individuo y no mero agente económico. Véase "O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem - uma defesa do "triângulo judicial europeu", disponible en «congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf», así como también *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992. Cabe también señalar que, hasta Maastricht, cuando los Tratados institutivos aludían a las personas, lo hacían, conforme destaca ULRICH K. PREUß, en su función de actores económicos y sus derechos, hasta entonces, estaban diseñados de acuerdo a los requerimientos funcionales de la integración económica y de la construcción de un mercado común, cuyo requisito era la circulación, sin trabas, de los diversos factores de producción en el continente europeo. Véase el texto del citado autor "Reflexiones preliminares sobre el concepto de ciudadanía europea", en *RIFP*, núm. 5, 1995, pp. 5-20.

definitivamente no podía constituir un parámetro de validez para el enjuiciamiento de los actos de las Comunidades Europeas²⁶⁷.

La actitud refractaria del Tribunal de Justicia, que negaba contundentemente la invocación de las Constituciones nacionales o de los instrumentos internacionales para analizar un determinado acto de las Comunidades Europeas, era potencialmente restrictivo de los derechos fundamentales, y además omitía la posibilidad de construir una vía autónoma para la tutela de dichos derechos en la Unión Europea, propiciando de esta manera un grave riesgo de ruptura con los sistemas de protección de los derechos fundamentales tan cuidadosamente forjados en la Europa de la postguerra.

En efecto, admitir que las Comunidades Europeas, a pesar de que hubieran experimentado un desarrollo acelerado, pasando a afectar a las personas en ámbitos cada vez más amplios de su vida cotidiana, no estaban vinculadas a ningún mecanismo de protección de derechos fundamentales, llevaba a vislumbrar la propia integración europea como un retroceso en lo tocante a la tutela de tales derechos y, por lo tanto, la propia cesión de competencias a las Comunidades fue vista como un peligro potencial contra los derechos fundamentales amparados por las constituciones nacionales, los cuales escaparían igualmente del control del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en esta época ya había sido ratificado por cinco de los seis Estados fundadores (Francia no lo ratificaría hasta 1974).

De este modo, un asunto que los redactores de los Tratados constitutivos han considerado en principio de escasa importancia práctica para el proyecto europeo de entonces, hasta tal punto que optaron por no establecer preceptos acerca de los derechos fundamentales, se transformó en una de las cuestiones más controvertidas del derecho comunitario que, incluso, asumió el carácter de una seria disputa judicial²⁶⁸: la llamada rebelión de los Tribunales constitucionales ante el déficit de protección otorgada a los derechos fundamentales por las Comunidades Europeas.

Nos referimos aquí a las famosas sentencias Frontini (1973) y Solange I (1974) de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán respectivamente.

²⁶⁷ En este sentido, véase la Sentencia de 4 de febrero de 1959, Asunto 1/58, Friedrich Stork & Cie/Alta Autoridad de la de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

²⁶⁸ Cfr. MANCINI, G. Federico, "The making of a Constitution for Europe", *op. cit.*, p. 609.

En el caso Frontini, la Corte constitucional italiana sentó las bases de la doctrina de los contralímites, posteriormente reiterada en las sentencias Granital (1984) y Fragd (1989), según la cual la limitación de la soberanía de Estados, cuyos ordenamientos se fundan en los principios del Estado de Derecho y en la garantía de las libertades esenciales de los ciudadanos, que se observaban con el proceso de integración europeo, no podría bajo ningún concepto significar un poder inadmisibles de violación de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o de los derechos inalienables de la persona humana por parte los órganos de las Comunidades.

A su vez, el Tribunal Constitucional Federal alemán se declaraba competente para enjuiciar la constitucionalidad de todo acto de los poderes públicos alemanes destinado a la aplicación de una norma comunitaria, al sostener, en el caso Solange I, que “en tanto no se haya alcanzado un desarrollo suficiente del proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un parlamento y con vigencia efectiva que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un Tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal a través del procedimiento de control de normas” para que se revise la adecuación de las normas comunitarias de derecho derivado con la norma suprema alemana.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia reconsideró su línea jurisprudencial inicial, llamando para sí, a partir del asunto Stauder²⁶⁹, el papel de garante de los derechos fundamentales, de modo que se puede decir que la salvaguardia de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea ha sido posible, pese a la naturaleza preferentemente instrumental de tal protección²⁷⁰, gracias a la labor del Tribunal de Justicia.

²⁶⁹ Véase la Sentencia de 12 noviembre de 1969, Asunto 29/69, Erich Stauder/Ciudad de Ulm, Sozialamt.

²⁷⁰ Para mayores reflexiones sobre el tema, véanse DE BÚRCA, Gráinne, "The language of rights and european integration", disponible en «http://aei.pitt.edu/6920/01/de_b%C3%BArca_gr%C3%A1inne.pdf», así como AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "Del Derecho Constitucional Común Europeo a la Constitución Europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, pp. 343-373.

En sentencias siguientes, como las dictadas en los asuntos Internationale Handelsgesellschaft²⁷¹ y Nold²⁷², el Tribunal de Justicia perfecciona su construcción jurídica en relación al debido respeto a los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, llegando a una fórmula más precisa y acabada en los fallos de los asuntos Rutili²⁷³ y Hauer²⁷⁴, según la cual los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario²⁷⁵, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, en especial el CEDH.

Posteriormente, en el asunto Wachauf, el Tribunal de Justicia reordenaría su jurisprudencia anterior en materia de derechos fundamentales, concretando un entendimiento sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea que se ha mantenido, a grandes rasgos, hasta la actualidad, en los siguientes términos de referencia:

“[L]os derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han

²⁷¹ Véase la Sentencia de 17 de diciembre, Asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

²⁷² Véase la Sentencia de 14 de mayo de 1975, Asunto 4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung/Comisión.

²⁷³ Véase la Sentencia de 28 de octubre de 1975, Asunto 36/75, Roland Rutili/Ministro del Interior.

²⁷⁴ Véase la Sentencia de 13 de diciembre de 1979, Asunto 44/79, Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz.

²⁷⁵ Sobre la creación y formación de los principios generales del Derecho de la Unión, véase, a modo de ejemplo, ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, Civitas, 1989.

*adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario*²⁷⁶.

De este modo, se reconocerían los derechos fundamentales como “principios generales”, como el Consejo de Estado francés habría hecho fijando un cuerpo de principios esenciales, no consignados por escrito, sino contenidos en su jurisprudencia²⁷⁷, o bien, como ha señalado algún otro autor, de la manera en que lo hacían las Cortes británicas en el proceso de desarrollo de su derecho consuetudinario²⁷⁸.

Sea como fuere, desde el recurso a los “principios generales”, el Tribunal de Justicia ha reconocido los derechos fundamentales como integrantes de las fuentes del derecho comunitario y, como tales, podrían servir como fundamento de validez y canon para la aplicación de los actos derivados que colisionaran con ellos, de modo que el Tribunal de Justicia ya no podía considerar que su tutela no se encuadraba en las atribuciones de las Comunidades Europeas, incluso aunque en los Tratados fundacionales se obviase por completo el tema de los derechos fundamentales.

Además, bajo dicha denominación genérica, se les reconocía a los derechos fundamentales la posibilidad de imponerse a las instituciones comunitarias en la elaboración y en la aplicación del Derecho derivado, así como también a los Estados miembros cuando actúen en el ámbito del Derecho comunitario, desplegando, además, efectos interpretativos para que el propio Derecho originario escrito fuera aplicado de forma consistente con aquellos, o incluso, con una eficacia vinculante respecto al ejercicio de los poderes de la Unión para celebrar tratados²⁷⁹.

²⁷⁶ Véase la Sentencia de 13 de julio de 1989, Asunto 5/88, Hubert Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft.

²⁷⁷ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 19, núm. 50, 2015, p. 198.

²⁷⁸ Al respecto, véase TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EC Law*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 4.

²⁷⁹ A modo de ejemplo, véanse SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 176/218; TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EC Law*, *op. cit.*, pp. 32-38.

En efecto, a los principios generales del Derecho se les debe otorgar una gran importancia para integrar vacíos normativos y servir como referencia interpretativa, funcionando, para los ordenamientos jurídicos en general, como elementos informadores y supletorios, que, en el caso específico del ordenamiento comunitario que se formaba, se han revelado, además, como cauce para un control significativo del ejercicio de las competencias estatales que habían sido cedidas a las Comunidades, a la vez que han aportado una contribución creativa del Tribunal de Justicia para el cambio de la propia percepción de la naturaleza de las Comunidades como una mera organización supranacional hacia un comunidad de derecho de perfil constitucional²⁸⁰.

No obstante, interesa subrayar que la referencia a los “principios generales” aportaba únicamente la idea general de que el respeto de los derechos fundamentales es una base del Derecho, aplicable también como tal al derecho comunitario, pero esta concepción no diría nada en concreto sobre el alcance real de los derechos fundamentales que serían protegidos por el derecho comunitario, con lo cual la determinación de la existencia y el alcance de un derecho fundamental determinado en el seno de las entonces Comunidades Europeas se daba individualmente y de forma pretoriana a través de las sentencias del TJUE.

Para esto, el Tribunal de Justicia, como hemos subrayado, ha acudido a los ordenamientos jurídicos nacionales a través de las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros, así como también a los instrumentos internacionales para, siguiendo sus propios criterios, dotar de contenido los “principios generales del derecho” en este ámbito²⁸¹.

El Tribunal de Justicia propugnaba, aunque recurriendo al método comparatista, que la base jurídica para la protección de esos derechos debía encontrarse en el ordenamiento comunitario y, por lo tanto, establecía un parámetro supranacional

²⁸⁰ Sobre este doble aspecto de los principios generales como fuente del Derecho comunitario, véase TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EC Law*, op. cit., p. 4.

²⁸¹ Cfr. PI LORENS, Montserrat, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona: Editorial Ariel, 1999, p.68, apoyada, en este aspecto, en la enseñanza de Pierre Pescatore.

orientador en la configuración material de los derechos fundamentales dignos de su protección²⁸².

Referido Tribunal analizaba caso por caso si, desde el punto de vista comunitario, el derecho invocado era realmente un derecho fundamental reconocido por el derecho comunitario, cuyo contenido específico se definiría entonces con el auxilio de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de los demás instrumentos internacionales, siempre con vistas a la persecución de los objetivos de las Comunidades.

Así que el juez comunitario ha incorporado los contenidos normativos de los derechos fundamentales, ya sean de fuente nacional y/o convencional, al ordenamiento comunitario, en la forma de principios generales del Derecho, pasando a interpretarlos y aplicarlos según las reglas y los criterios propios del derecho comunitario²⁸³. Para posibilitar la protección de los derechos fundamentales en el seno comunitario, el Tribunal de Justicia no empleará como normas de referencia o fuente vinculante una determinada disposición de un texto constitucional nacional dado, sino que integrará la norma comunitaria por el empleo de los principios generales del Derecho comunitario, informados por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que, a su vez, se plasman igualmente en fuentes cualificadas como son los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por último, el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de un núcleo común de derechos fundamentales en referencia expresa al CEDH, lo que, desde una visión de conjunto de su jurisprudencia inicial sobre derechos fundamentales, deja entrever su clara opción por un método de imbricación de distintos catálogos, revelador tanto de

²⁸² Bastante ilustrativo de tal posicionamiento del Tribunal de Justicia es el ya citado caso *Internationale Handelsgesellschaft* en cuya sentencia se establecía que *“en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza ese Tribunal de Justicia”, pero “la salvaguardia de dichos derechos, aunque inspirándose en tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada, en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad”*.

²⁸³ Al respecto, DUARTE, Maria Luisa, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem - uma defesa do “triângulo judicial europeu”, op. cit.*, disponible en «congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf».

los derechos fundamentales tutelados, como del estándar de protección que les sería concedido²⁸⁴.

De este modo, las Constituciones nacionales y el CEDH han desempeñado y desempeñan hasta la actualidad un efecto de irradiación importante sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, actuando como fuentes de conocimiento jurídico del Derecho de la Unión²⁸⁵.

En este sentido, cabe destacar al CEDH por el hecho de que existe la presunción en su favor de que constituye el parámetro mínimo jurídico-fundamental en Europa, mientras que en relación con las garantías concretas y más amplias recogidas en los instrumentos de protección nacionales surge la necesidad previa de comprobar que corresponden a una tradición común.

Por otra parte, el TJUE, en una función conductora normativa para la definición de las tradiciones constitucionales comunes, realiza una comparación jurídica crítica en la que no interviene nunca el método del mínimo común denominador, de modo que no se considera imprescindible que los principios jurídicos así desarrollados aparezcan siempre al mismo tiempo en todos los ordenamientos comparados conforme a su formulación concreta en el plano de la Unión.

Mientras el CEDH podría reflejar con mayor precisión los valores y derechos compartidos entre los Estados miembros, el TJUE, a partir de las tradiciones constitucionales comunes, podría reconocer que un derecho determinado estaría integrado por los principios generales si varios Estados miembros, y no necesariamente todos ellos, reconocieran expresamente ese derecho.

La construcción jurídica del Tribunal de Justicia fue posteriormente asumida por las demás instituciones de las entonces Comunidades Europeas que, a través de Declaraciones conjuntas²⁸⁶, reafirmaban la vinculación de las Comunidades Europeas a la protección de los derechos fundamentales, compromiso que ha sido posteriormente

²⁸⁴ Véase TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 23.

²⁸⁵ En este sentido, MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 113.

²⁸⁶ Señalamos, en especial, la Declaración común del Parlamento europeo y de la Comisión de 1977 que daba cuenta de la importancia que estas instituciones otorgaban a la materia.

reconocido políticamente con la firma del Tratado de Maastricht²⁸⁷, manteniéndose, no obstante, el modelo pretoriano de tutela de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, no se puede cuestionar que la labor del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales ha sido notable y de suma importancia para que se pudiera colmar esa importante laguna existente en el ordenamiento jurídico comunitario.

Sin embargo, tampoco se puede negar que esa protección *ad hoc* de los derechos fundamentales trae consigo inconvenientes que nos inducen a concluir la insuficiencia de una tutela que se confina al ámbito jurisdiccional, ya que constituye un modelo de protección de los derechos fundamentales que padece de una inherente imprevisibilidad y de amplios márgenes de discrecionalidad interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, abriendo paso a decisiones casuísticas e incluso a posibles arbitrariedades.

De hecho, el carácter fragmentario de la protección otorgada a los derechos fundamentales en la Unión Europea introduce en el ordenamiento jurídico elementos de inseguridad jurídica indeseables. Así, siempre quedará la duda de si un derecho en particular sería o no reconocido por el Tribunal de Justicia como propio del Derecho de la Unión y, si fuera visto como tal, no sabríamos cuál sería su contenido y alcance efectivo, pues esto dependería en exclusiva de los procesos interpretativos del Tribunal de Justicia²⁸⁸.

En efecto, no sólo al Tribunal de Justicia se le era reconocida una libre atribución de decidir qué aspiraciones eran dignas de ser elevadas a la categoría de derechos fundamentales, como también tal método tampoco contribuía para establecerse, de modo menos subjetivo y por razones más relacionados al mérito sustancial de las discusiones, qué demandas habían de lograr a llegar ante su control²⁸⁹.

²⁸⁷ El artículo 6.2 del TUE, con la redacción según el Tratado de Maastricht, disponía: "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, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".

²⁸⁸ GOUCHA SOARES, António, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 16 y ss.

²⁸⁹ Véase DIEZ-PICAZO, Luis María, "¿Una constitución sin declaración de derechos? Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, mayo-agosto de 1991, pp.147 y ss.

De este modo, la determinación puramente jurisprudencial de los derechos fundamentales no configuraba un marco seguro y preciso de protección en la Unión Europea, en la medida en que se caracterizaba por una incertidumbre acerca de qué derechos fundamentales ostentaban los individuos y cuál sería el contenido razonablemente presumible de ellos.

Además, debemos recordar que una adecuada protección de los derechos fundamentales no se reduce a reconocer una tutela judicial de los mismos frente a injerencias injustificadas de los poderes públicos, sino que también impone a las instituciones una postura activa con el fin de promover o garantizar las condiciones materiales o jurídicas necesarias para su efectivo ejercicio. Tal y como hemos subrayado en el capítulo primero de este trabajo, ese giro en la comprensión de los derechos fundamentales presupone una redirección de la propia actividad de los poderes públicos que no se entiende orientada simplemente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación justa en sentido material²⁹⁰.

Desde esta perspectiva, podemos constatar la insuficiencia del sistema de protección de los derechos fundamentales erigido de modo discrecional por el Tribunal de Justicia a partir de presupuestos implícitos. Esto demuestra que los derechos fundamentales sólo pueden desenvolverse en pleno rigor cuando su garantía es promovida a través de normas de derecho positivo, es decir, cuando por fin son transformados en derecho positivo²⁹¹, lo que también dota a la labor jurisdiccional de una tarea hermenéutica legitimada por las sendas dejadas por el constituyente.

En este sentido, un catálogo formal de derechos en el seno de la Unión Europea posibilitaría suplir las insuficiencias propias de un modelo pretoriano de tutela de los derechos fundamentales, pues proveería un marco de protección más sólido y estructurado, y reforzaría la legitimidad para intervenir en el control de los actos de las

²⁹⁰ Véase, al respecto, BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, p. 40 y MÜLLER, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales*, Trad. de Alberto Oechling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2016, p. 55.

²⁹¹ En este sentido, véase ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 93 y ss.

instituciones europeas y de los Estados miembros, incluidos los de tipo legislativo, al aplicar el Derecho de la Unión²⁹².

Por otra parte, un texto positivo podría servir de base para las reivindicaciones de procedimientos legislativos y políticas públicas europeas en materia de derechos fundamentales que, a nuestro juicio, constituyen elementos importantes para posibilitar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos europeos, y para promover la participación de éstos en la vida política, económica y social de la “comunidad constitucional en desarrollo que es hoy la Unión Europea”²⁹³.

Asimismo, se puede vislumbrar que una inserción de los derechos fundamentales en la realidad de la Unión Europea más allá del reconocimiento jurisprudencial, abre camino a un importante giro de legitimidad de la Unión Europea desde una “legitimidad funcional” hacia una “legitimidad de origen” en la que los derechos fundamentales, como cimientos que son de la acción pública, han de orientar el modo y las condiciones desde las cuales se fijan y cumplen los objetivos de la Unión²⁹⁴.

Cabe también subrayar que el sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea determina una situación institucional singular según la cual el Tribunal de Justicia actúa, al mismo tiempo, como constituyente y legislador ordinario, alejándose, así, del modelo existente en un orden constitucional estructurado en el que, de acuerdo con la opinión de FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, “se intenta un equilibrio en la realización de los derechos fundamentales entre tres agentes esenciales: constituyente, legislativo y jurisdiccional, que interactúan sobre un contexto previamente definido, las disposiciones y normas constitucionales”²⁹⁵.

No podemos dejar de observar que, a partir del momento en que el Tribunal de Justicia establece que la protección de los derechos fundamentales en las entonces Comunidades Europeas tiene que darse a la luz del derecho comunitario, las libertades

²⁹² Observamos que, más adelante, la CDFUE, en cuanto catálogo escrito de derechos, será objeto de estudio. En este momento, hemos buscado realizar un primer análisis, desde una perspectiva evolutiva, del sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

²⁹³ La expresión es de PETER HÄBERLE en el texto “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 11-24.

²⁹⁴ Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario Europeo*, op. cit., p. 225.

²⁹⁵ “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 29.

económicas han pasado indudablemente a guiar el contenido de dichos derechos, dando lugar a una indeseable inversión del papel que los derechos fundamentales deben desempeñar en un ordenamiento dado.

A fin de cuentas, el mercado no es la medida de ser humano, sino que la dignidad humana y la persona como “sujeto y objeto” han de ser la premisa antropológica cultural de cualquier comunidad constitucional, de modo que mercado y economía se rijan siempre según principios democráticos y unos valores superiores y no al contrario, dejando al individuo a la merced de la racionalidad propia de los agentes económicos y de la lógica pura de los mercados²⁹⁶.

Ante estos inconvenientes e inconsistencias, pasaron a aflorar de forma cada vez más habitual en el seno de la Unión Europea manifestaciones, incluso de sus propios órganos²⁹⁷, sobre la importancia de elaborar un catálogo para que se puedan precisar y desarrollar los derechos fundamentales a partir de un marco normativo estable y consistente.

Aunque se hubiese dado una inserción progresiva de una mención a los derechos fundamentales en los tratados²⁹⁸, incluso en el Tratado de Maastricht de 1992 y la mención explícita que contenía sobre la protección de los derechos fundamentales, y en una especie de consolidación del acervo jurisprudencial en la materia, se concedió una mayor visibilidad del acatamiento por las Comunidades Europeas del respeto y protección de los derechos fundamentales, todo seguía confiado todavía a la obra creadora, caso por caso, del Tribunal de Justicia²⁹⁹.

²⁹⁶ En este sentido, véase HÄBERLE, Peter, “Palabras clave para el constitucionalismo de hoy – una perspectiva alemana”, en *THÉMIS – Revista de Derecho*, *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁷ Para una completa síntesis respecto a las declaraciones y proyectos de las instituciones por los cuales confirmaban, en el plan político, la vinculación de las Comunidades a los derechos fundamentales, además de propugnar por mejoras en la protección de los mismos, véase AGUDO ZAMORA, Miguel, “La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 373-427.

²⁹⁸ Aquí nos referimos más específicamente al párrafo 3.º del Preámbulo del Acta Única Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, a través del cual los Estados se declaraban “[d]ecididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social”.

²⁹⁹ Véase, al respecto, DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 181-182.

Sólo un documento escrito, que estableciera un catálogo propio de derechos en el ámbito de la Unión Europea, podría proporcionar una deseable transparencia y/o tangibilidad al ciudadano, y a la dogmática de los derechos fundamentales el irrenunciable marco de referencia de un texto y de una concreta contextualización³⁰⁰.

Además, esto abriría el camino para un equilibrio mayor entre las instituciones en la configuración de los derechos fundamentales³⁰¹, así como también para un saludable giro en el enfoque del Tribunal de Justicia respecto a los derechos fundamentales, para que a éstos se les oriente a su verdadero lugar en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y que constituyan un verdadero implemento del Derecho de la Unión y no sólo unas restricciones a las normas comunitarias.

Por último, interesa subrayar que el discurso de los derechos fundamentales adoptado por el Tribunal de Justicia pudo disolver las amenazas a la primacía del Derecho de la Unión y, consecuentemente, a la propia consecución de los objetivos delineados por los Tratados constitutivos en el caso de que se cumpliera la advertencia de los Tribunales constitucionales alemán e italiano de que podrían realizar un control de la compatibilidad del derecho comunitario derivado con los principios fundamentales de sus respectivos órdenes constitucionales.

Más que la consolidación de las Comunidades Europeas como una comunidad de Derecho, que somete a sus autoridades al respeto de los derechos fundamentales y no a su propia voluntad, aunque eventualmente acorde con las reglas explícitas de los tratados constitutivos, interesa subrayar que la protección pretoriana de los derechos fundamentales estuvo muy estrechamente ligada al reforzamiento de la autonomía del Derecho comunitario y de la propia autoridad del Tribunal de Justicia frente a otros órganos jurisdiccionales.

³⁰⁰ Cfr. KOTZUR, Markus, "Los derechos fundamentales en Europa", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre de 2009, p. 90.

³⁰¹ Para un más profundo análisis acerca de los agentes configuradores de los derechos fundamentales, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Madrid, Editorial Dykinson, 2008, pp. 133-158, así como "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 25-46.

De esta forma, la protección otorgada por el Tribunal de Justicia a los derechos fundamentales no miraba a la tutela de esos derechos como un fin en sí mismo, sino que revelaba un significado instrumental para la autonomía del Derecho comunitario y la posición institucional del Tribunal como intérprete máximo de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

Por otro lado, el conflicto judicial acerca de la protección de los derechos fundamentales dejaba también aflorar una discusión sobre la propia legitimidad de las entonces Comunidades Europeas. Ya en 1967, el Tribunal Constitucional Federal alemán había afirmado que el ordenamiento comunitario no tenía suficiente fundamento democrático al no proporcionar ningún tipo de protección a los derechos fundamentales.

En efecto, la construcción meramente finalista de la autonomía del derecho comunitario, es decir, la institución de los principios estructurales de la primacía y del efecto directo para posibilitar, desde una perspectiva propia y según la interpretación suprema del Tribunal de Justicia, la consecución de los fines y objetivos de las Comunidades se había mostrado insuficiente³⁰², con lo cual se recurría a la protección de los derechos fundamentales en la forma de principios, cuyos contenidos convergían materialmente a partir de la idea de un derecho constitucional común europeo (tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el CEDH) como presupuesto funcional de la autonomía ordinamental de las Comunidades³⁰³.

Siendo así, no se puede negar que el uso del potente lenguaje de los derechos, teniendo como substrato las tradiciones constitucionales comunes, hizo que el Tribunal de Justicia incrementara el *status* del ordenamiento comunitario, complementándolo con unos valores materiales determinados y otorgándole así un elemento de legitimidad importante, no sólo con el objetivo de imponer la autoridad del ordenamiento entre los

³⁰² Aquí nos referimos una vez más a las teorías construidas principalmente por los Tribunales Constitucionales italiano y alemán en las sentencias Frontini y Solange I que, además de suponer una quiebra en la supremacía de la jurisdicción del Tribunal de Justicia en los temas comunitarios, permitirían el control del derecho comunitario derivado desde parámetros de control externos, los derechos fundamentales, ausentes en los Tratados fundacionales. Al respecto, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "La autonomía del ordenamiento de la Unión y las 'funciones esenciales' de su sistema jurisdiccional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 240.

³⁰³ La enseñanza es de AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "La autonomía del ordenamiento de la Unión y las 'funciones esenciales' de su sistema jurisdiccional", *op. cit.*, pp. 239-241.

Estados miembros, sino también para salvaguardar la propia imagen de las Comunidades ante el resto del mundo.

Por último, cabría un breve comentario sobre la naturaleza de los principios generales en la Unión Europea y su función principal, en lo que respecta a los derechos fundamentales, de completar el vacío de no contar con un reconocimiento explícito en los Tratados constitutivos en comparación con los principios en cuanto especies normativas, tal como han sido analizados en la primera parte de este trabajo.

Es cierto que se entiende que un sistema de protección multinivel de derechos fundamentales como es el de la Unión Europea exige, para una adecuada solución de los conflictos que de ellos emerjan, un determinado equilibrio entre los distintos niveles de tutela, que sólo la noción de derechos fundamentales como principios, tal y como fue construida por el Tribunal de Justicia, podría proporcionar³⁰⁴.

No obstante, aunque en el momento actual, después del reconocimiento de la fuerza jurídica obligatoria de la CDFUE pasen a ser percibidos como categorías jurídicas positivas y no sólo como principios generales del ordenamiento de la Unión, los derechos fundamentales en el espacio normativo supranacional deben ser manejados todavía desde una perspectiva acentuadamente principal.

Sólo desde la comprensión de las normas de derechos fundamentales esencialmente como principios se puede superar cualquier preocupación hacia una posible protección estática de los derechos fundamentales en la Unión Europea y, de este modo, mantener la flexibilidad que el TJUE necesita para resolver las cuestiones jurídicas que se le planteen con independencia de las diferencias terminológicas, de las particulares circunstancias del caso, o incluso, de los distintos planteamientos locales.

Así pues, la positivización de los derechos fundamentales observada en el ámbito de la Unión Europea no significa un inmovilismo a la hora de construir las soluciones de los casos de derechos fundamentales, pues, como ya señalábamos en el primer capítulo, los derechos fundamentales han de ser comprendidos, más que como principios, como

³⁰⁴ En este sentido, véase BESSELINK, Leonard, "General Report", en Reports of the XXV FIDE Congress – Tallinn 2012, Vol. I, Julia Laffranque (Ed.), Tartu University Press, Tallinn, 2012, pp. 87-102, citado por AAVV (Alessandra Silveira y Mariana Canotilho Coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 572.

reglas, para que se pueda actuar desde una visión sistémica del conjunto del ordenamiento en que se insertan y sobre todo con el uso de criterios razonables de ponderación evitando una indeseable arbitrariedad subjetiva de los tribunales, y proporcionando un ensamblaje lo más equilibrado y armónico posible de los distintos intereses que un ordenamiento busca regular y garantizar.

3 – LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Orígenes

Pese a todas las reivindicaciones y declaraciones institucionales que sustentaron la necesidad de aprobar un catálogo comunitario de derechos fundamentales con el fin de poder suplir esa importante laguna inicial del ordenamiento de las entonces Comunidades Europeas³⁰⁵, no fue hasta el Consejo Europeo de Colonia en junio de 1999, cuando se pudo presenciar en el seno del proceso de integración europeo una concreta voluntad política de consolidar la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea por medio de la redacción de una Carta de derechos fundamentales, que permitiera poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión el alcance y la importancia de los derechos fundamentales³⁰⁶.

En esta ocasión, se delineó el procedimiento considerado ideal para la elaboración de un proyecto de Carta que debía ser presentado ante el Consejo Europeo que tendría lugar en diciembre del año 2000 para que en dicha oportunidad se propusiera, juntamente con el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión, la proclamación solemne de la CDFUE³⁰⁷ y posteriormente se discutiera su posible inclusión como parte integrante de los Tratados.

Con arreglo a lo dispuesto en las conclusiones de Colonia, el Consejo Europeo, durante una sesión especial en Tampere en octubre de 1999, presentó concretamente la composición y el método de trabajo del órgano competente para la elaboración del

³⁰⁵ Hacemos especial referencia en este aspecto específico a un documento interno de la Comisión Europea a finales de los años 70 en el que recogía expresamente la posibilidad de que las Comunidades contaran con un catálogo propio de derechos, idea que en la época pareció no prosperar por el propio debate que en paralelo se construía sobre la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase *Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. COM (79) 210 final, 2 de mayo de 1979. *Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79*, disponible en «<http://aei.pitt.edu/6356/4/6356.pdf>». Sobre la evolución de la Carta en el Derecho de la Unión, véanse, a modo de ejemplo, ALONSO GARCÍA, Ricardo y SARMIENTO, Daniel, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, así como también FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio Francisco, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

³⁰⁶ Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo reunido en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999 y respectivos anexos, disponibles en «http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/kolnes.htm».

³⁰⁷ *Idem*.

referido proyecto de CDFUE, designando una Convención de 62 miembros (quince representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros; un representante del Presidente de la Comisión Europea; dieciséis diputados nombrados por el propio Parlamento Europeo; y treinta diputados de los parlamentos nacionales, siendo dos por cada uno de los parlamentos), cuya presidencia recayó en Roman Herzog, además de diferentes observadores (dos representantes del Tribunal de Justicia de las entonces Comunidades Europeas que serían designados por el Tribunal; y dos representantes del Consejo de Europa, uno de ellos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), expertos, grupos sociales y otros órganos de la propia Unión Europea (el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, y el Defensor del Pueblo), así como también miembros de los Estados candidatos que serían llamados a pronunciarse y cambiar sus impresiones en la fase de elaboración del proyecto³⁰⁸.

El singular método establecido, ha revelado entre otros muchos méritos una mayor transparencia, debido a la presencia de diversos sectores de los Gobiernos y de la sociedad, así como ha fomentado participación en iguales condiciones del Parlamento Europeo, de modo que se podría decir que dicho método ha conferido legitimidad real al texto de la CDFUE y, por ende, al propio Tribunal de Justicia para controlar, a la luz de los derechos fundamentales, la actuación de las demás instituciones europeas, y la de los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Es pertinente destacar, además, que la Convención creada para la elaboración de la CDFUE, a diferencia del proceso intergubernamental tradicionalmente seguido para las reformas de los Tratados, ha constituido una experiencia importante para la aproximación de la Unión Europea a un modelo constitucional de deliberación, en el que se ha garantizado una mayor participación de la sociedad civil y un mejor equilibrio entre las instituciones, así como también entre los poderes políticos y judiciales en el desarrollo constitucional de la Unión Europea³⁰⁹.

Aunque la Convención, desde su primera reunión, hubiera decidido estructurar sus trabajos desde la perspectiva de que la Carta sería en definitiva incorporada en los

³⁰⁸ Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, disponible en «http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#annexe».

³⁰⁹ Al respecto, véase POIARES MADURO, Miguel, *A Constituição plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Estoril-Cascais, Principia, 2006, pp. 299 y ss.

Tratados, incluso como parte dogmática de una Constitución³¹⁰, llegado el momento para decidirse sobre el valor jurídico de la Carta, los jefes de Estado y Gobierno han aprobado su contenido, pero recusado su inserción en los Tratados.

De este modo, la CDFUE fue proclamada solemnemente, con la firma de los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en el Consejo Europeo de Niza el día 7 de diciembre de 2000, como una norma de orientación.

Interesa señalar que, pese a que la Carta, en aquel momento, pudiera compararse, por no producir la obligatoriedad propia del Derecho primario de la Unión, a los llamados *memoranda of understanding* o *gentlemen's agreement*, fue prontamente invocada ante el Tribunal de Justicia por los Abogados Generales³¹¹, aplicada en algún caso por el entonces Tribunal de Primera Instancia³¹² y utilizada también alguna vez por el Tribunal Constitucional español como elemento interpretativo para reforzar la propia legitimidad de sus fundamentaciones³¹³.

Es cierto que también el Tribunal de Justicia, años más tarde, mencionó que la Carta, pese a no tener en la época fuerza jurídica vinculante, era una prueba de la importancia en el ordenamiento jurídico comunitario de los derechos que enunciaba, pero debemos señalar que tal instrumento jurídico podría haber desplegado efectos más relevantes si el Tribunal de Justicia en definitiva hubiera aplicado, a partir de la técnica de los principios generales, los derechos fundamentales enunciados en la Carta, incluyéndolos así en el acervo comunitario consolidado con carácter obligatorio para las instituciones de la Unión y para los Estados miembros³¹⁴.

³¹⁰ En este sentido, véase AAVV (Alessandra Silveira y Mariana Canotilho Coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, op. cit., p. 15.

³¹¹ Véanse, entre otras, las Conclusiones del Abogado General A. Tizzano presentadas el 8 de febrero de 2001 en el Asunto C-173/99, las Conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs presentadas el 22 de marzo de 2001 en el Asunto C-270/99, así como también las Conclusiones de la Abogada General C. Stix-Hackl presentadas el 13 de septiembre de 2001 en los Asuntos C-59/99 y C-60/00.

³¹² Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de 30 de enero de 2002, Asunto T-54/99, Max. Mobil/Comisión, en la que el Tribunal de Primera Instancia ha utilizado, con relación al derecho a la tutela judicial efectiva, la Carta como fuente cualificada de los principios generales del Derecho de la Unión.

³¹³ Cfr. STC 292/2000, FJ 8, que cita la Carta respecto a la protección de datos de carácter personal.

³¹⁴ Véanse, a modo de ejemplo, la Sentencia de 27 de junio de 2006, Asunto C-540/03, Parlamento/Consejo, así como también la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Asunto C-131/03, Reynolds Tobacco/Comisión.

Es importante subrayar que algunas instituciones y órganos de la Unión han hecho igualmente uso de las disposiciones de la Carta desde su adopción, tal y como hizo Comisión al disponer, en una decisión interna de marzo de 2001, que en lo sucesivo realizaría un análisis previo de compatibilidad con la Carta de las propuestas legislativas que dictase que pudieran repercutir en los derechos fundamentales. Por lo tanto, en 2005, publicaría una comunicación en la que daba cuenta sobre el impacto de la Carta en sus propuestas legislativas, mientras que también encargó un informe externo sobre la repercusión de esta nueva política legislativa en la protección de los derechos fundamentales³¹⁵.

Sea como fuere, su texto pasaría por ulteriores modificaciones con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de 2004 en la que se discutió el Tratado por el que se instituiría una Constitución para Europa y posteriormente, con el fracaso del Proyecto de Tratado Constitucional de la CIG de 2007, que condujo a la firma del Tratado de Lisboa en diciembre de aquel mismo año y, por consiguiente, al reconocimiento de la fuerza obligatoria de la CDFUE que tendría, de esta forma, una segunda proclamación el 12 de diciembre de 2007.

Aunque se pueda entender que la intención política subyacente fuera esencialmente conceder la debida visibilidad a los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea³¹⁶, en una especie de trabajo de revelación y síntesis de los

³¹⁵ Cfr. GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, CEPC, 2012, pp. 151-152. Al respecto, véase también Communication from the Commission, Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals. Methodology for systematic and rigorous monitoring, COM(2005) 172 final, Bruselas, el 27 de abril, 2005, disponible en «[http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2005/0172/COM_COM\(2005\)0172_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2005/0172/COM_COM(2005)0172_EN.pdf)».

³¹⁶ Sobre la visibilidad de los derechos fundamentales, es importante señalar que el Informe Simitis de 1999 proponía que *“los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos reconocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser ‘visibles’. Su actual falta de visibilidad no sólo viola el principio de transparencia, sino que desacredita el esfuerzo de creación de una ‘Europa de los ciudadanos’. Unos derechos fundamentales claramente identificables favorecen la buena disposición para aceptar la Unión Europea y para identificarse con la multiplicación de sus actividades y la expansión de sus competencias. Puede objetarse que la mayor parte de los derechos fundamentales se encuentran ya recogidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales y que, por lo tanto, su enumeración explícita por la Unión Europea resultaría de escasa utilidad, pero ello no justifica un sistema de citas que oculta los derechos fundamentales y los hace incomprensibles para los ciudadanos. Deben encontrarse los medios para conseguir la máxima visibilidad de los derechos, lo que implica su enumeración expresa, a riesgo de repetirse, en lugar de una simple referencia global a otros documentos en los que figuran”*. Véase Grupo de expertos sobre derechos

derechos existentes³¹⁷, debemos señalar que la CDFUE, más que una mera incorporación de derechos fundamentales ya aplicados previamente por el TJUE, contiene nuevos derechos e importantes garantías propias del constitucionalismo como, por ejemplo, la reserva de ley y la garantía del contenido esencial.

Además, no podemos olvidar que la Carta tiene que ver con el impulso de la constitucionalización de la Unión Europea, su consagración en cuanto una comunidad de Derecho y, de modo más directo, con la posibilidad de sanar las insuficiencias propias del modelo pretoriano, permitiendo, de esta forma, el desarrollo de la doble dimensión de los derechos fundamentales en el ámbito también de la Unión Europea.

De este modo, los juristas han depositado sus esperanzas en la CDFUE para que se produjera un giro en el enfoque del Tribunal de Justicia hacia los derechos fundamentales y que finalmente sean orientados a su verdadero lugar en el ordenamiento jurídico, de modo que se pueda operar con un mayor equilibrio, o incluso, con una nueva orientación del papel que desarrollan las libertades económicas y los derechos fundamentales en la Unión Europea.

3.2. La fuerza obligatoria

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente hacía ya nueve años en Niza por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo, ganaba plena eficacia jurídica, vinculando en definitiva la actuación de la Unión Europea, más allá del carácter básicamente declaratorio que le era reconocido hasta entonces.

Es pertinente observar que, a diferencia del proyecto del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, el texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no fue incorporado en los Tratados de la Unión Europea y/o de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que, el artículo 1, apartado

fundamentales presidido por Spiros Simitis. *Informe "Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar"*. Bruselas, febrero de 1999.

³¹⁷ Véase AAVV (Araceli Mangas Martín Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008 p. 58.

8, del Tratado de Lisboa, que corresponde al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, se limitaba a incluir un precepto de vinculación jurídica a la Carta, expresando que el documento, tal como había sido aprobado el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, tenía el mismo valor jurídico que los Tratados.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pese a haber usado la técnica de reenvío a su texto y no la de integración en los Tratados, está reconocida como parte integrante del derecho originario de la Unión Europea, pasando a gozar, desde la referida entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de fuerza vinculante y de indudable valor constitutivo, de modo que todas las cuestiones referentes a su aplicación salieron finalmente del debate en abstracto y pasaron al plano concreto de las controversias.

El reconocimiento del carácter vinculante de la CDFUE marca innegablemente el inicio de una etapa importante de la integración europea y, pese a todos los intentos de desconstitucionalización del texto del citado Tratado, por el cual se establecía una Constitución para Europa, se configura, en definitiva, la construcción europea como un proceso de naturaleza constitucional, consagrando el uso de técnicas constitucionales como forma de conferir legitimidad y calidad democrática al poder político que se le ha atribuido.

Conviene subrayar que la tutela de los derechos fundamentales, una vez que la CDFUE ha adquirido el estatuto de Derecho originario, ya no puede ser concebida como una derogación, aunque justificada, del Derecho de la Unión. Es decir, los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea ya no podrán ser reconocidos como un mero interés legítimo susceptible de justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión a los Estados miembros.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la protección de los derechos fundamentales, más que restricciones a las normas comunitarias, constituirá verdadero implemento del Derecho de la Unión, lo que debería suponer un cambio en la actual *praxis* del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, en especial en lo que se refiere a la conciliación de las exigencias de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea de la que se deriva una libertad fundamental consagrada por los Tratados constitutivos.

De hecho, la estructuración de un sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea a partir del mismo razonamiento subyacente a la construcción del mercado único que condiciona la tutela del individuo a un previo ejercicio de las libertades de circulación en el territorio de la Unión, genera innegables distorsiones y una desaconsejable discriminación entre los llamados ciudadanos dinámicos y estáticos que, como expondremos en el capítulo tercero del presente estudio, no debería ser soportada por los interesados como algo propio del ordenamiento jurídico de la Unión Europea³¹⁸.

Además, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la existencia de una carta de derechos vinculante en el seno de la Unión Europea, podría pensarse que las cuestiones mayores de derechos fundamentales ya no consistirán en establecer cuáles serían los derechos fundamentales merecedores de la protección del Derecho de la Unión, sino en definir el ámbito de aplicación y el nivel de protección otorgado a los derechos reconocidos en la CDFUE como forma de dar respuestas, ahora desde una tarea judicial de aplicación del derecho, a la siempre intrincada relación interordinamental en el espacio europeo.

Por otra parte, más allá de esa tarea judicial de aplicación del derecho, que sigue siendo pretoriana, tenemos que pensar la realización de los derechos fundamentales en la Unión Europea también a través del legislador y de los poderes públicos europeos, que han de estar vinculados, tal y como hemos estudiado en el ámbito estatal, no solo negativamente a los derechos en cuanto límite de su actuación, sino también positivamente desde la perspectiva de la garantía de la eficacia de los derechos contenidos en la Carta, por lo menos en lo que respecta a sus contenidos mínimos.

Ahora bien, no podemos negar que hemos atestiguado, en estos últimos años desde diciembre de 2009, importantes debates en torno a la aplicación de la Carta, tal como nos demuestra la jurisprudencia Melloni/Åkerberg Fransson, que a continuación será objeto de estudio, pero la labor constituyente del Tribunal de Justicia, aunque

³¹⁸ A propósito de las desventajas impuestas a los “ciudadanos estáticos” no obstante sus situaciones de hecho, a excepción del aspecto de la circulación, puedan ser similares o idénticas a las presentadas por los “ciudadanos dinámicos”, véanse las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010 en el Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEM).

padezca del tan imputado pragmatismo y casuismo, parece no haber perdido de todo su lugar ante el texto de la CDFUE.

Basta con leer el artículo 6 del TUE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en especial los apartados 1 y 3, para percibir que se ha optado por la coexistencia en el Derecho de la Unión de dos fuentes de derechos fundamentales paralelas³¹⁹, de modo que, además de la CDFUE, los principios generales del Derecho siguen siendo un instrumento de reconocimiento de los derechos fundamentales protegidos por la Unión Europea³²⁰, incluso en aquellos supuestos en que un derecho fundamental aparece recogido en la Carta de forma limitada³²¹.

No obstante, la labor del Tribunal en materia de derechos fundamentales a partir de la Carta se estructurará de modo distinto, ya no contará con un amplio margen de discrecionalidad para determinar cuáles deben ser considerados los derechos fundamentales tutelados por la Unión Europea, o mejor dicho, ya no tendrá que acudir necesariamente a otras fuentes para identificar, previamente al análisis de las cuestiones de fondo, si realmente se trata, desde el punto de vista comunitario, de un derecho fundamental reconocido por el Derecho de la Unión.

³¹⁹ Artículo 6

1. 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.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

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

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

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

³²⁰ Véanse, a modo de ejemplo, la Sentencia de 24 de enero de 2012, Asunto C-282/10, Maribel Domínguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre y las respectivas Conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak presentadas el 8 de septiembre de 2011.

³²¹ Véanse las Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi presentadas el 13 de enero de 2016 en el Asunto C-161/15, Abdelhafid Bensada Benallah/État belge, en las que se reconoce que el derecho a ser oído podrá ser invocado como principio general del Derecho de la Unión, pero no como un derecho fundamental recogido en el art. 41 de la CDFUE, lo cual tiene como único destinatario a las Instituciones de la Unión, no a los Estados miembros.

Si bien es cierto que el catálogo de derechos de la CDFUE no es una enumeración taxativa y que el Tribunal, en circunstancias excepcionales, podrá reconocer, como ya hemos señalado, otros derechos además de los enumerados, por la vía de los principios generales del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, ahora la función del Tribunal, cuando decida asuntos relacionados con los derechos fundamentales, ya no será la creación y/o revelación de los mismos, sino que se centrará, a partir del reconocimiento del valor jurídico de la CDFUE, en la interpretación, concretización y actualización del contenido y alcance de los derechos allí reconocidos.

Con el reconocimiento de la eficacia jurídica de la Carta, que determina explícitamente los derechos fundamentales que han de ser tutelados en el ámbito de la Unión Europea, esta fase inicial de verificación, aunque no se suprima del todo del método de trabajo del Tribunal de Justicia, se hará con menor intensidad.

Así, las demás fuentes de derecho, en especial las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, cobran ahora una mayor importancia en la etapa de la interpretación de estos derechos fundamentales, pero, al mismo tiempo, pierden importancia en su condición de fuentes. Es decir, su valor normativo se debilita porque ya no es tan necesario, en la medida en que existe una Carta y su valor hermenéutico puede verse potenciado precisamente porque existe la CDFUE y pueden contribuir a su interpretación.

En efecto, podemos decir, parafraseando a AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ, que la argumentación sobre derechos fundamentales del Tribunal de Justicia se vincula ahora a un catálogo escrito, teniendo como indudable punto de partida este texto positivo que con fuerza de autoridad fija las disposiciones en materia de derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea³²².

Pese a la mayor seguridad o transparencia que la Carta concede a la tarea de aclarar los derechos específicos de los que gozan los individuos en la Unión Europea,

³²² Cfr. "Algunos elementos para una Teoría de los Derechos Fundamentales Europeos", en AAVV (Agustín José Menéndez Y Erik Oddvar Eriksen Eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 220 y ss. Respecto a las bases de la argumentación iufundamental, véase ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 529 y ss.

todavía podrá contar con cierto impulso pretoriano, ya que los derechos fundamentales, en cuanto principios generales, siguen siendo orientados por fuentes con carácter de *numerus apertus*.

Por lo tanto, debemos reconocer que ya no le corresponderá preponderantemente al TJUE la tarea de identificar previamente cuáles son los derechos fundamentales que protege el ordenamiento de la Unión Europea, debiendo desarrollar, a partir de ahora, sobre todo una labor de concreción del contenido de los derechos enunciados en la CDFUE, con el auxilio de otras fuentes.

Por otro lado, interesa subrayar que por la equiparación del valor jurídico de la Carta a los tratados constitutivos con el reenvío del art. 6.1 del TUE se deduce que una eventual reforma de su texto tendrá que seguir el procedimiento de revisión ordinario del art. 48, también del TUE, que sigue formas parecidas a las que se emplearon en la primera aprobación del texto de la Carta, institucionalizando así el método de la Convención o Conferencia intergubernamental³²³.

En lo que respecta específicamente a la ciudadanía de la Unión y a las disposiciones dirigidas a completar los derechos integrantes del estatuto constante del art. 20.2 del TFUE, hay que señalar la existencia de un procedimiento legislativo especial que se inicia por el Consejo con aprobación previa del Parlamento Europeo, que hace que estas disposiciones sólo entren en vigor cuando hayan sido aprobadas por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

Así, como a nivel supranacional la garantía de rigidez reside en el procedimiento de reforma de los tratados constitutivos, queda abierta la cuestión sobre límites sustantivos, es decir, materias vedadas a una eventual reforma de la Carta. En efecto, estaríamos ante una polémica claramente constitucional que exige un verdadero poder constituyente europeo que todavía no tenemos.

Pese a la ausencia de previsiones expresas en cuanto a contenidos inmutables e indisponibles en los Tratados fundacionales, la posibilidad de reformas que afecten

³²³ Sobre el tema, véanse, a modo de ejemplo, SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 50 y ss., así como también SCHILLACI, Angelo, "Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea", Trad. de Sabrina Ragone, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 9, núm. 17, enero-junio de 2012.

negativamente el alcance y contenido de los derechos y garantías recogidos por la CDFUE parece muy problemática, de modo que las iniciativas encaminadas a atentar contra valores constitutivos de la Unión, como son la tutela de los derechos fundamentales o la defensa del Estado de Derecho, quizá exigirían del Tribunal de Justicia el desarrollo de un planteamiento más típico de las jurisdicciones constitucionales, en aras de preservar el marco constitucional creado a lo largo de la historia de la Unión y plasmado en los actuales Tratados constitutivos. De lo contrario, ya no estaríamos ante una reforma de los Tratados, sino más bien ante un verdadero cambio de régimen en el proyecto de integración europea.

Por fin, no podemos olvidar que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de la Carta conlleva cierta problemática para su aplicación en el tiempo.

En nuestra opinión, no se debería aplicar el contenido de la CDFUE a casos anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (diciembre de 2009), aunque se pueda abogar que, en estos supuestos, se podrían aplicar los derechos fundamentales en la forma de principios.

De todos modos, entendemos que, en el período inicial de vigencia de la CDFUE en cuanto Derecho originario, hubiese sido útil que el Tribunal de Justicia hubiese lanzado en la forma de *obiter dicta*, argumentos e ideas respecto a la interpretación de la Carta y, por ende, a la eventual resolución de la situación en el caso de que ésta estuviera en vigor, en el momento de los hechos juzgados, como texto vinculante.

Así que, en la fase inicial de aplicación de la CDFUE, aunque el Tribunal no pudiera efectivamente aplicar sus disposiciones por razones de derecho transitorio, entendemos que su carácter vinculante impondría un giro y cambio de perspectivas al aplicar el Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales.

Por lo tanto, aun cuando la presunta violación a los derechos fundamentales hubiera sucedido en un momento anterior a la plena aplicabilidad de la CDFUE, en cuanto instrumento jurídico vinculante para la Unión Europea en su conjunto, el Tribunal de Justicia tendría que abrirse a la nueva concepción que tal documento impone.

De este modo, aunque en un sentido estricto se niegue la aplicabilidad de la Carta *ratione temporis* a hechos que tuvieron lugar en un momento en que aún no había

entrado en vigor, el Tribunal de Justicia tendrá necesariamente que recurrir a su texto como necesaria referencia hermenéutica en sus apreciaciones sobre las normas del Derecho de la Unión aplicables al caso, entre ellas los principios generales del Derecho y el Derecho derivado, para evitar cualquier interpretación que pueda entrar en contradicción con los valores de la Carta.

Pasados ya más de seis años de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con el desarrollo de una importante jurisprudencia del TJUE en la materia, entendemos que esa misma exigencia hermenéutica permanece vigente, pues de poco serviría introducir un documento de tanta relevancia en el espacio jurídico europeo si su aplicación se lleva a cabo según parámetros interpretativos propios de un momento normativo anterior.

Si, por un lado, se entiende que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sólo habría dado forma a una voluntad política de que las reglas que el art. 6 del TUE pretende recoger y garantizar tengan más visibilidad³²⁴, entendemos, por otro lado, que los casos de derechos fundamentales han de ser analizados por el Tribunal de Justicia a partir de una renovada lógica interpretativa orientada a favor del proceso de constitucionalización de la Unión Europea y, por lo tanto, impulsada por la incorporación definitiva de los ciudadanos al proyecto europeo³²⁵.

Por lo tanto, si el ordenamiento de la Unión no es interpretado a partir de una nueva mirada sobre el papel, y sobre el posicionamiento de los derechos fundamentales en el nuevo marco jurídico-institucional que se ha establecido con el Tratado de Lisboa, la Carta seguramente no estará en condiciones de revelar todas sus potencialidades jurídicas y axiológicas.

En efecto, en el caso del Tribunal de Justicia y los demás actores de la integración europea si estos no demuestran su adhesión y respeto a este instrumento legal y continúan estructurando su labor según la perspectiva de un Derecho diseñado de acuerdo a las exigencias funcionales del proyecto de integración europea, como si los

³²⁴ En este sentido, véanse las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston presentadas el 18 de diciembre de 2012, Asunto C-396/11, Ministerul Public/Ciprian Vasile Radu.

³²⁵ Cfr. DUARTE, Maria Luísa, "A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais - a chancela do Tratado de Lisboa", *op. cit.*, p. 173.

derechos fundamentales revelaran un mero significado instrumental, todo habría cambiado para permanecer exactamente igual³²⁶.

En suma, propugnamos que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de la Carta ha inaugurado una nueva fase del sistema de protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea, de modo que el Tribunal de Justicia tiene que renovar continuamente el espíritu con el que soluciona las cuestiones de derechos fundamentales, y mostrarse verdaderamente dispuesto a un planteamiento más constitucional en esta materia con la finalidad de afirmarse como jurisdicción otorgante y garante de una efectiva protección judicial y, por lo tanto, ser reconocido como un Tribunal verdaderamente ciudadano³²⁷.

Es cierto que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea está marcada por idas y venidas necesarias para la construcción de soluciones que se muestren adecuadas a los problemas presentados, intentando que no se creen diferencias irreconciliables y comprometedoras con el proyecto mayor de la integración europea. Por otra parte, no se puede negar que ya ha llegado el momento de reestructurar el orden jurídico de la Unión Europea, pero ahora en torno al “pilar ético-jurídico-político de la defensa y promoción de los derechos fundamentales”³²⁸, pues sólo de esta manera se allanará el camino hacia la realización, también a nivel supranacional, de los fundamentos democráticos.

Así pues, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia, plasmando en sus decisiones la potente carga transformadora de los derechos fundamentales, además de la inherente capacidad para permear y condicionar todo el

³²⁶ Este indeseable resultado es, no obstante, algo incluso defendido ante el Tribunal de Justicia al afirmarse con toda claridad que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa no ha modificado el Derecho de la Unión en grado sustancial y, como no representa especialmente en materia de derechos fundamentales, un cambio profundo de clase alguna, debe decaer cualquier alegación de que es imperativa una interpretación diferente de las disposiciones de la normativa europea a la luz de la Carta. Al respecto, véanse las citadas Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston presentadas el 18 de diciembre de 2012, Asunto C-396/11, Ministerul Public/Ciprian Vasile Radu. En un sentido opuesto, véanse las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 6 de julio de 2010, Asunto C-306/09, I.B./Conseil des Ministres.

³²⁷ A propósito de la expresión “Tribunal ciudadano” y todas sus implicaciones político-jurídicas, véase HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, México: FUNDAp, 2005.

³²⁸ En este sentido, véase GONET BRANCO, Paulo Gustavo, "Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", en AAVV (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Y Paulo Gustavo, Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 107.

orden jurídico, debe dar paso a un nuevo paradigma de protección de los derechos fundamentales que ha de ser cimentado a partir de la noción de los seres humanos como tales y no meramente como individuos que deben ser estimulados a desplazarse en un espacio de libre circulación.

3.3. Aspectos generales del contenido de la Carta

El texto de la CDFUE se estructura en 54 artículos redactados en lenguaje escueto y sencillo, encabezados por grandes títulos o grupos axiológicos – Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia – y finaliza con unas Disposiciones Generales que rigen la aplicación e interpretación de la Carta.

La CDFUE articula los derechos fundamentales en torno a los valores comunes de la identidad europea a cuya preservación y desarrollo debe servir la Unión Europea.

En este sentido, PAOLO RIDOLA subraya que la novedad de la CDFUE está sobre todo en su dimensión axiológica, ya que define un listado sistemático y una perspectiva metodológica, de las que la interpretación constitucional de los derechos difícilmente podrá prescindir en el futuro. Añade el constitucionalista italiano que tal novedad se manifiesta en las potencialidades que una pluralidad de valores comunes puede desarrollar en un contexto dinámico, como es el del espacio constitucional europeo³²⁹.

Desde esta perspectiva, la CDFUE, que ha incorporado al ordenamiento de la Unión un verdadero orden de valores, debe ser vista como pieza clave para informar todo el Derecho de la Unión desde el compromiso de la vinculación a los derechos fundamentales y a los valores mayores que expresan.

Además, interesa observar que, junto a las disposiciones relativas al derecho a la vida, a la seguridad y a la dignidad, la Carta cuenta con referencias que tienen por objeto atender directamente las necesidades actuales³³⁰. En efecto, la CDFUE, ya desde el

³²⁹ RIDOLA, Paolo, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo", en AAVV (Francisco Balaguer Callejón Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 468-469.

³³⁰ Véase ERIKSEN, Erik Oddvar, "Why a Charter of Fundamental Human Rights in the EU?", *ARENA Working Papers* 36/2002, disponible en

preámbulo, se muestra sensible a las cuestiones de las sociedades modernas y a la exigencia de equilibrar la evolución científica y tecnológica con una actitud respetuosa hacia el medio ambiente y la dignidad humana³³¹, y aunque siga el modelo del CEDH con respecto a los derechos clásicos, ha promovido una puesta al día de muchos de los derechos contenidos en las Constituciones nacionales y en el propio CEDH.

El preámbulo de la Carta, sobre todo por preceder a una norma funcionalmente constitucional insertada en un espacio de interconstitucionalidad con sistemas de protección sensiblemente imbricados, incorpora, como los propios preámbulos constitucionales, unas bases jurídicas previas y los principios y valores que le guían y en los que se fundamenta el texto articulado, constituyendo de este modo un importante elemento de interpretación.

En definitiva, el Tribunal de Justicia, en algunas ocasiones, ya ha reconocido al Preámbulo de la Carta (aunque no se pueda afirmar que tal técnica sea consecuencia directa de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) valor hermenéutico para la determinación de algunas cláusulas del Tratado, con vistas a constatar, por ejemplo, la existencia o inexistencia de una tradición constitucional común en concreto³³².

Interesa subrayar, por otro lado, que la CDFUE se presenta, teniendo en cuenta lo establecido en su preámbulo, como el corolario lógico de la evolución del ordenamiento de la Unión hacia la consagración de la protección de los derechos fundamentales y, más allá de subrayar la importancia de dichos derechos en el escenario supranacional, debería abrir el paso para un verdadero proceso de “autonomización” de los derechos fundamentales con relación a lo económico y/o a la libre circulación.

Es innegable que la CDFUE ha elevado algunas de las libertades fundamentales al rango de derecho fundamental, de modo que cuando decimos que el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea finalmente se independiza con el reconocimiento de la fuerza jurídica vinculante de la Carta, únicamente

«http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arenapublications/workingpapers/working-papers2002/02_36.xml».

³³¹ Hacemos especial referencia al artículo 3, apartado 2, a través del cual la Carta establece el derecho a la integridad en el especial contexto de los problemas bioéticos que plantean actualmente los dominios de la medicina y de la biología.

³³² En este sentido, véase AAVV (Alessandra Silveira y Mariana Canotilho Coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, op. cit.*, p. 31.

defendemos que los otros derechos ajenos a las libertades de circulación, sobre todo los relacionados al estatuto de la ciudadanía europea, podrán estar ahora protegidos, sin que se exija, en contrapartida, la existencia de algún vínculo, aunque artificioso, con estas libertades.

La Carta, a través del recurso a los derechos fundamentales como elementos de objetivación de un orden de valores que ha de realizarse en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, unido al potencial creativo de categorías como la dignidad de la persona, pone en manos del Tribunal de Justicia un potente instrumento para la interpretación del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en términos mucho más favorables a los individuos³³³.

En definitiva, el Tribunal de Justicia, desde la perspectiva irradiante de los derechos fundamentales y de la dignidad humana como elemento estructurante de una comunidad política, podría maximizar las consecuencias de toda conexión, por tenue que fuese, de una relación jurídica nacional con el Derecho de la Unión y, de este modo, proporcionar la debida protección de los ciudadanos europeos³³⁴.

Así, entendemos que la Carta es un documento con una acentuada carga legitimadora que, en definitiva, refuerza el componente democrático de la Unión Europea y la emancipa políticamente, posicionando a sus ciudadanos, independientemente de su estatus económico y/o dinámico, como centro y fundamento de su existencia.

La CDFUE constituiría, pues, un parámetro importante para neutralizar la fuerte “vocación económica” de la integración europea, aportando objetividad y mayor seguridad jurídica al debate sobre los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea, y dotando a este proceso de integración de técnicas de control y las garantías similares a las existentes en las Constituciones normativas³³⁵.

No obstante, para ello, es necesario que el Tribunal de Justicia realice un verdadero “filtro constitucional” del ordenamiento de la Unión en su conjunto, instando

³³³ En este sentido, véase REQUEJO, Juan Luis, “La dignidad de la persona como categoría conceptual en el Derecho de la Unión”, en AAVV (Ricardo Chueca Dir.), *op. cit.*, pp. 292-293.

³³⁴ *Idem, Ibidem.*

³³⁵ Al respecto, BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, en *Revista de Direito Público*, n. 35, pp. 7-23.

a todos sus intérpretes a construir, desde la óptica humanizadora de la Carta y la inherente eficacia irradiante de los derechos fundamentales, una renovada dogmática jurídica en el seno europeo³³⁶.

Sin embargo, no se puede negar que en la CDFUE se observan aspectos controvertidos como, por ejemplo, la distinción que establece el artículo 51.1, en una clara alusión a los principios rectores de la política social y económica de la Constitución española, entre los derechos que deben ser respetados y los principios que serán observados y la consecuente opción por la no justiciabilidad de determinados derechos de tipo meramente social y económico, como si los individuos, titulares de los derechos fundamentales, también pudieran compartimentarse en sus distintos campos de actuación.

La denegación y/o violación de los derechos sociales afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida, incluso las de carácter civil y político. De acuerdo con esta perspectiva, es pertinente señalar, tal como hemos indicado en el capítulo primero del presente trabajo, que los derechos de libertad sólo serán efectivos si se sustentan en la garantía de derechos sociales a prestaciones positivas. De la misma forma, sin la satisfacción de estos, también los derechos políticos estarán destinados a permanecer en el papel.

En definitiva, no existe participación en la vida pública sin la garantía de mínimos vitales, es decir, de derechos a la supervivencia, ni existe formación de la voluntad consciente sin educación e información³³⁷. De este modo, la interacción práctica de esos derechos en la vida de las personas impondría una visión integral sobre la protección de todos los derechos fundamentales y, por ende, la consagración de vías procesales que

³³⁶ Como hemos señalado anteriormente, la expresión “filtro constitucional” ha sido utilizada en Brasil en el periodo posterior a la proclamación de la Constitución de 1988, en una fase llamada de la “dogmática de la efectividad, para instar el compromiso de todos los profesionales del Derecho con el texto constitucional cuando aplicaran la legislación infraconstitucional como forma de garantizar su fuerza normativa en un momento que los sectores más conservadores sustentaban no existir condiciones políticas, económicas y jurídicas para la realización del nuevo texto constitucional. Sobre el tema, véase SCHIER, Paulo Ricardo, *Filtragem constitucional – construyendo una nova dogmática jurídica*, Porto Alegre, SAFE, 1999.

³³⁷ Al respecto, véase FERRAJOLI, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales: la rigidez de la Constitución y sus garantías”, en AAVV (Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso, Manuel Atienza Rodríguez, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2008, pp. 71-116.

aseguren igualmente la tutela de los derechos sociales tal como se observa con relación a los derechos de corte civil y político³³⁸, sobre todo cuando es necesario concretarlos en los supuestos de omisión legislativa o administrativa.

Por otro lado, la inserción de la diferenciación entre derechos y principios, que no figuraba en la versión originaria de la Carta, que parecía optar por una unidad organizativa de los derechos fundamentales que evitara la tradicional y, a nuestro ver, poco provechosa dicotomía entre, por un lado, derechos fundamentales, libertades públicas y garantías y, por otro, derechos sociales, económicos y culturales, podría considerarse, más allá de una clara renuncia de la construcción, a partir de la Carta, de una Europa de lo social, una ruptura de la originalidad de la estructuración de este instrumento en torno a cinco grandes grupos axiológicos con independencia de las presuntas generaciones a las que pertenecerían los derechos en cuestión³³⁹.

Es cierto que, como la Carta no identifica ni define por un lado los derechos de contenido social que deben ser considerados verdaderos derechos subjetivos, exigibles inmediata y directamente ante los Tribunales, ni por otro, los principios rectores a los cuales no se aplican las garantías específicas de los derechos fundamentales, la efectiva tutela y el reconocimiento de la justiciabilidad de los derechos de solidaridad reconocidos por la Carta será una cuestión de interpretación de este instrumento legal³⁴⁰.

De todos modos, las explicaciones para la aplicación de la Carta, que a continuación serán igualmente objeto de unas consideraciones generales, hacen alusión, sin un carácter exhaustivo, a algunos preceptos de la Carta que contienen principios, tales como los relacionados a la protección de la salud (art. 35) y del medio ambiente (art. 37), así como también destacan que, en determinadas supuestos, un mismo artículo de la Carta podrá contener tanto derechos como principios, por ejemplo

³³⁸ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução, estado atual e perspectivas", en *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 445-503.

³³⁹ En este sentido, véase AAVV (Alessandra Silveira y Mariana Canotilho Coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, op. cit., p. 597.

³⁴⁰ Véase POIARES MADURO, Miguel, *A Constituição Plural*, op. cit., p. 317.

el art. 23 sobre la igualdad entre hombres y mujeres o el art. 34 respecto a la seguridad social y ayuda social.

El Tribunal de Justicia, aunque se ha abstenido hasta el momento de ofrecer pautas interpretativas útiles que permitan aclarar con cierta seguridad si un precepto de la Carta contiene o no un principio, ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el tema, en Asuntos como, por ejemplo, *Association de Médiation Sociale* y *Glatzel*, confirmando que una disposición dada de la CDFUE constituía un principio y no un derecho al analizar el alcance del artículo y concluir que, para que pudiera producir plenamente sus efectos, debería ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional y, de este modo, no podría conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal³⁴¹.

No obstante, el Tribunal de Justicia parece negar a los principios un importante efecto de poder informar *per se* el legislador de la Unión y a la actuación de poderes públicos en general como cánones de validez del Derecho de la Unión, aparte de servir de apoyo interpretativo a los órganos jurisdiccionales.

Pese a que el artículo 52.5 establezca que las disposiciones de la presente Carta que contengan principios sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de actos legislativos y ejecutivos de la Unión o de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia deja entrever que un principio, también con relación a su función como parámetro de enjuiciamiento de los actos, deberá ser concretado mediante disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para que produzca plenamente sus efectos³⁴².

³⁴¹ Véanse la Sentencia de 15 de enero de 2014, Asunto C-176/12, *Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône y Confédération générale du travail (CGT)*, así como también la Sentencia de 22 de mayo de 2014, Asunto C-356/12, *Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern*, en las que se ha analizado, respectivamente, los artículos 27 (derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa) y 26 (integración de las personas discapacitadas) de la Carta.

³⁴² Al respecto, véase la Sentencia de 22 de mayo de 2014, Asunto C-356/12, *Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern*, según la cual *“aunque el artículo 26 de la Carta exige que la Unión respete y reconozca el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas de integración, el principio enunciado por ese artículo no implica, en cambio, que el legislador de la Unión esté obligado a adoptar una u otra medida específica. En efecto, para que aquel artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser concretado mediante disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional”*.

Así pues, algún autor ha concluido que, según la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, sólo los preceptos suficientemente precisos que no necesiten de un desarrollo legislativo posterior, permitirían el control de la validez del acto del Derecho de la Unión en relación con ellos, lo que revelaría una exigencia que erradica de raíz, por la naturaleza propia de los principios, la posibilidad de que, pese a su no justiciabilidad, constituyan cánones del Derecho de la Unión³⁴³.

Otro aspecto que también preocupa a los efectos de consolidar el sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea se pone de manifiesto en las iniciativas de Estados miembros tales como el Reino Unido, que con la puesta en práctica del *Brexit* ya no formaría parte de la Unión Europea, y Polonia y la República Checa que, ante la inminencia de dotar a la CDFUE de carácter vinculante, han tratado de socavar su valor jurídico y negar falazmente el impacto de la fuerza obligatoria de la Carta sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Ahora bien, el texto de los llamados “protocolos de aplicación” de la Carta no introduce un régimen especial para los países que los han firmado, sino que refuerza determinadas salvaguardias ya presentes en el artículo 51.2 que, como a continuación comentaremos, destaca que la CDFUE no ampliará las competencias de la Unión, así como también en lo que respecta a los derechos fundamentales asignados bajo el epígrafe “solidaridad”, los cuales, según la exigencia expresamente recogida en el art. 52.5, incluso objeto de crítica por nuestra parte en los párrafos arriba, sólo podrán ser invocados ante los tribunales nacionales en la medida en que exista legislación nacional de desarrollo.

Aunque los protocolos no se destinaran a transformar la Carta de Derechos en unos “Derechos a la *carte*” en una especie de *opt-out* general, pues la propia forma como han sido redactados invalidaría los posibles intentos de modular la aplicación de Carta conforme a sus designios³⁴⁴, estos protocolos podrían dejar entrever una indeseable manifestación de intergubernamentalidad que debilita el compromiso de la Unión

³⁴³ En este sentido, SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 186.

³⁴⁴ Al respecto, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", *Revista de Direito Público*, núm. 35, pp. 7-23.

Europea hacia la tutela de los derechos fundamentales, que ni siquiera ha logrado alcanzar el mismo nivel de cohesión existente en el marco del CEDH³⁴⁵.

De todos modos, es importante subrayar que el TJUE ya se ha ocupado de destacar el escaso valor práctico de los protocolos de aplicación de la Carta que no tendrían por objeto cuestionar la vigencia de la Carta para los mencionados Estados miembros y, que por lo tanto, no podrán ser interpretados como si fueran destinados a eximirles de la obligación de respetar las disposiciones de la CDFUE, ni impedir que un órgano jurisdiccional de uno de estos Estados miembros vele por que se respeten tales disposiciones³⁴⁶.

Por otro lado, es preciso señalar que, además de la Carta propiamente dicha, la Convención que la elaboró, redactó también unas Explicaciones – las llamadas Explicaciones del *Praesidium* – que detallan el origen de cada precepto y muestran, pues, las fuentes inspiradoras de los derechos fundamentales en ella recogidos.

Estas Explicaciones, elaboradas por el *Praesidium* de la Convención que redactó originariamente la Carta, no fueron formalmente adoptadas ni mencionadas en el texto proclamado inicialmente en Niza. Sólo en 2003, ya en el ámbito de la Convención para el futuro de Europa, se decidió incorporar la referencia a las Explicaciones del *Praesidium*, que también fueron objeto de una puesta al día, tomando siempre en consideración que no contarían con ningún valor normativo, pero que servirían como importante instrumento de interpretación destinado a aclarar las disposiciones de la Carta.

De este modo, el art. 6.1, párrafo 3, del TUE, así como también el art. 52.7 de la propia Carta establecen que las Explicaciones, mencionadas igualmente en el Preámbulo de la Carta, han de guiar la interpretación de los derechos, libertades y principios y, por

³⁴⁵ En este sentido, DUARTE, Maria Luísa, "A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais - a chancela do Tratado de Lisboa", en MIRANDA, Jorge (Dir.), *O Tratado de Lisboa*, Cadernos O Direito, núm. 5, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 183 y ss.

³⁴⁶ Véase la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-411/10, N.S./Secretary of State for the Home Department. Al respecto, interesa subrayar las Conclusiones presentadas el 22 de septiembre de 2011 por la Abogada General Verica Trstenjak sobre el mencionado caso, que, en sus apartados 165-177, tras analizar los términos del Protocolo nº 30, especialmente de sus considerandos, no se puede deducir ningún *opt-out* general del Reino Unido ni de la República de Polonia respecto de la Carta en el sentido de que la interpretación del Protocolo nº 30 no ofrece ningún elemento que permita cuestionar la vigencia para el Reino Unido y para la República de Polonia de las disposiciones de la Carta relevantes para el procedimiento en cuestión.

lo tanto, deberán ser tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros, con vistas sobre todo a evitar interpretaciones autónomas que pudieran crear rupturas en la tutela que se ofrece a los derechos fundamentales por los demás sistemas de protección existentes en Europa.

Las Explicaciones del *Praesidium* pueden ser comprendidas como expresión de la idea subyacente durante el proceso de la redacción de la Carta de que ésta no estaba destinada a crear nuevos derechos, sino a enumerar los que ya existían y eran protegidos en el seno comunitario, a la vez que se destinaba a distinguir entre los derechos inmediatamente aplicables y los principios que precisan, para su justiciabilidad, de una posterior acción del legislador o de otros tipos de intervenciones políticas, todo esto con la finalidad de aplacar los ánimos de los más reticentes a la inclusión de los llamados derechos de solidaridad.

Desde esta perspectiva, hay que tener en cuenta que las Explicaciones, aunque cobran conciencia de la necesaria sensibilidad a la hora de manejar la Carta, justamente por constituir un instrumento normativo insertado en un complejo ambiente del constitucionalismo multinivel, han sido formuladas en un escenario temporal e institucional determinado³⁴⁷.

La definición del alcance y la eficacia de cada derecho fundamental será entonces resultado de la labor hermenéutica del TJUE, de modo que las Explicaciones no pueden ser pensadas como forma de imponer un pensamiento subyacente de un contexto determinado y, por ende, impedir una interpretación evolutiva y actualizadora de las disposiciones de la CDFUE, algo inherente, como hemos podido señalar en el capítulo primero, a la propia dinámica de los derechos fundamentales.

En todo caso, el valor práctico las Explicaciones es relativo, ya que su contenido no revela grandes aportaciones sobre el alcance de los derechos fundamentales recogidos en la Carta, sino que en muchos supuestos sólo se limita a citar los preceptos correspondientes del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de la Carta Social Europea que han servido de inspiración para redactar la CDFUE³⁴⁸.

³⁴⁷ En este sentido, véase DUARTE, María Luísa, *Estudios sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 95.

³⁴⁸ Cfr. SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 186-187.

La propia jurisprudencia del TJUE sobre la materia constata tal advertencia, pues, además de utilizarla escasamente como referencial interpretativo de la CDFUE, a diferencia de la práctica que se observa entre los Abogados Generales, o incluso, en lo que respecta al progresivo desarrollo de la interpretación sobre las cláusulas generales de la Carta³⁴⁹, el Tribunal parece haber llegado a enjuiciar, aunque muy indirectamente, la validez de lo dispuesto en las Explicaciones cuando ha decidido pronunciarse, desde su propia perspectiva y con independencia de los términos utilizados en las Explicaciones, sobre el alcance de una limitación a un derecho fundamental que, sin embargo, era objeto de mención expresa en las Explicaciones³⁵⁰.

Por último, interesa observar que el deseo de promover una protección más efectiva de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea no puede justificar una usurpación de competencias. Mientras la Unión no ostente la “competencia de las competencias”, y la delimitación de los dominios de su actuación siga regida por el principio de atribución, deberemos respetar los límites de tal atribución también en el ámbito de los derechos fundamentales³⁵¹.

Asimismo, es sabido que el hecho de que la CDFUE proclame un derecho o libertad no supone que la Unión Europea pase automáticamente a detentar competencia para actuar y/o legislar en tal aspecto. En este sentido, el artículo 51.2 establece, sin margen para mayores cuestionamientos, que la CDFUE no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de sus propias competencias, ni crea ninguna competencia o cometidos nuevos para la Unión, ni modifica competencias y misiones definidas en los Tratados, lo que, sin embargo, no excluye que la Unión Europea esté estrictamente

³⁴⁹ Al respecto, nos remitimos a JACQUÉ, Jean Paul, “The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, en AAVV (Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner y Angela Ward Editores), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford y Portland, Oregon, CH Beck-Hart-Nomos, 2014, pp. 1721-1724.

³⁵⁰ Véase la Sentencia de 27 de mayo de 2014, Asunto C-129/14, Zoran Spasic.

³⁵¹ Véanse las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010 en el Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEM). Sobre la competencia de atribución, cabe citar el art. 5.1 del TUE, el eje vertebrador del sistema europeo de competencias, que dispone lo siguiente: “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Como consecuencia, el art. 5.2 del TUE así establece: “En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

vinculada al respeto de aquellos derechos y libertades cuyo contenido no esté comprendido en uno de los dominios y categorías competenciales enumerados en los Tratados constitutivos.

No obstante, debemos reconocer que la CDFUE, pese a que su aplicación se limita al ámbito del Derecho de la Unión, proyecta su contenido sobre los ordenamientos estatales, que se verán enriquecidos con la interacción entre los sistemas de protección propia del modelo multinivel existente en Europa, influencia que se ve marcadamente incrementada en España por la apertura permitida en el artículo 10.2 de su texto constitucional.

De todos modos, a pesar de que los derechos reconocidos en la CDFUE no puedan constituir fundamento para incrementar las competencias atribuidas a la Unión Europea, la Carta, al consagrar los derechos fundamentales entre los objetivos primarios de la integración europea, podría tomarse como base para la iniciativa legislativa o para la promoción de políticas públicas en materia de derechos fundamentales en las áreas en que los Tratados ya habilitan la actuación de la Unión Europea³⁵².

Por último, caben unas consideraciones finales sobre la previsión contenida en el art. 54 de la Carta, que se corresponderían con lo establecido en el art. 17 del CEDH sobre la prohibición de abuso del derecho, aplicable en general a todos los derechos fundamentales en ella reconocidos y que, por lo tanto, no está dirigida al ordenamiento jurídico entendido en su conjunto³⁵³.

Tal cláusula busca impedir que el libre ejercicio de un derecho fundamental pueda dar cobertura a iniciativas contrarias a los propios fines que se tiene en cuenta al tutelar un derecho subjetivo. Constituye, pues, la *ultima ratio* en defensa de la democracia y de la libertad en la medida en que evita que la ilicitud del ejercicio de un derecho pueda, a la postre, acarrear la lesión de otros derechos³⁵⁴.

³⁵² La enseñanza es de MIGUEL POIARES MADURO en *A Constituição Plural*, op. cit., pp. 321 y ss.

³⁵³ Véase GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 116.

³⁵⁴ Cfr. AAVV (Alessandra Silveira y Mariana Canotilho Coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, op. cit., pp. 625-628.

3.4 – Los titulares de la Carta

La CDFUE, por contener una variedad de derechos inalienables y de clara aplicación universal, podría ser interpretada como dirigida a toda persona que se encuentre bajo los cometidos de la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad o residencia.

No obstante, en la Carta podemos vislumbrar unos determinados grupos de derechos fundamentales que estarían destinados más bien a colectivos específicos, de modo que, en estos supuestos determinados, los titulares de los derechos fundamentales en la Unión Europea se ven claramente delimitados, de modo que se puede considerar que la Carta recoge tanto derechos de titularidad universal como derechos de titularidad restringida.

Sería, por ejemplo, el caso de los derechos fundamentales otorgados a los trabajadores (arts. 27, 28, 30 y 31), a los menores (arts. 24 y 32), a los jóvenes (art. 32), a las personas discapacitadas (art. 26), y a las personas mayores (art. 25). Cabe destacar especialmente los derechos del título V (ciudadanía).

Con excepción del derecho a una buena administración, los demás son derechos de titularidad exclusiva de ciudadanos de la Unión y, por lo tanto, de toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.

Interesa subrayar que, también con relación al derecho de sufragio activo y pasivo, se puede vislumbrar cierta tendencia a reconocerlo a personas que residen en el territorio de Estados miembros y que en tanto en cuanto tengan un estrecho vínculo con estos estados, no será necesario que estén nacionalizadas o sean ciudadanas de la Unión para ejercerlo³⁵⁵.

En relación con las personas jurídicas, la Carta se refiere expresamente a ellas en algunas situaciones específicas, como en el art. 42 (derecho de acceso a los documentos), art. 43 (el defensor del pueblo europeo), y el art. 44 (derecho de petición), pero tal hecho no puede conducir a una interpretación restrictiva de negarles el disfrute

³⁵⁵ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Asunto C-145/04, España/Reino Unido.

de gran parte de los derechos fundamentales recogidos en la Carta.

Tal entendimiento es incluso corroborado por la jurisprudencia del TJUE que, hasta el momento, ha reconocido a las personas los derechos fundamentales a la vida privada, a la propiedad, a la libertad de empresa, a la libertad de información, a la acción colectiva, a una buena administración, y también los derechos de naturaleza procesal que garantizan un juicio justo³⁵⁶.

Sin embargo, tal y como se observa en la teoría general de los derechos fundamentales, la titularidad de las personas jurídicas dependerá del propio contenido y finalidad del derecho en cuestión, y la propia protección otorgada podrá tener un alcance modulado en función de la gravedad de la lesión de un derecho fundamental, que podrá presentarse de modo diferente para las personas jurídicas que para las personas físicas³⁵⁷.

3.5 – El ámbito de aplicación de la Carta

El artículo 51.1 de la CDFUE establece que sus disposiciones deberán ser aplicadas por las instituciones de la Unión, así como también por los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea.

La Unión, como se puede desprender del articulado de la Carta, es pensada como la primera destinataria de los derechos fundamentales garantizados por ella.

No obstante, como el citado precepto no menciona directamente en su texto a la Unión, sino que hace referencia a ella a través de sus instituciones, órganos u organismos, surge la cuestión de si podría reconocerse la existencia de ámbitos de actuación de la Unión a los que no se aplica la Carta.

Aunque una interpretación más adecuada a la estructuración de la Unión Europea como comunidad regida por el Estado de Derecho y el respeto y promoción de los derechos fundamentales sería en el sentido de comprender tal enunciado de la Carta como una especie de enumeración ejemplificativa para destacar todo tipo de acción de

³⁵⁶ En este sentido, SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea, op. cit.*, p. 189.

³⁵⁷ Al respecto, véase la Sentencia de 9 de noviembre de 2010, Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR y Hartmut Eifert/Land Hessen.

la Unión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en especial el Asunto Pringle³⁵⁸, demuestra lo contrario.

Este caso ha traído a examen del Tribunal la posibilidad de enjuiciar ciertas decisiones tomadas al margen del ámbito de la Unión para el establecimiento del Mecanismo Europeo de Estabilidad – MEDE –, mediante un acuerdo internacional que situaba la actuación tanto de los Estados miembros que lo firmaron, como de las instituciones de la Unión que han intervenido a su amparo, en una situación, desde el punto de vista de la ciudadanía, ajena al Derecho de la Unión.

Por lo tanto, podrían existir situaciones atípicas, en las que se ve claramente la implicación de la Unión y en las que incluso participarían directamente sus instituciones, órganos u organismos en diferentes ámbitos, pero que presuntamente no estarán cubiertas por el Derecho de la Unión, de suerte que constituirán ámbitos inmunes o verdaderos agujeros negros para la actuación de un poder público supranacional sin los respectivos medios de control y limitación en garantía de los individuos afectados.

Según algún autor, tal interpretación restrictiva del art. 51.1 de la Carta sólo se compaginaría si presupusiera, en cambio, una lectura extensiva del segundo inciso para imponer, por la vía de los Estados miembros, la defensa de los derechos fundamentales y el control de decisiones con un importante impacto en la esfera iusfundamental de los individuos³⁵⁹.

Como también demuestra el Asunto Pringle, el Tribunal de Justicia, en estos supuestos, ha excluido igualmente la aplicación de la Carta a los Estados miembros, pues, al actuar en el marco de acuerdo internacional como el MEDE, no aplican el Derecho de la Unión y no se encuentran vinculados a los derechos de la Carta, lo que, a la postre, presupone negar a los individuos la tutela de sus derechos, sobre todo en momentos de grave crisis económica y financiera en los que el patrimonio iusfundamental de los individuos se ve fuertemente amenazado.

³⁵⁸ Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Asunto C-370/12, Thomas Pringle/Government of Ireland, The Attorney General. Para un importante análisis de la referida sentencia, véase, a modo de ejemplo, AGUILAR CALAHORRO, Augusto, "La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto (2014), pp. 337-380.

³⁵⁹ En este sentido, véase SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 190.

De todos modos, no podemos dejar de señalar que estas experiencias vividas en razón de la crisis económica y financiera, más aún las respuestas que se han construido huyendo del Derecho de la Unión, nos muestra la importancia de una interpretación en el sentido de que la Carta debe vincular a la Unión Europea en cualquier actividad.

Así pues, cabe señalar que la actuación de la Unión a través de mecanismos informales que no estén integrados en su marco institucional y/o jurídico, como se observa, verbigracia, en los procesos de toma de decisiones que se llevan a cabo en la eurozona, cuyo ejemplo más destacado sería el Eurogrupo, pondría en jaque el fundamento superior de la Unión como una comunidad de derecho y su propia legitimidad de ejercicio, en la medida en que, tal y conforme nos decía el Tribunal de Justicia en el Asunto Les Verts, ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado³⁶⁰.

No obstante, en los Asuntos acumulados Ledra Advertising³⁶¹, el Tribunal de Justicia parece haber buscado aplacar estas críticas y desconfianzas al señalar que, si bien los Estados miembros no aplican el Derecho de la Unión en el marco del Tratado MEDE, ya que la Carta no está destinada a ellos en dicho ámbito, en cambio, la Carta si se dirige a las instituciones de la Unión aun cuando actúen fuera del marco jurídico de la Unión. Por lo tanto, en el marco de la adopción de un memorándum de entendimiento, que incluso ha conllevado pérdidas financieras de los depositantes de dos bancos chipriotas afectados, la Comisión está obligada, tanto en virtud del art. 17.1 del TUE, que le confiere la misión de carácter general de supervisar la aplicación del Derecho de la Unión, como del art. 13, apartados 3 y 4, del Tratado MEDE, que le impone la obligación de velar por la compatibilidad con el Derecho de la Unión de los memorandos de entendimiento concluidos por el MEDE, a garantizar que estos memorandos sean compatibles con los derechos fundamentales recogidos por la Carta.

En otro orden de cosas, además de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, los Estados miembros aparecen como segundo destinatario principal de los

³⁶⁰ Véase la Sentencia de 23 de abril de 1986, Asunto C-294/83, Parti écologiste “Les Verts”/Parlamento Europeo.

³⁶¹ Véase la Sentencia de 20 de septiembre de 2016, Asuntos acumulados C-8/15 P a C-10/15 P, Ledra Advertising Ltd y otros/Comisión Europea y Banco Central Europeo (BCE).

derechos fundamentales recogidos por la CDFUE, pero únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

En este contexto, cabe recordar que, según jurisprudencia recurrente, el Tribunal de Justicia se posiciona en el sentido de que carece de competencia para conocer de un asunto que guarda relación únicamente con situaciones puramente internas de un Estado miembro, es decir, cuando no existe ningún punto de conexión con las situaciones que contempla el Derecho de la Unión.

Siempre que los Estados miembros ejecuten obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, no sólo deben aplicar las normas jurídicas de la Unión, sino que deben respetar los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión. En este sentido, el Tribunal de Justicia, en el citado Asunto Wachauf, ha establecido que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria y que estos estados están obligados a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias.

Resulta aquí controvertido dirimir el criterio más adecuado, tomando en cuenta el actual estadio del ordenamiento europeo, para determinar la aplicabilidad del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales y, por lo tanto, delimitar cuándo, cómo y con qué intensidad la Unión Europea puede intervenir a la hora de tutelar los individuos cuando se trate de la actuación de un Estado miembro.

Tendríamos inicialmente que aclarar que los derechos fundamentales en la Unión Europea vinculan a los Estados miembros no solamente cuando se trata de la ejecución directa del Derecho de la Unión a través de reglamentos, sino también cuando estamos ante una ley de transposición de una directiva, pues, en estos supuestos, la actuación de los Estados miembros tiene como causa última la aplicación de una directiva y, por lo tanto, también constituiría una actuación regida por el Derecho de la Unión.

Asimismo, cuando un reglamento o una directiva ofrece a los Estados miembros cierto margen de actuación para que, de un modo discrecional, pueda elegir entre distintas medidas, o incluso, introducir medidas más protectoras o favorables, se entiende que esas facultades concedidas a los Estados miembros constituyen

igualmente una aplicación del Derecho de la Unión, pues no serían más que el corolario necesario de una potestad impuesta por el Derecho de la Unión³⁶².

No obstante, el aspecto más controvertido está en definir si, para imponerse a los Estados miembros la observancia de los derechos fundamentales recogidos en la Carta, bastaría sólo con la cesión de competencias a la Unión Europea o bien sería necesario el ejercicio previo de tal competencia con la exigencia adicional de que la normativa nacional objeto de control esté relacionada con intereses específicos del Derecho de la Unión.

En definitiva, estas indagaciones nos conducen a reflexionar sobre el propio modo de ejercer las competencias atribuidas a la Unión, en especial cuando se trata de controlar los actos de los Estados miembros cuando aplican el propio Derecho de la Unión.

A propósito de esto, señalar que, tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, la atribución de competencias a la Unión Europea y, por lo tanto, el reparto de tareas entre la Unión Europea y sus Estados miembros se ha vuelto más transparente, una vez que deja de seguir un criterio meramente funcional, pasando a reflejarse en los Tratados constitutivos, más específicamente del Tratado de Funcionamiento de la Unión, un listado de las áreas en que la Unión Europea ostenta competencias ya sean exclusivas, compartidas o de apoyo, o de coordinación y complemento³⁶³.

De igual modo, nos parece importante subrayar la superación de la estructura de pilares en la Unión Europea, aunque, en determinados ámbitos más directamente relacionados con atributos típicos del Estado, todavía predomina la lógica intergubernamental con la permanencia de la regla de la unanimidad, además de las imposiciones de límites al poder de control por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶⁴.

³⁶² Al respecto, véase SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 118. En sentido contrario, por entender que, en los supuestos en que los Estados miembros adopten actos jurídicos más allá del contenido final delimitado por el Derecho de la Unión, estarían en el ejercicio de una competencia estatal y, por lo tanto, no estarían vinculados a la CDFUE, sino que solamente a los derechos fundamentales nacionales, véase MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 116-117.

³⁶³ Véanse, entre otros, los artículos 3, 4 y 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁶⁴ Al respecto, véase DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, op. cit., pp. 24 y ss.

A la actuación intergubernamental, se aúna la tendencia poco saludable, como arriba hemos señalado, de la actuación a través de mecanismos internacionales al margen del ordenamiento jurídico de la Unión, que, aún constituyendo herramientas para enfrentarse al reto de las cuestiones financieras y monetarias en Europa sobre todo ante la grave crisis económica comenzada en 2008, podrían constituir un menoscabo del control jurisdiccional de las medidas adoptadas en el seno de la Unión Europea.

Volviendo a la problemática de cómo definir si una situación está sujeta al Derecho de la Unión y a los fines de aplicación de la CDFUE, cuestionaremos los criterios que el Tribunal de Justicia utilizaba en un primer momento para determinar la existencia de una efectiva conexión entre la medida nacional cuestionada y el Derecho de la Unión.

Aquí subrayamos otra vez que la CDFUE consagra un nuevo paradigma en el proceso de integración europeo, imponiendo una perspectiva esencialmente humanista a la Unión Europea que debe, entonces, tener al ser humano como el foco iluminador de su actuación y, por ende, como el fundamento de los objetivos, aunque sean económicos, que persigue³⁶⁵.

De este modo, una vez que los derechos fundamentales se estructuran desde una lógica distinta de las libertades fundamentales y, que al contrario de éstas, no presuponen situaciones necesariamente transfronterizas, podría esperarse que el Tribunal de Justicia realizara un proceso de filtración de su interpretación sobre el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales, con el fin de superar la idea de circulación y, en consecuencia, la argumentación del matiz económico como elemento central para el reconocimiento del vínculo de una determinada situación con el Derecho de la Unión³⁶⁶.

En una posición favorable a la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, podría, incluso, defenderse que, si la Unión Europea pretende llegar a ser una verdadera comunidad constitucional, el Tribunal de Justicia tendría que ser más

³⁶⁵ Acerca de la imagen de la persona humana como canon valorativo del edificio normativo, no podemos dejar de remitirnos a HÄBERLE, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

³⁶⁶ Véanse, por ejemplo, el Auto del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005 en el asunto C-328/04, Vajnai, la Sentencias de 29 de mayo de 1997, en el asunto C-299/95, Kremzow, como también la Sentencia de 4 de octubre de 1991 en el asunto C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland.

activo para, reconociendo como su tarea principal la defensa de los derechos fundamentales, determinar que un asunto ya no será puramente interno si la Unión Europea detenta competencias en un área afín, declarando su autoridad para conocerlo y para ofrecer a todos los individuos, que se encuadren en las mismas o similares circunstancias de hecho o de derecho, la más elevada protección que propicia el Derecho de la Unión.

En este sentido, se puede entender la posición expresada por la Abogada General Eleanor Sharpston en sus Conclusiones de 30 de septiembre de 2010, en el Asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), cuando afirma que:

“[...] a largo plazo la regla más clara sería una que no hiciera depender la invocabilidad de la protección de los derechos fundamentales de la UE de si una disposición del Tratado es directamente aplicable o de si se ha aprobado normativa secundaria, sino más bien de la existencia y ámbito de competencia material de la UE. Dicho de otro modo: la regla debería ser que, siempre que la UE tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, los derechos fundamentales de la UE deberían proteger al ciudadano de la UE aunque dicha competencia no se haya ejercido aún”.

Según señala la Abogada General, en una Unión Europea basada en los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, la protección no debe depender de la iniciativa legislativa de las instituciones y de los procesos políticos. Esta posición nos parece acertada desde el punto de vista de la ciudadanía, pues el compromiso con el respeto de la dignidad humana y del Estado de Derecho no casa bien con la noción de una protección de los derechos fundamentales parcial y fragmentaria.

Además, esta idea puede relacionarse con la propia garantía del contenido esencial del derecho fundamental y la protección adicional que puede suponer si se

interpreta tal garantía en el sentido de que la ausencia de normativa de desarrollo no impide la aplicación del derecho en su contenido esencial³⁶⁷.

Por otro lado, cabe subrayar que los derechos fundamentales, en su doble vertiente antes analizada, permean la totalidad del ordenamiento jurídico y adquieren una importancia activadora o promocional, que presupone acciones positivas para su realización.

Por lo tanto, es de esperar, o incluso, debe exigirse que todos los poderes públicos, no sólo el legislador, se hagan eco de la vinculación positiva a los derechos fundamentales en su actuación cotidiana para que, promoviendo la vigencia y garantía de los derechos fundamentales en los ámbitos competenciales previamente definidos en los Tratados constitutivos, puedan afirmar la decisión de formalizar la vida comunitaria según unas orientaciones materiales determinadas.

Desde esta perspectiva, podríamos incluso plantear si, dada la carencia de competencia general de la Unión Europea para regular en materia de derechos fundamentales, con lo cual determinadas tutelas, como la penal, acaban siendo dirigidas y perfeccionadas por la vía del legislador estatal y no autónomamente por el legislador europeo, el Tribunal de Justicia, ante la inercia de los Estados miembros, debería imponer una serie de obligaciones positivas, siguiendo la senda del TEDH, para impulsar un efecto integrador, o incluso, federalizante de los derechos fundamentales como barreras comunes infranqueables para la actuación de todos los poderes públicos en la Unión Europea³⁶⁸.

Siendo así, la Unión Europea podría intervenir y aplicar las disposiciones de la CDFUE siempre que la situación controvertida encaje en uno de los dominios enunciados en los Tratados constitutivos, de modo que, habiéndole atribuido los Estados miembros una prerrogativa de acción, la Unión Europea estaría en plenas condiciones de promover la protección de los derechos fundamentales en tal ámbito competencial,

³⁶⁷ En este sentido, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005.

³⁶⁸ Al respecto, véase UGARTEMENDÍA ECEIBARRENA, Juan Ignacio, "La eficacia 'federalizante' de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho Penal", en AAVV (Javier García Roca y Enoc Albertí Coord.), *Treinta Años de Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 429-452.

independientemente de su naturaleza y/o de su efectivo ejercicio, en una defensa última de los valores mayores que la Carta expresa.

Pese a las importantes ventajas que tal interpretación del artículo 51.1 de la Carta supondría tanto para la protección plena de los individuos en el seno de la Unión Europea, como para la propia estructuración de la actuación del TJUE en términos de mayor claridad y seguridad jurídica, por otro lado, introduciría un elemento claramente federal en la estructura del sistema legal y político de la Unión Europea que podría conllevar una ruptura en el delicado equilibrio competencial, sobre todo en un ámbito de actuación tan importante para los constitucionalismos nacionales.

De este modo, el Tribunal de Justicia, en un esfuerzo de racionalización que no siempre parece consistente, como a continuación veremos, ha construido una labor interpretativa para determinar en qué espacios competenciales la Carta podrá efectivamente desplegar eficacia de acuerdo con el artículo 51.1.

No obstante, antes de adentrarnos en la problemática del art. 51.1 de la Carta, es el momento de centrarnos en dos situaciones anteriores que reflejan cómo el Tribunal de Justicia, a inicios de la década de 90, estructuraba la discusión sobre la aplicación y/o implementación del Derecho de la Unión a efectos de la protección de los derechos fundamentales.

En el ya citado Asunto Wachauf, el Tribunal de Justicia estableció la posibilidad de intervención de las entonces Comunidades en una materia reglada por los Estados miembros en tanto en cuanto se comporten como instancias ejecutivas o ejecutorias del derecho comunitario. Así, la cuestión de la aplicación del derecho comunitario dependería de la condición del Estado miembro como “agente de la Unión” que permitiría concluir con la incorporación de tal ordenamiento en su orden interna, en la senda de la teoría de la *incorporation* norteamericana³⁶⁹.

Desde otra perspectiva, en el Asunto ERT³⁷⁰, el TJUE construye una segunda vertiente del concepto de aplicación del derecho comunitario al considerar que su

³⁶⁹ En este sentido, véase CARMONA CONTRERAS, Ana, “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, mayo-agosto de 2016, pp. 13-40.

³⁷⁰ Sentencia de 18 de junio de 1991, Asunto C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia (ERT AE)/Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP).

control también se justificaría en aquellos supuestos en los que los Estados miembros adoptan una medida que supone una excepción y/o una derogación de alguna de las libertades fundamentales garantizadas en los Tratados constitutivos.

En el Asunto Åkerberg Fransson³⁷¹, considerado el *leading case* en la materia tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y posiblemente un tercer hito en el desarrollo de la noción de la aplicación del Derecho de la Unión, pero ahora hacia la doctrina también norteamericana de la *preemption*³⁷², el Tribunal de Justicia ha señalado que, en tal concepción, estarían igualmente incluidas regulaciones y acciones de los Estados miembros que, aunque no hubieran sido adoptadas estrictamente con la finalidad de transposición de una directiva europea, podrían ser consideradas como incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en la medida se encuadran en objetivos definidos por la normativa europea desde un punto de vista general, de modo que al Tribunal de Justicia cabía analizar su conformidad con los derechos fundamentales recogidos en la Carta.

De hecho, en tal caso, el Tribunal de Justicia ha concluido posible la aplicación de la Carta y que era exigible que la acción de un Estado miembro fuera acorde con las exigencias derivadas de los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión, aunque se tratara de una obligación genérica derivada de una directiva que supondría, por lo tanto, un vínculo de alguna forma remoto con el Derecho de la Unión.

La situación de fondo, llevada por la vía de la cuestión prejudicial al análisis del TJUE, trataba de aclarar si la prohibición de *ne bis in idem*, plasmada en el art. 50 de la Carta, consiente que un Estado miembro reaccione frente al incumplimiento de determinadas obligaciones de declaración relativas al impuesto sobre el valor añadido con la imposición sucesiva de un recargo fiscal y de una sanción penal.

De este modo, surgía la duda de si las actuaciones penales o sancionadoras administrativas de un Estado miembro relacionadas con una obligación genérica

³⁷¹ Sentencia de 26 de febrero de 2013, Asunto C-617/10, Åklagen/Hans Åkerberg Fransson.

³⁷² Al respecto, véase SARMIENTO, Daniel, "Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe", en *Common Market Law Review*, núm. 50, 2103, pp. 1267-1304.

determinada por una directiva fiscal de la Unión Europea en el sentido de que fueran a adoptar medidas necesarias, disuasorias y proporcionadas para su cumplimiento, pero que no tenían su fundamento en un previa reglamentación o armonización del derecho penal en ámbito fiscal por el Derecho de la Unión supondrían la aplicación de la CDFUE en los estrictos términos del artículo 51.1.

La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido afirmativa a este interrogante.

El TJUE consideró por un lado que los recargos fiscales impuestos al Sr. Åkerberg Fransson y la acción penal ejercitada contra él se debían en parte al incumplimiento de sus obligaciones declarativas en materia de IVA y, por otro, que los derechos fundamentales garantizados por la Unión deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y concluyó en este sentido que la Carta debía ser aplicada al caso en cuestión.

Además, el Tribunal de Justicia declaró de modo contundente que no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen los derechos fundamentales de la CDFUE y que, por lo tanto, la aplicación del Derecho de la Unión implica la aplicación de los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

Así pues, se establecía una interpretación amplia del ámbito de aplicación de la Carta cuando se dirige a los Estados miembros. Esta interpretación ha recibido duras críticas, entre otras las del Tribunal Constitucional Federal alemán que ha caracterizado como “*ultra vires*” la labor del TJUE, ya que, en su opinión, podría constituir una amenaza, ahora por su actuación, a los sistemas nacionales de derechos fundamentales, quizá contradictoriamente con la propia postura asumida en los albores de la protección de los derechos fundamentales en las entonces Comunidades Europeas cuando se les reprendía por su omisión en la materia³⁷³.

En decisiones posteriores, en una especie de *judicial self-restraint* ante las reacciones de jurisdicciones constitucionales, o quizá, motivado por el principio de

³⁷³ Véanse, al respecto, el Editorial “Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection”, en *European Constitutional Law Review*, núm. 12, 2016, pp. 213-222, así como también FONTANELLI, Filippo, “*Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*”, en *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 2, septiembre de 2013, pp 315-334.

lealtad europea, el Tribunal de Justicia ha modulado su posición en cuanto al alcance del art. 51.1 de la CDFUE estableciendo unas conexiones materiales más directas y no meramente cercanas entre el derecho presuntamente violado y el reglamento o directiva que permite inferir la aplicación del Derecho de la Unión en el caso analizado.

Es lo que se puede percibir de las decisiones de Asuntos como Torralbo Marcos³⁷⁴ o Siragusa³⁷⁵, en las que el Tribunal de Justicia ha dejado de aplicar la CDFUE aunque estuviera ante la existencia de una normativa europea que establecía una conexión con la materia discutida, volviendo a un planteamiento inicial desarrollado en el Asunto lida³⁷⁶, que a la luz de la jurisprudencia Annibaldi³⁷⁷, indicaba algunos criterios concretos para que una medida nacional esté comprendida dentro de la aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 de la Carta, entre los cuales, sobresale la exigencia de que la normativa nacional de que se trata tenga por finalidad aplicar una determinada disposición del Derecho de la Unión.

Así pues, a diferencia de lo decidido en Åkerberg Fransson, el Tribunal de Justicia entendió que el vínculo existente entre la normativa nacional y el Derecho de la Unión era excesivamente vago y lejano y, por lo tanto, en conformidad con la línea de acción propuesta por el Abogado General Pedro Cruz Villalón en aquel supuesto³⁷⁸, habría de existir un interés específico, más allá de la pura *occasio* para determinar la efectiva presencia del Derecho de la Unión, o incluso, el protagonismo del Derecho de la Unión en el Derecho nacional en cada caso configurado.

Según el Tribunal, para determinar si una normativa nacional guarda relación con la aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 de la Carta se ha de comprobar, entre otros aspectos, si su finalidad es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, si el carácter de esta normativa persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando sólo afecte a éstos de una forma indirecta, y si

³⁷⁴ Sentencia de 27 de marzo de 2014, Asunto C-265/13, Emiliano Torralbo Marcos/Korota, S.A. y Fondo de Garantía Salarial.

³⁷⁵ Sentencia de 6 de marzo de 2014, Asunto C-206/13, Cruciano Siragusa/Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo.

³⁷⁶ Sentencia de 8 de noviembre de 2012, Asunto C-40/11, Yoshikazu lida/Stadt Ulm.

³⁷⁷ Sentencia de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-309/96, Daniele Annibaldi/Sindaco del Comune di Guidonia y Presidente Regione Lazio.

³⁷⁸ Conclusiones presentadas el 12 de junio de 2012 en el Asunto C-617/10, Åklaragen/Hans Åkerberg Fransson.

existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que le pueda afectar³⁷⁹.

La sola circunstancia de que los casos de derechos fundamentales tengan un origen último en el Derecho de la Unión, sea por el simple hecho de que la Unión Europea tenga competencias en un determinado ámbito (medio ambiente, energía, mercado interno, protección de consumidores, política social etc.) sea porque existe una reglamentación del asunto a través de un reglamento o de una directiva, no es por sí misma suficiente para entender que concurre una situación de aplicación de la Carta.

El concepto de aplicación del Derecho de la Unión, a efectos del artículo 51.1 de la Carta, además de exigir el efectivo ejercicio de un título competencial y no simplemente la existencia de un ámbito competencial de la Unión Europea en la materia discutida, dependerá del grado de intensidad o relevancia del acto nacional para una real implementación del Derecho de la Unión y, por lo tanto, no bastará con que el acto analizado estuviera relacionado con un ámbito competencial de la Unión sin haber sido necesariamente creado para una aplicación directa del Derecho de la Unión, como, de alguna forma, podría dejar entrever el Asunto Åkerberg Fransson.

Así pues, a la luz de la jurisprudencia posterior del TJUE en los casos Torralbo Marcos y Siragusa, se puede interpretar que, para que la Carta despliegue su eficacia, se requiere la existencia de un vínculo de conexión de un acto estatal con el Derecho de la Unión de un grado superior a la mera proximidad con la normativa nacional aplicable al caso concreto, o la existencia de una incidencia indirecta de la norma propiamente dicha en un título competencial de la Unión, de modo que se pueda vislumbrar una obligación específica y relevante del Estado miembro en la aplicación del Derecho de la Unión, ligada estrictamente a la situación objeto de análisis por el TJUE.

³⁷⁹ Sentencia de 6 de marzo de 2014, Asunto C-206/13, Cruciano Siragusa/Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo.

3.6 – Los particulares como destinatarios de la Carta

Del análisis antes realizado del artículo 51.1 de la CDFUE se podría concluir que, como el objetivo de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea es procurar que esos derechos no sean vulnerados en los ámbitos de las actividades de la Unión, bien sea por acción de las instituciones, órganos y organismos de la Unión o bien al aplicar los Estados miembros el Derecho de la Unión, los particulares no podrán ser considerados destinatarios de la CDFUE y no se les podrá imponer ni el respeto de los derechos, ni la observancia de los principios que recoge.

Tal como hemos señalado en la parte de la teoría general de los derechos fundamentales, ya no basta con pensar los derechos fundamentales como mera salvaguardia del individuo contra intromisiones del poder público – el *imperium* –, revelándose necesario pensarlos también como barreras frente a los poderes sociales y económicos – el *dominium* – de grupos particulares que afectan tan intensamente los individuos en su vida cotidiana.

En las modernas sociedades de la información, la actuación en ambientes digitales controlados por grandes empresas como *Google* o *Facebook*, la tradicional dicotomía público-privado se diluye y la idea subyacente al *statusnegativus* de los derechos fundamentales ya no capta de manera adecuada la función que han de desempeñar, de modo que ha de concebirse la aplicación de las normas de derechos fundamentales para una efectiva protección de los individuos no sólo cuando éstos se encuentren en una relación contrapuesta al Estado, sino, más bien, cuando tienen que hacer frente a la actuación de determinadas entidades privadas.

Por lo tanto, no se puede concluir, ante el silencio de la Carta igualmente observado en la mayoría de los textos constitucionales nacionales, que sus disposiciones carecen de relevancia en las relaciones jurídico-privadas.

En el Asunto *Association de Médiation Sociale*³⁸⁰, el Tribunal de Justicia ha confirmado, aunque de una manera tácita, la eficacia horizontal de la CDFUE, ya que no

³⁸⁰ Sentencia de 15 de enero de 2014, Asunto C-176/12, *Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT*.

se ha posicionado categóricamente sobre el asunto y solamente ha analizado la aplicabilidad del derecho en cuestión, no en función del destinatario del precepto, que era el empleador del trabajador recurrente, sino a la vista del alcance de la protección que el precepto de la Carta, en cuanto principio o derecho subjetivo, podría otorgar al individuo presuntamente lesionado en su derecho³⁸¹.

En otros asuntos anteriores, el Tribunal de Justicia ha admitido que determinados derechos fundamentales, en la forma, no obstante, de principios generales del Derecho, como son los de naturaleza socio-laboral o los relacionados con el principio de igualdad y con las situaciones de discriminación en razón de sexo o nacionalidad, desplegarían un efecto horizontal en las relaciones privadas³⁸². No obstante, el TJUE lo hace sin aclarar los criterios utilizados para que se despliegue este efecto, de manera que se pudiese comprender en el seno de la Unión Europea cómo y en qué intensidad cada derecho fundamental se impone en el tráfico jurídico-privado.

Un aspecto relevante que sobrepasa de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la Unión Europea estaría relacionado con el posible reconocimiento de un efecto directo horizontal de las directivas que, por ejemplo, establecen un marco general para la lucha contra la discriminación. Así cabe preguntarse si, con la fuerza jurídica de la Carta, también sería reconocido tal efecto a las directivas, yendo más allá de las disposiciones del Tratado que contienen expresiones específicas del principio general de igualdad y de no discriminación, de modo que, en un litigio *inter privatos*, se pueda determinar la inaplicación de una disposición nacional contraria al Derecho de la Unión en aras a garantizar los derechos fundamentales.

En efecto, el Abogado General Yves Bot, en el Asunto Küçükdeveci³⁸³, llamaba la atención sobre el hecho de que la identificación de los derechos que constituyen

³⁸¹ Sobre el tema, véanse LECZYKIEWICZ, Dorota, “Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights”, en *European Law Review*, núm. 38, 2013, LAZZERINI, Nicole, “(Some of) the Fundamental Rights Granted by the Charter May be a Source of Obligations for Private Parties: AMS”, en *Common Market Law Review*, núm. 51, 2014, pp. 907–933, así como también FRANTZIOU, Eleni, “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, en *European Law Journal*, vol. 21, núm. 5, septiembre de 2015, pp. 657–679.

³⁸² En este sentido, véanse TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EC Law*, op. cit., p. 31 y SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 189.

³⁸³ Véanse las Conclusiones presentadas el 7 de julio de 2009, en Asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG.

derechos fundamentales, garantizados por directivas, permitiría fortalecer la invocabilidad de éstas en litigios entre particulares. No obstante, el Tribunal de Justicia no afronta directamente esta importante cuestión, dejando entrever que la Carta tendría algún impacto en las relaciones entre particulares, pero optando por decidir el caso por la vía del principio general de igualdad de trato, en particular por razón de la edad, basándose en la jurisprudencia Mangold³⁸⁴.

Asimismo, cabe preguntarse si la aplicabilidad de los derechos en las relaciones entre particulares le será reconocida en forma de principios generales del Derecho o como categorías positivadas en la Carta. En este sentido, nos parece llamativo el posicionamiento de la Abogada General Verica Trstenjak en el Asunto Maribel Domínguez. Según expone la Abogada General, que se muestra partidaria de una vinculación de los particulares a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho, podría aducirse, en especial, el principio del efecto útil (*effet utile*) en el Derecho de la Unión y la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión. Por otra parte, los derechos fundamentales consagrados por la Carta otorgarían a los particulares un derecho subjetivo que consiste principalmente en una obligación de protección a cargo de la Unión y de sus Estados miembros, lo que, en nuestra opinión, parece revelar una especie de negación de la dimensión objetiva de las normas de derechos fundamentales recogidas en la Carta y su consecuente irradiación en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico³⁸⁵.

Con vistas a conciliar la perspectiva del derecho privado tradicional, centrada en la eficiencia y la protección de la libertad contractual con la preocupación de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales también entre los particulares, se muestra necesario que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más que una respuesta matizada, afronte, desde un lenguaje constitucional como propone el Abogado General Pedro Cruz Villalón³⁸⁶, el tema de la *Drittwirkung*.

³⁸⁴ Véanse las Sentencias de 19 de enero de 2010, Asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG, y de 22 de noviembre de 2005, Asunto C-144/04, Werner Mangold/Rüdiger Helm.

³⁸⁵ Véanse las Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011, Asunto C-282/10, Maribel Domínguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre.

³⁸⁶ Véanse las Conclusiones presentadas el 18 de julio de 2013 en el Asunto C-176/12, Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT.

De este modo, sería deseable que el TJUE se posicionase sobre cuestiones importantes como sería la de si en la Unión Europea la eficacia horizontal de la Carta es reconocida de un modo mediato como un deber de protección general derivado de la propia irradiación de los derechos fundamentales en todo el orden jurídico, como lo hace el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o si, por el contrario, estaríamos ante una eficacia inmediata, especialmente en aquellos supuestos en que participan grupos o empresas que ejercen actividades equivalentes a las propias de un poder público, o que ocupen una posición social tal que rompe con la lógica eminentemente paritaria de la relación jurídica entre particulares.

Así pues, se puede observar de la escasa argumentación jurídica que el Tribunal de Justicia no aborda toda la problemática que el tema plantea, lo que exigiría del TJUE, también en lo tocante a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, un enfoque más sistemático, que tuviese en cuenta no sólo la esperada consistencia teórica, sino la debida seguridad jurídica para que los particulares, como titulares o destinatarios de los derechos fundamentales de la Carta, puedan comprender más claramente sus derechos y obligaciones en el marco constitucional de la Unión Europea.

3.7 – El nivel de protección

3.7.1 – Consideraciones Generales

El artículo 52, en sus apartados 3, 4 y 6, de la CDFUE, sin restar autonomía al TJUE, estructura el sistema de protección de la Unión Europea estableciendo una apertura a las demás instancias que garantizan los derechos fundamentales, reforzando la idea de que los sistemas protección de derechos fundamentales en Europa ya no se encierran en un único instrumento normativo, ni tampoco pueden ser forjados mediante la labor aislada y autorreferencial de un órgano jurisdiccional.

De hecho, estas disposiciones de la Carta expresan la inquietud de que la actuación de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales configure un elemento de discontinuidad o un punto de fisura en relación a la protección edificada tanto por los Estados miembros como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los reenvíos del artículo 52 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a las tradiciones constitucionales comunes y a las legislaciones y prácticas nacionales, demuestran la permeabilidad y la naturaleza dialógica de la Carta y, por último, del propio Derecho constitucional de la Unión Europea que sigue elaborándose a partir de las experiencias legislativas, judiciales y teóricas de los distintos Estados europeos, así como también del Consejo de Europa³⁸⁷.

No obstante, debemos observar que el contenido de los derechos fundamentales podrá variar en función de las circunstancias jurídico-culturales de cada sistema de protección, por lo que, en nuestra opinión, la continuidad jurídica entre estos sistemas no se deberá construir necesariamente mediante una uniformidad normativa y jurisprudencial, sino, sobre todo, por medio de una comunicación fluida y de un consiguiente intercambio de argumentos entre sus instancias jurisdiccionales.

De este modo, una actitud de apertura de cada una de las jurisdicciones de derechos fundamentales hacia las otras, y el establecimiento de procedimientos dialógicos para la toma de sus respectivas decisiones jurídicas, permitirán encontrar soluciones en torno a valores compartidos.

En este sentido, el artículo 52 de la CDFUE, pese a nuestras objeciones en relación con lo dispuesto en el apartado 3, se perfila como una importante cláusula para la mencionada articulación entre los distintos sistemas de protección que, si se aplica de acuerdo con la especificidad de cada uno de los sistemas, abrirá camino para la coordinación de las distintas racionalidades parciales del ordenamiento multinivel europeo, al poner en contacto a sus diferentes actores sociales y jurídicos.

Es, en definitiva, una muestra del papel que el “Derecho Constitucional Común Europeo” propuesto por el maestro PETER HÄBERLE³⁸⁸ aún se tiene que desarrollar en el espacio constitucional supranacional, permitiendo, según ha observado FRANCISCO

³⁸⁷ Al respecto, véanse BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", en *Revista de Direito Público*, núm. 35, pp. 7-23, así como también DÍAZ CREGO, María, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 194.

³⁸⁸ Véase el ya clásico texto de HÄBERLE, Peter, "Derecho Constitucional Común Europeo", op. cit., pp. 7-46.

BALAGUER CALLEJÓN, la definición de un orden común de valores en el que debe necesariamente inspirarse la ordenación constitucional de Europa³⁸⁹.

A pesar de ello, la relación dialéctica entre los distintos espacios constitucionales europeos – representados por los órganos constitucionales nacionales, el TJUE y el TEDH – juega, como mencionamos, un papel esencial en lo concerniente al proceso constitucional de integración europea y, en consecuencia, a las cuestiones de los derechos fundamentales que surjan en su seno.

De esta manera, nos parecen de especial importancia los reenvíos que el artículo 52 hace a las demás normas protectoras de derechos fundamentales, de modo que, en nuestra opinión, los apartados 3, 4 y 6 de este dispositivo desempeñan una importante función de vectores interpretativos que posibilitan la integración sistémica de los distintos sistemas de protección de derechos fundamentales en Europa.

3.7.2 – La Carta y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Como se extrae de la lectura del apartado 3 del art. 52 de la CDFUE³⁹⁰, se le impone al intérprete europeo en general, incluidas pues las autoridades nacionales cuando apliquen el Derecho de la Unión, la obligación de interpretar las disposiciones de la Carta que correspondan a los derechos y libertades del CEDH, teniendo en cuenta el sentido y alcance ya concretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, habría que preguntarse si la Carta tiene por objeto imponer una inevitable identificación material entre los derechos contemplados por estos dos instrumentos legales.

³⁸⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio de 2007, p. 358.

³⁹⁰ 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.

Al respecto, PEDRO CRUZ VILLALÓN interpretando el artículo 52 dice que el referido precepto de la Carta contiene, más que un instrumento de interpretación armónica conforme a los moldes del artículo 10.2 de la Constitución española, un mandato de identidad, que exige a la Unión Europea la aplicación de aquellos derechos establecidos en la Carta e igualmente garantizados por el CEDH, de la forma en que se prevé en este último instrumento, de modo que el sentido y alcance de estos derechos, incluidas las limitaciones que se admiten, serán los mismos que ya haya establecido el Convenio³⁹¹.

Sin embargo, sería inapropiado admitir que los Tribunales estén obligados a hacer una lectura idéntica sobre un derecho determinado. La remisión del referido dispositivo de la Carta estaría mejor como cláusula de coherencia que como imposición del mismo sentido y alcance para todos los supuestos que afronte el TJUE.

En nuestra opinión, el Tribunal de Justicia estaría autorizado a distanciarse eventualmente del entendimiento del TEDH sin que esto conlleve a una incongruencia irreconciliable entre los dos sistemas de protección, ya que el Tribunal deberá tener necesariamente en cuenta el contenido del Convenio para definir la *ratio decidendi* de sus sentencias y, para poder apartarse del Convenio, correrá con la carga de la argumentación.

En realidad, entendemos que el referido dispositivo de la Carta, por un lado, viene a consagrar al sistema internacional, aquí representado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por la jurisprudencia emanada de su respectivo Tribunal, como parámetro de protección mínima, al cual deben someterse no sólo los ordenamientos constitucionales de cada Estado, sino también el orden jurídico de la Unión Europea.

De ahí que la propia Carta permita a la Unión Europea garantizar una protección más elevada y, por lo tanto, diferenciada a los derechos igualmente garantizados por el CEDH e incluso reconocer derechos que presentan contornos más amplios que los establecidos inicialmente por el Convenio.

³⁹¹ *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 122.

Así, esta regla tendría la intención de evitar la actuación atomizada de estos dos sistemas de protección de derechos fundamentales debiendo entenderse como una manifestación de la interdependencia entre ellos y, en consecuencia, interpretarse como un llamado de deferencia a este importante instrumento normativo que todavía sirve de referencia para la definición de los valores en los que se sustenta la Unión Europea³⁹².

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a lo largo de los años ha seguido de cerca la evolución del CEDH y ha buscado, tal como ahora le exige el art. 52.3 de la Carta, actuar siempre de modo consecuente a una eventual elevación del nivel de protección de un derecho fundamental promovido por el TEDH³⁹³, pero igualmente llamativa ha sido la conducta adoptada en estos primeros años después de la entrada en vigor de la Carta como texto jurídico vinculante en el sentido de referirse cada vez menos al CEDH y a la propia jurisprudencia del TEDH como antes lo hacía para construir, aunque en la gran mayoría de las veces de forma parca en su característico enfoque formulador, su razonamiento jurídico sobre la materia³⁹⁴.

En todo caso, el art. 52.3 de la Carta se convertirá en una cláusula interpretativa secundaria cuando la Unión Europea cumpla con el mandato del art. 6.2 del TUE de adhesión al CEDH, escenario que en la actualidad, después del veto judicial en el Dictamen 2/13, que incluso ha enjuiciado el papel del Tribunal de Justicia como una verdadera jurisdicción de y para los derechos fundamentales, parece poco probable³⁹⁵.

³⁹² A propósito, véase ROLDÁN BARBERO, Javier, "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional.", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7, núm. 16, septiembre-diciembre de 2003, pp. 943-991.

³⁹³ Véase SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 197-198.

³⁹⁴ En este sentido, DE BÚRCA, Gráinne, "After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, 2013, pp. 168-184.

³⁹⁵ Sobre el tema, véanse, a modo de ejemplo, ALONSO GARCÍA, Ricardo, "Análisis crítico del veto judicial de la Unión Europea al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014", en AAVV (Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena y Henri Labayle Dir.), *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016, pp. 142-173; AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, mayo-agosto de 2015, pp. 243-268; LOCK, Tobias, "The future of European Union's accession to the European Convention on Human Rights after the Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable", en *European Constitutional Law Review*, núm. 11, 2015, pp. 239-273; PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, "El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, septiembre-diciembre de 2015, pp. 825-869.

3.7.3 – La referencia a los ordenamientos nacionales

La Carta establece en los apartados 4 y 6 del art. 52³⁹⁶ también la obligación de tener en cuenta los respectivos instrumentos normativos que se encuentran en el origen de los derechos fundamentales reconocidos en ella, de modo que, aunque se constituya como un elemento central del sistema de protección de la Unión Europea, se estructura como un texto de carácter esencialmente abierto y “poroso”³⁹⁷ a las influencias de las demás fuentes de derechos fundamentales.

Mientras el apartado 4 contiene una remisión genérica a las distintas realidades jurídicas de los distintos Estados miembros – y no propiamente a las Constituciones de cada uno de ellos – como parámetros interpretativos para la determinación del sentido y alcance de los derechos de ellas derivados, el apartado 6 reitera el reenvío a las legislaciones y prácticas nacionales en aquellas situaciones en que la propia Carta, en las disposiciones específicas, expresamente las invoca con el fin de determinar el alcance concreto de determinados derechos fundamentales.

La remisión constante del apartado 6, que para algunos autores se muestra incluso superflua³⁹⁸, se refiere a un ámbito de aplicación más limitado de la Carta, es decir, afecta específicamente a aquellos derechos, como por ejemplo el establecido en el art. 9 (derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia)³⁹⁹, que tendrán un sentido determinado conforme a los derechos nacionales, mientras que en otras

³⁹⁶ Artículo 52

Alcance e interpretación de los derechos y principios

[...]

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.

[...]

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

³⁹⁷ La expresión es de María Díaz Crego, según la cual el sistema construido en torno a la Carta habrá de seguir bebiendo de sus fuentes de inspiración tradicionales, esto es, el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Véase *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Madrid: Editorial Reus, 2009, p. 184.

³⁹⁸ Véase DUARTE, María Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da normatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, pp. 250 y ss.

³⁹⁹ Artículo 9

Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia

Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

situaciones, como es la prevista en el art. 30 (protección en caso de despido injustificado)⁴⁰⁰, se decidirá en concordancia también con el Derecho de la Unión.

Además, el apartado 6 revela una naturaleza vinculante que no se muestra presente en el apartado 4 del mismo artículo 52 de la Carta, sugiriendo la identificación entre el alcance de los derechos fundamentales a los que se refiere tanto a nivel nacional como a nivel de la Unión Europea, de tal manera que el contenido de ellos variará de acuerdo con lo que determinen los ordenamientos nacionales de cada uno de los Estados miembros, pudiendo así revelarse más o menos amplio de acuerdo con lo que establezcan las respectivas legislaciones y prácticas nacionales.

Sin embargo, la referencia a las tradiciones constitucionales comunes del apartado 4 representa más bien un criterio orientativo, constituyendo, en realidad, un elemento hermenéutico puesto a disposición del intérprete de la Carta.

Por este reenvío, los ordenamientos nacionales acceden a la categoría de instrumentos auxiliares de interpretación, es decir, se convierten en fuentes de reconocimiento jurídico de los derechos declarados en la CDFUE con la finalidad de posibilitar la definición de un estándar que se muestre adecuado a la realidad propia del derecho de la Unión, y que al mismo tiempo sea conforme a las tradiciones constitucionales comunes.

Desde esta perspectiva, el apartado 4 parece propugnar que se determine, a través de un ejercicio comparativo, el sustrato común a las distintas culturas jurídicas de los Estados miembros de la Unión Europea para que la Europa de los derechos también se construya sobre la base de estos valores constitucionales comunes.

Así pues, los reenvíos a los ordenamientos nacionales de los apartados 4 y 6 del artículo 52 de la Carta se estructuran de manera diferente, cumpliendo, pues, funciones igualmente distintas. El derecho nacional, en consecuencia, podrá ofrecer tanto un estándar concreto de protección de un determinado derecho fundamental garantizado por la CDFUE (apartado 6), como ser utilizado, por referencia al método comparatista,

⁴⁰⁰ Artículo 30

Protección en caso de despido injustificado

Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

para identificar un valor común entre los Estados miembros que oriente, de un modo más general, la interpretación consensual de las disposiciones de la Carta (apartado 4)⁴⁰¹.

Las mencionadas cláusulas horizontales de la Carta cobran conciencia de que la unidad jurídica europea, también en materia de derechos fundamentales, sólo podrá ser conformada a través de la concurrencia plural y equilibrada de las culturas de los distintos Estados europeos por un lado y, por otro, a través de la conciliación de las visiones europea y estatales respecto a un determinado problema.

En definitiva, debemos tener presente que la existencia de la Unión Europea presupone la existencia de sus Estados miembros y, con ello, la de sus respectivas constituciones⁴⁰², de modo que éstas son piezas esenciales para dotar de forma y contenido al mosaico normativo hoy existente a nivel europeo.

Por otro lado, cabe subrayar que el Derecho de la Unión Europea todavía se forma a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, que tienen para tal ordenamiento tanto valor hermenéutico como naturaleza de fuente⁴⁰³.

De este modo, entendemos que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea se forjará a partir de una tensión dialéctica de ordenamientos e intereses jurídicos que, concertada por un método comparado crítico y argumentativo, propiciará que fructifique en Europa un espacio compartido de derechos fundamentales apoyado, no obstante, en valores culturales comunes⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Véase DÍAZ CREGO, María, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, pp. 185 y ss. Una lectura distinta del alcance de esos dos apartados del artículo 52 de la CDFUE puede ser encontrada en DUARTE, María Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, pp. 250 y ss.

⁴⁰² La advertencia es del maestro alemán KONRAD HESSE. Véase "Constitución y Derecho Constitucional", en AAVV (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde Orgs.), *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 14.

⁴⁰³ En este sentido, véase BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, "A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", op. cit., pp. 7-23. Es interesante observar que esta faceta del Derecho de la Unión Europea se manifiesta con mayor vigor por medio del artículo 6º del actual Tratado de la Unión Europea, que reportándose tanto a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y, por consiguiente, a los elementos nucleares de las distintas culturas jurídicas europeas, como también a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, permite, tal como propone el autor hora citado, la definición de un orden común de valores en el que debe inspirarse la ordenación constitucional de Europa.

⁴⁰⁴ Al respecto, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Los niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional", op. cit., p. 33.

Los complejos problemas que suscitan la interacción entre los derechos fundamentales de la CDFUE y los garantizados en los niveles nacionales ya han sido afrontados por el Tribunal de Justicia en las sentencias Melloni y Åkerberg Fransson, pero posiblemente no de forma definitiva, como es de esperar debido al continuo desarrollo de la integración europea y de la propia teoría de los derechos fundamentales, que se estructura de forma dinámica y acompasada con el tiempo, en aras de optimizar la realización de los mismos en su diversidad de dimensiones.

De todos modos, el Tribunal ha tenido la oportunidad de desglosar los dos principales escenarios en los que se puede plantear la aplicación concurrente tanto de la Carta como de las constituciones nacionales, es decir, las situaciones determinadas o no determinadas por el Derecho de la Unión, y aportar criterios de solución a cada uno de ellos.

La citada jurisprudencia Melloni/Åkerberg Fransson ha precisado que el parámetro iusfundamental de control que se debe aplicar para definir el nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea depende del propio objeto de control, es decir, de si el Derecho interno está o no relacionado con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión⁴⁰⁵.

Mientras que al Derecho interno no relacionado con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión se le aplicaría exclusivamente el nivel interno de protección, aspecto bastante llamativo si es analizado en comparación con la postura adoptada por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 26/2014, al Derecho interno relacionado con el Derecho de la Unión se le aplicaría el parámetro supranacional de control ya sea de forma exclusiva, o bien en concurrencia con el nivel interno de protección⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ En este sentido, véase ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Madrid, INAP, 2015, pp. 151-152.

⁴⁰⁶ En relación con la postura adoptada por el Tribunal Constitucional español tras la Sentencia Melloni del TJUE, primeramente interesa subrayar la no aceptación, que entendemos errónea, por parte del alto tribunal español acerca el lugar preeminente que ocupa el Tribunal de Justicia en materia de interpretación del alcance de los derechos fundamentales cuando los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión y, por lo tanto, el no reconocimiento de que la sentencia dictada por el TJUE si trataba en definitiva de una resolución judicial vinculante y no una mera referencia de gran utilidad para definir la solución al recurso de amparo planteado por el Sr. Melloni. En segundo lugar, también cabe mencionar el cambio jurisprudencial del Tribunal Constitucional español que, promoviendo, por su propia autoridad, una rebaja del estándar de protección ofrecido también a las situaciones meramente internas, demuestra

Así pues, allí donde los Estados miembros trasponen o ejecutan el Derecho de la Unión de un modo reglado y, por lo tanto, la Unión Europea no concede a los Estados miembros ningún margen de maniobra para una regulación discrecional del Derecho de la Unión por la vía de las normativas nacionales, se aplicaría el nivel de protección establecido por la jurisdicción supranacional, según los criterios interpretativos de la CDFUE y de acuerdo con los propios objetivos de la integración europea.

Tal interpretación no puede ser vista como una completa negativa a la adopción por el Tribunal de Justicia de una posible postura deferente a las Constituciones nacionales, aunque ante una situación totalmente determinada por el Derecho de la Unión, de modo que podrá eventualmente decidir no aplicar la Carta en determinadas circunstancias específicas muy directamente relacionadas a la cultura constitucional de un Estado miembro⁴⁰⁷.

En este aspecto, el Abogado General Yves Bot no ha ignorado que la Unión Europea está obligada, por el art. 4.2 del TUE, a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos” y que el propio preámbulo de la Carta recuerda que la Unión debe respetar en su acción la identidad nacional de los Estados miembros⁴⁰⁸.

La aplicación de la Carta y del nivel de protección respectivamente establecido por la jurisprudencia del TJUE podría no justificarse si pudiese afectar a la identidad nacional de un Estado miembro, lo que, no obstante, no deberá confundirse, como bien observa el Abogado General, con una concepción exigente de la protección de un derecho fundamental recogido por una Constitución nacional, cuya importancia no cabe subestimar, pero que no significa, sin embargo, que pueda dar cauce a la aplicación del

su adopción, en nuestro punto de vista también equivocada, por un modelo de incorporación que conlleva a una constitucionalización indirecta del nivel europeo de protección a través del art. 10.2 CE. Sobre el tema y las posturas adoptadas por los demás Tribunales constitucionales europeos, como la teoría de la estricta separación del Tribunal Constitucional Federal alemán, remitimos a la citada obra de Xabier Arzo Santisteban *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*.

⁴⁰⁷ Cfr. SARMIENTO, Daniel, “Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, en *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013, pp. 1292-1293.

⁴⁰⁸ Conclusiones presentadas presentadas el 2 de octubre de 2012, Asunto C-399/11, Procedimiento penal contra Stefano Melloni.

artículo 4.2 del TUE⁴⁰⁹.

Así pues, tal deferencia ante una posible vulneración de la identidad nacional, o más precisamente, de la identidad constitucional de un Estado miembro quizá no nos conduzca a la conclusión de que, con la jurisprudencia Melloni, las Constituciones nacionales hayan quedado del todo relegadas a convidados de piedra⁴¹⁰, aunque no se pueda negar que el escaso recurso a tales fuentes importantes, como propugna el art. 52.4 de la Carta, haya mermado la propia legitimidad de la decisión del Tribunal de Justicia.

Por otro lado, al dejar cierto margen de apreciación nacional, se aplicarían tanto los parámetros establecidos a nivel nacional, según la interpretación de los Tribunales constitucionales acerca de los derechos fundamentales recogidos en los respectivos textos constitucionales, como los establecidos en el ámbito de la Unión Europea, con aplicación prevalente del estándar superior, y con la excepción de alguna interpretación que pueda afectar a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

La flexibilización del nivel de protección propuesta por la jurisprudencia Åkerberg Fransson encuentra dos claras limitaciones, pues, aunque la situación analizada no se encuentre totalmente determinada por el Derecho de la Unión, el juez nacional estará obligado a aplicar la Carta, en primer lugar, cuando los derechos fundamentales en la Unión Europea proporcionen un nivel de protección más elevado que el previsto por la Constitución y, en segundo lugar, cuando la aplicación del estándar nacional pueda comprometer la primacía del Derecho de la Unión, algo que resulta todavía incierto y seguramente de más difícil interpretación.

Según algunos autores, esta segunda excepción constituiría una cláusula de salvaguardia para los casos en que los Estados miembros, bajo la cobertura de la supuesta protección más elevada de un derecho fundamental, buscan en realidad eludir

⁴⁰⁹ Véanse las citadas Conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012, Asunto C-399/11, Procedimiento penal contra Stefano Melloni.

⁴¹⁰ En este sentido, véase MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo, "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, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013.

disposiciones relevantes del Derecho de la Unión y, de este modo, pongan en jaque principios inherentes al ordenamiento de la Unión Europea⁴¹¹.

De este modo, el Tribunal de Justicia buscaría reservar para sí un cierto margen de maniobra lo suficientemente amplio para poder adaptar la interpretación flexible que hace en situaciones futuras posibles, en las que la aplicación del estándar nacional de protección de un derecho fundamental pueda acarrear fricciones importantes con el correcto funcionamiento de una norma del Derecho de la Unión, o con los propios objetivos superiores de la Unión Europea⁴¹².

3.7.4 – El artículo 53 y la cláusula de no retroceso

El art. 53 de la Carta, que establece que 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, así como por las constituciones de los Estados miembros, tiene su inspiración en el homólogo artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴¹³ que expresa una idea común a los instrumentos internacionales de protección⁴¹⁴ de que, como les corresponde una función adicional y complementaria a la tutela ofrecida por los Estados, el análisis que hacen debe limitarse a las situaciones en las que se ha actuado de manera poco razonable o incluso arbitraria.

⁴¹¹ Véase SARMIENTO, Daniel, “Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, *op. cit.*, pp. 1295-1296.

⁴¹² En este sentido, véase IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, “La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, septiembre/diciembre de 2013, p. 1168.

⁴¹³ Para el debido cotejo, transcribimos el artículo 53 (Protección de los derechos humanos reconocidos) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

⁴¹⁴ A modo de ejemplo, formulaciones similares figuran en el artículo 5, apartado 2, del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, en el artículo, apartado 2, Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como también en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

De forma análoga a esos instrumentos convencionales, la Carta expresaría aquí una cláusula de no retroceso o de salvaguardia frente al grado de protección otorgado a nivel interno o internacional, estableciendo una especie de prohibición a cualquier “reformatio in peius” por la Unión Europea en materia de derechos fundamentales⁴¹⁵.

De hecho, el objetivo subyacente al artículo 53 es evitar que la actuación de la Unión Europea en el ámbito de los derechos fundamentales pueda debilitar el nivel de protección ya alcanzado por los Estados miembros, evitando así la erosión del patrimonio jurídico conquistado por los ciudadanos europeos.

Ahora bien, el artículo 53 de la Carta para algunos autores sería la expresión de la naturaleza también subsidiaria del sistema de protección de la Unión Europea y, en consecuencia, estaría destinado a proporcionar preferentemente la adopción del estándar más elevado de protección, ya sea este proveniente de la interpretación de una norma constitucional o internacional, o bien provenga de la aplicación de la propia normativa de la Unión.

Por un lado, los defensores de esta tesis entienden que la primacía de aplicación no debe ser de la norma en sí, sino de la norma más favorable al individuo. Por otro lado, estarían aquellos que razonan que sólo se podrá lograr que el estándar de protección diseñado por el TJUE no limite o lesione el nivel de protección proporcionado por cada uno de los Estados miembros si en cada caso de estudio se adoptasen las soluciones nacionales más avanzadas⁴¹⁶.

Así, la respuesta a las cuestiones de derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea estaría, para esta corriente, determinada siempre por el criterio máximo de contenido y de protección otorgados a cada uno de los derechos, lo que implica el pertinente alineamiento del TJUE con el estándar nacional que dispense la máxima protección en Europa, o bien con la creación de un estándar de protección por parte del

⁴¹⁵ Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, "Artículo 53. Nivel de protección", en AAVV (Araceli Mangas Martín Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, op. cit., pp. 852-869.

⁴¹⁶ Al respecto, véanse, respectivamente, DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 281 y ss.; BESSELINK, Leonard F. M., "Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union", en *Common Market Law Review* (1998), Vol. 35, núm. 3, pp. 629-680.

Tribunal de Justicia que se situase por encima de lo que se reconoce en todos los Estados miembros

La solución maximalista reconoce el artículo 53 como una cláusula de subsidiariedad que autoriza una constante apertura de la Carta a la recepción de la norma que otorgue la mayor protección, y configura tal disposición de la Carta como regla de solución de conflictos internormativos, o incluso como criterio de prevención de antinomias, al abrir paso a la aplicación preferente de la norma que se revele más protectora independientemente del ordenamiento de donde provenga.

Esta interpretación del artículo 53 conllevaría la incorporación automática al sistema de protección de la Unión Europea de un entendimiento sobre un determinado derecho sin mayores cuestionamientos, a no ser aplicar la mejor tutela europea, sobre el telón de fondo que ha llevado a tal construcción jurídica, o incluso, si el contenido que revela ese estándar más elevado que proveería mayores garantías es, a la postre, el más adecuado para aquel ámbito específico material de protección.

Sin embargo, es preciso tener presente que la protección de los derechos fundamentales no se trata de una actividad neutra, sino ideologizada, que va acompañada de una fuerte carga de intenciones que denotan las peculiaridades de las tradiciones jurídicas y las diferentes opiniones subyacentes a cada uno de los Tribunales, y en la que también se tienen en cuenta las necesidades que afloran en los distintos momentos históricos.

En efecto, la determinación del contenido concreto de un derecho fundamental depende, como señala acertadamente KONRAD HESSE, de numerosos “factores extrajurídicos” de suerte que se trata, más bien, de un producto cultural que expresa la idiosincrasia de una realidad jurídica histórica y geográficamente situada⁴¹⁷.

No podemos olvidar tampoco que los sistemas de protección del Consejo de Europa y de la Unión Europea cumplen papeles distintos en el escenario de la protección de los derechos en Europa y, por lo tanto, los preceptos en estudio, aunque puedan parecer cláusulas gemelas, deberán ser interpretados según el razonamiento que le es propio a cada de sus jurisdicciones.

⁴¹⁷ “Significado de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 85.

Como hemos señalado anteriormente, mientras el Convenio viene a ofrecer una garantía complementaria al deber de los Estados de proteger a la persona humana y promover su bienestar social, la Carta, a diferencia del modelo de supervisión externa del Convenio, está para promover, desde dentro, el respeto de los derechos fundamentales en el marco de las competencias atribuidas a la Unión Europea⁴¹⁸.

Además, es oportuno subrayar que las cuestiones de derechos fundamentales se presentan muchas veces en forma de colisión de intereses que la naturaleza de principios de esas normas permite solucionar según el fenómeno de la ponderación, lo que, dependiendo del contexto concreto del litigio, llevará a la preponderancia de uno de los intereses en detrimento de otro, pero no a anularlo⁴¹⁹.

En aquellos supuestos en que los derechos fundamentales no aparecen contrapuestos a la actuación de los poderes públicos, la solución maximalista y su propuesta de siempre de optar por la norma más favorable a los derechos invocados se muestra insuficiente, ya que en los casos de colisión de derechos una mayor tutela de un derecho significará una protección menos amplia del otro derecho, pero jamás podrá suponer su sacrificio.

Una menor protección de un derecho fundamental conllevaría una mayor protección de otro, sin embargo, no podría afirmarse, en estas situaciones, que un estándar sea más elevado que otro, pues estaríamos delante de ambas cosas a la vez⁴²⁰.

De este modo, la presunta fórmula del estándar más elevado no llega, por lo tanto, al término deseado en caso de colisiones de derechos fundamentales, ya que el ejercicio de concordancia práctica que presupone no permite que se detecte cualquier estándar

⁴¹⁸ Véase, a propósito, ROLDÁN BARBERO, Javier, "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional.", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7, núm. 16, septiembre-diciembre de 2003, p. 986.

⁴¹⁹ Al respecto, no podemos dejar de citar la obra de Robert Alexy, en especial su ya mencionada *Teoría de los Derechos*, como importante contribución para la comprensión de los derechos fundamentales como mandatos de optimización de modo a posibilitar la solución de las controversias entre derechos fundamentales según la lógica de la ponderación y desde el marco argumentativo del principio de la proporcionalidad.

⁴²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, p. 326. Con respecto a este debate sobre "bajos" y "altos" estándares de protección, remitimos a las consideraciones de Joseph H.H. Weiler en "Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities", *Washington Law Review*, Vol. 61, 1986, pp. 1103-1142.

elevado tanto para el derecho fundamental que ha sido más fuertemente protegido como para el otro que de alguna forma ha tenido que ceder⁴²¹.

Así que entendemos que la deferencia, presente una vez más en este precepto de la Carta, debe ser elevada a la categoría de principio interpretativo⁴²², pero con acepciones y grados diferentes de acuerdo con la vocación de cada uno de los tres sistemas de protección que, desde el pluralismo, articulan el espacio constitucional común europeo.

De esta manera, no entendemos apropiada a la verdadera naturaleza del sistema de protección de la Unión Europea una interpretación del artículo 53 de la Carta en el mismo sentido de las ya mencionadas cláusulas de los instrumentos internacionales que estarían en el origen de su redacción, como tampoco nos parece adecuada la interpretación que identifica la CDFUE como un instrumento de mínimos orientado a establecer, por abajo, un estándar común a todos los ordenamientos nacionales.

Debemos observar que autores como RICARDO ALONSO GARCÍA reconocen que el artículo 53 no impone al Tribunal de Justicia la incorporación a nivel de la Unión Europea del estándar nacional más elevado, entendiéndose que esta disposición de la Carta establece, en realidad, los pilares de una política judicial que, desde una interpretación “pro individuo”, asegure la máxima protección posible⁴²³.

Según esa lectura del referido dispositivo, el Tribunal podrá, pues, concretar el contenido de un derecho sin la obligación de asumir como suya una determinada concepción de protección. No obstante, si lo hace, tendrá que afrontar, en virtud del mandato del artículo 53, el riesgo de escindir la uniformidad jurídica del ordenamiento de la Unión.

⁴²¹ En este sentido, véase, MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 130.

⁴²² Véase BUSTOS GISBERT, Rafael, “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en AAVV (Javier García Roca y Pablo Antonio Fernández Sánchez Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 147-167. Al respecto de la deferencia como un importante instrumento auxiliar de las Cortes Europeas a la hora de afrontar las cuestiones que surgen en ese complejo escenario de pluralismo constitucional, nos reportamos también a GERARDS, Janneke, “Pluralism, Deference and Margin of Appreciation”, en *European Law Review*, Vol. 17, núm. 1, enero de 2011, pp. 80-120.

⁴²³ “The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, en *European Law Journal*, Vol. 8, núm. 4, diciembre de 2002, pp. 507 y ss.

Compartimos la visión de que el artículo 53 sea reconocido como instrumento de una política judicial encaminada a la superación de un razonamiento jurídico centrado exclusivamente en la primacía y autonomía del Derecho de la Unión y, por ende, al refuerzo del TJUE en cuanto “Corte de Justicia” otorgante y garante de una eficaz protección al individuo⁴²⁴.

De todos modos, entendemos más congruente con el constitucionalismo a distintos niveles de Europa la adopción de una tercera vía de acción posible para el Tribunal de Justicia en el acto de concretar los valores que la CDFUE expresa.

Este camino alternativo se fundamentaría, como seguidamente explicaremos con mayor profundidad, en la argumentación jurídica como herramienta de legitimación de la decisión que profiera el Tribunal de Justicia, de modo que, aunque expresara una visión no compartida de manera idéntica por el Tribunal Europeo o por los Tribunales constitucionales, lo importante sería el modo cómo el Tribunal de Justicia fundamentara su punto de vista y, por ende, construyera la autoridad de sus decisiones.

En este punto estamos de acuerdo con DANIEL SARMIENTO cuando subraya que la legitimidad de la protección jurídica que otorgue el TJUE, tanto frente a los individuos como ante las demás instancias jurisdiccionales en Europa, no estará propiamente en el resultado, sino en el proceso argumentativo previo al mismo⁴²⁵.

De ahí que propugnemos que el artículo 53 de la CDFUE no impone al intérprete europeo que las Constituciones nacionales o el Convenio actúen como fuentes vinculantes que deban ser presuntamente seguidas, exigiéndole, por el contrario, que las tome en consideración, no como una mera referencia retórica, sino como elementos estructuradores a partir de los cuales el Tribunal de Justicia definirá un estándar de protección propio de la Unión Europea que concilie la pluralidad existente en su seno, a la vez que no resulte sustancialmente ofensivo para los demás sistemas jurídicos, lo que permitiría, al final, la estructuración sistémica del mencionado trípode judicial europeo.

En definitiva, el artículo 53 se revelaría más adecuado a las características específicas del sistema de protección de la Unión Europea si se entendiera como criterio

⁴²⁴ Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Pamplona, Civitas, 2007, pp. 275 y ss.

⁴²⁵ *Poder Judicial e Integración Europea*, op. cit., p. 324.

interpretativo que exige que el TJUE, aunque esté autorizado a promover una interpretación autónoma de la Carta, haga una lectura en clave constitucional de sus preceptos de modo que, desde un razonamiento crítico comparado, establezca un nivel de protección que alinee los objetivos de la Unión Europea con el respeto a los derechos fundamentales tal como otorgan las soluciones nacionales más progresistas⁴²⁶.

No se trata de construir, a través de la aplicación del presente dispositivo de la CDFUE, una jerarquía entre los ordenamientos jurídicos europeos basada en el nivel más elevado de protección, sino de reconocer que el estándar concreto de protección de la Unión Europea debe ser necesariamente fruto de una solución dialogada “a tres bandas” como una muestra más de que la tutela que otorgue el TJUE, aunque centrada en la Carta, no podrá ser definida unilateralmente por parte de una sola jurisdicción de derechos fundamentales.

Todo el debate suscitado por lo dispuesto en el artículo 53 no debe, en nuestra opinión, centrarse en la construcción de un estándar máximo empleando criterios cuantitativos que acabaría yendo a contramano de la lógica pluralista de la Unión Europea.

Más que una cláusula de salvaguardia de la aplicación preferente del máximo nivel de protección que ofrezcan, en cada caso, el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho internacional, el art. 53 tendría que ser visto como una regla de no competencia entre los sistemas de protección⁴²⁷ que posibilita la convivencia dialógica de cada instrumento de protección, permitiéndose incluso hablar de niveles diferenciados de acuerdo con cada uno de los ámbitos de aplicación de los derechos fundamentales.

En este aspecto específico, la citada jurisprudencia Meloni/Åkerberg Fransson impone, como hemos señalado, claros límites para esta diferenciación de estándares en el seno de la Unión Europea, es decir, se podría hablar de niveles de protección diferenciados, a efectos del art. 53 de la CDFUE, desde que la garantía ofrecida por la

⁴²⁶ Interesante observar que, en 1962, el Abogado General Lagrange se refería al método comparado crítico que en aquel entonces utilizaba el Tribunal de Justicia para definir las normas jurídicas al aplicar el Tratado. Véanse las Conclusiones del 4 de julio de 1962, Asunto 14/61, Hoogovens/Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, pp. 283-284.

⁴²⁷ Al respecto, véase MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 127.

Carta no se muestre la más amplia o, por otro lado, la protección establecida a nivel nacional no haga peligrar la primacía del Derecho de la Unión y los objetivos mayores de la Unión Europea.

No podemos olvidar, no obstante, que la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, tal como establece el art. 4.2 del TUE como expresión de una europeización de los contralímites, aparece como una barrera última a la estricta primacía del Derecho de la Unión también en materia de derechos fundamentales⁴²⁸.

De todos modos, entendemos que la elasticidad de la formulación que aquí planteamos para la interpretación del art. 53 permitiría, sin una necesaria imposición de un entendimiento determinado sobre el alcance y contenido de un derecho, pero en la forma de un verdadero mandato de optimización, la incorporación de experiencias y puntos de vista ajenos a la argumentación del Tribunal de Justicia.

Esta actitud no sólo enriquecería la jurisprudencia producida en Luxemburgo, sino que también permitiría llegar a una solución armónica y verdaderamente europea que confirmaría que el Derecho Constitucional Europeo debe elaborarse, como bien señala el maestro PETER HÄBERLE, a partir de la más amplia participación de los representantes de las veintiocho (hasta que el Reino Unido deje la Unión Europea) comunidades científicas que forman actualmente la Unión Europea, además del Consejo de Europa⁴²⁹.

Ahora bien, no podemos negar que el artículo 53 de la Carta impone ciertos límites materiales al intérprete y legislador europeo, pues, aun entendiendo posible – o incluso necesaria – la construcción de un estándar de protección en el seno de la Unión Europea diferente de los establecidos a nivel nacional o internacional, no nos parece aceptable que este nivel de protección diferenciado traiga aparejada una lesión de los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos de protección indicados en el dispositivo de la Carta.

⁴²⁸ Sobre el tema, véase VECCHIO, Fausto, *Primacía del Derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.

⁴²⁹ Véase "La regresiva «Sentencia Lisboa» como «Maastricht-II» anquilosada", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 397-429.

El retroceso prohibido por la presente cláusula nos permite concluir que es posible oponer a la actuación de la Unión Europea en el campo de los derechos fundamentales, tanto el CEDH como el contenido esencial del derecho en cuestión resultante de las tradiciones constitucionales comunes, en cuanto parámetros mínimos de protección, de modo que la tutela del TJUE nunca se establezca por debajo de estos mínimos.

En el molde de la construcción del Tribunal Constitucional Federal alemán, en la Sentencia Solange II, la Unión Europea está obligada, al menos, a garantizar “de forma general una protección de los derechos fundamentales que debe ser respetada en lo esencial de forma equivalente” a lo que las Constituciones nacionales establecen como la protección mínima inalienable⁴³⁰.

Por otro lado, en la senda de la doctrina Bosphorus desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podríamos también entender que la Unión Europea estaría impedida de dispensar a los derechos fundamentales una protección que resultara “manifiestamente deficiente” y que conlleve a la refutación de la observancia del estándar mínimo demandado por CEDH y la jurisprudencia de aquel Tribunal⁴³¹.

Por lo tanto, el artículo 53 expresaría una “imposición interpretativa”⁴³² al TJUE con el fin de que la aplicación de la CDFUE no suponga, en ningún caso, menoscabo al contenido mínimo de un derecho fundamental, debiendo el Derecho de la Unión ceder, en estos supuestos, sus ansias de primacía y máxima uniformidad y, en consecuencia, garantizar a cada uno de los ciudadanos europeos, como mínimo, la aplicación del contenido esencial del derecho tal como está reconocido por su respectivo ordenamiento nacional, o incluso, reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación del nivel de protección que se ha de atribuir a un determinado derecho fundamental.

Partiendo de esta perspectiva, vislumbramos que el contenido esencial de los derechos fundamentales nacionales, por un lado, y la protección otorgada por el TEDH, por el otro, cumplen una función relevante como estándares mínimos de protección

⁴³⁰ Véase BVerfGE 73, 339 (1986).

⁴³¹ Véase la Sentencia de 30 de junio de 2005, Bosphorus Airways c. Irlanda.

⁴³² Cfr. DÍAZ CREGO, María, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., pp. 232 y ss.

para evitar que la actuación de la Unión Europea, tal como propone el artículo 53 de la Carta, acabe lesionando en su esencia los derechos y libertades fundamentales reconocidos por el CEDH, así como por las Constituciones de los Estados miembros.

En este sentido, el artículo 53, en nuestra opinión, podría servir de guía para la actuación de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales orientándola en un proceso dinámico de articulación, cooperación y, por ende, de desarrollo gradual de los regímenes europeos de derechos fundamentales, hacia una solución que, sin olvidar sus propios objetivos, concilie los distintos razonamientos y permita el avance democrático de la integración europea, a la par que garantice el respeto a la identidad constitucional de sus Estados miembros.

3.8 – Las limitaciones a los derechos fundamentales y sus límites

Según el artículo 52.1 de la Carta, los derechos fundamentales pueden ser restringidos mediante ley, siempre y cuando dicha restricción no se extienda a su contenido esencial, precisando, además, el alcance de las posibles restricciones desde el respeto del principio de proporcionalidad en un doble sentido: cualquier restricción deberá ser necesaria, y sólo se podrán introducir limitaciones a los derechos y libertades recogidos por la Carta para alcanzar efectivamente objetivos de interés general reconocidos por la Unión o para proteger los derechos y libertades de los demás.

En una primera lectura podría comprenderse que el artículo 52.1 de la Carta aporta al sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea técnicas de garantía propias de los ordenamientos constitucionales, como la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad, que habilitarían la defensa de los individuos ante la actuación y las eventuales arbitrariedades de las autoridades europeas, así como frente a la inactividad de las mismas, que igualmente implica una merma del ejercicio efectivo de los derechos y libertades.

Es cierto que la referida disposición recoge en gran medida la jurisprudencia que ha desarrollado el Tribunal de Justicia respecto a las restricciones del ejercicio de derechos y libertades y del principio de proporcionalidad que la orienta.

En este aspecto, nos parece bastante coherente reconocer que los derechos fundamentales recogidos por la Carta no conceden a sus titulares prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración con los demás bienes e intereses protegidos y atendiendo a su función dentro de la sociedad, además de entender exigible, dado el destacado lugar que deben ocupar en el ordenamiento jurídico, que las eventuales restricciones a su ejercicio respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la esencia misma de dichos derechos.

No obstante, es importante señalar desde la dogmática de los derechos fundamentales que tal cláusula de la Carta parece no diferenciar la limitación de la delimitación de los derechos fundamentales y recoge de modo indistinto conceptos muy estrechamente relacionados con la idea de los límites inmanentes y no con las restricciones propiamente dichas, situándolos al lado de categorías concebidas tradicionalmente como límite de los límites de los derechos fundamentales.

Además, igualmente llamativa es la asociación del término necesidad al análisis de la observancia del principio de proporcionalidad como si, en el seno de la Unión Europea, a diferencia de la estructura escalonada del examen de las medidas legislativas restrictiva de los derechos fundamentales que se observa en la teoría general, se esperase del TJUE un mero test de razonabilidad de cualquier restricción al ejercicio de un derecho determinado.

Sobre este punto en particular, interesa señalar que, en muchos supuestos, sin ni siquiera referirse directamente al art. 52.1, se puede deducir implícitamente de las sentencias del TJUE que las restricciones a los derechos fundamentales han sido consideradas proporcionales desde unos criterios de necesidad y adecuación, mientras que en otras ocasiones el Tribunal de Justicia concluye sin más que la medida limitativa configuraba una lesión a un derecho fundamental dado.

Pese a la escasa argumentación jurídica que a grandes rasgos utiliza el Tribunal de Justicia, y a los escasos intentos de tratar en separado los criterios exigidos para la conformidad de una limitación con el principio de proporcionalidad, se puede concluir que la jurisprudencia del TJUE se ha desarrollado en el sentido de que los actos de la

Unión no pueden rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos restrictiva, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser desmesurados con respecto a los objetivos perseguidos⁴³³.

No obstante, cabe ponderar que, aunque el análisis tripartito de la proporcionalidad de una medida restrictiva haya tenido cierto soporte judicial, el Tribunal de Justicia parece no distinguir del todo el criterio de necesidad o intervención mínima del de proporcionalidad en sentido estricto, de modo que construye su razonamiento acerca de la proporcionalidad del acto sin examinar la efectiva existencia de medidas menos restrictivas, incluso allí donde tales alternativas parecen existir. Así la principal característica del principio de proporcionalidad, tal y como se ha desarrollado por la jurisprudencia del TJUE, sería la de proporcionar una ponderación entre los objetivos perseguidos por la medida impugnada y sus efectos negativos sobre los derechos de los individuos afectados⁴³⁴.

Desde una visión de conjunto de la jurisprudencia del TJUE sobre los requisitos del art. 52.1, se revela la existencia de una determinada coherencia en los análisis que lleva a cabo para determinar si una medida es o no justificada, inclinándose por un control más riguroso con la finalidad de enjuiciar los actos más generales y amplios, mientras que aquellos que se revelen específicos y delimitados suelen conducir hacia a la satisfacción de la Carta en relación con el principio de proporcionalidad⁴³⁵.

En relación con los propios derechos limitados, el TJUE expresa la opinión de que también se justificarían diferentes exámenes de proporcionalidad dependiendo de los distintos derechos que hayan sido objeto de una medida restrictiva, aunque de una forma poco consistente y sin explicar de modo explícito el razonamiento que utiliza y las concretas implicaciones de este tipo de distinción, sino simplemente dejando entrever

⁴³³ A modo de ejemplo, remitimos a las Sentencias de 8 de julio de 2010, Asunto C-343/09, Afton Chemical, y de 23 de octubre de 2012, Asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10, Nelson y otros.

⁴³⁴ Cfr. TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EC Law*, op. cit., p. 92.

⁴³⁵ En este sentido, véase PECHAL, Sacha y PEERS, Steve, "Article 52", en AAVV (Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner y Angela Ward Editores), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, op. cit., pp. 1485-1486.

que, para ello, se debe tomar en consideración el derecho afectado en relación con su función en la sociedad⁴³⁶.

Además, es importante señalar que la intensidad del control llevado a cabo por el Tribunal de Justicia parece modularse dependiendo también del propio destinatario de las normas de derechos fundamentales. De este modo, el TJUE aplica un estándar más elevado de protección cuando analiza un acto practicado por la Unión, tal y como dejan entrever las sentencias en casos como *Test Achats*⁴³⁷ o *Schrems*⁴³⁸, mientras que, en lo tocante a la actuación de los Estados miembros, el grado del escrutinio en materia de derechos fundamentales no parece igualmente sólido e intensivo, debido al propio margen de apreciación que les concede, lo que, pese a su relevancia para permitir una cierta flexibilidad en el contexto de un constitucionalismo multinivel, puede dar un mensaje equivocado sobre el equilibrio de poderes entre los diferentes garantes de los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo⁴³⁹.

Interesa subrayar que el principio de proporcionalidad aparece también como principal herramienta para la conciliación entre derechos fundamentales y libertades fundamentales, aunque en este aspecto sea llamado a estructurar el control del ejercicio de un derecho fundamental según la lógica del orden público y de la seguridad pública construida por el Tribunal de Justicia para justificar las derogaciones del Derecho de la Unión. Así que, teniendo como punto de partida la exigencia de libre circulación, se podrá considerar, en una especie de inversión constitucional tal y como expondremos en el tercer capítulo del presente estudio, justificada la restricción de una libertad fundamental si y sólo si el ejercicio de un derecho fundamental se muestra necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, a la vez que la limitación impuesta

⁴³⁶ Véanse, al respecto, las Sentencias de 22 de enero de 2013, Asunto C-283/11, *Sky Österreich GmbH/Österreichischer Rundfunk*, y de 18 de julio de 2013, Asunto C-426/11, *Mark Alemo-Herron y otros/Parkwood Leisure Ltd.*

⁴³⁷ Sentencia de 1 de marzo de 2011, Asunto C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros/Conseil des Ministres.*

⁴³⁸ Sentencia de 6 de octubre de 2015, Asunto C-362/14, *Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner.*

⁴³⁹ Al respecto, véanse FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid, Dykinson, 2008, así como también SARMIENTO, Daniel, "What *Schrems*, *Delvigne* and *Celaj* tell us about the state of fundamental rights in the EU", disponible en «<http://verfassungsblog.de/what-schrems-delvigne-and-celaj-tell-us-about-the-state-of-fundamental-rights-in-the-eu/>».

a la libertad fundamental no se revele desmesurada con respecto a tales objetivos.

Asimismo, el principio de proporcionalidad, como también tendremos la oportunidad de señalar más adelante, constituye, en otro trazo innovador en relación con lo que se observa en la teoría general de los derechos fundamentales, un elemento importante para conceder a la autoridad estatal un margen de apreciación determinado y, de este modo, para construir puentes de diálogo entre las instancias jurisdiccionales en aras de la mediación de los posibles conflictos ordinamentales en el tema de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Por otro lado, cabe observar el inconveniente de una reserva de ley amplia como es la recogida en el art. 52.1 de Carta que, a diferencia de la técnica observada en muchos textos constitucionales nacionales o en el propio CEDH, no establece restricciones específicas o expresas para cada derecho plausible de limitación, y que tampoco contiene ninguna referencia a los presupuestos formales del acto legislativo, ya que, en el seno de la Unión Europea, por lo menos en lo tocante a las medidas llevadas a cabo directamente por sus instituciones, no podría hablarse de especies normativas diferenciadas en los mismos moldes que lo observado en el ordenamiento constitucional de muchos de los Estados miembros, pero sí debería imponerse, desde el articulado de la Carta y no simplemente desde la futura jurisprudencia del TJUE sobre la materia, el cumplimiento de unos parámetros mínimos de certeza y precisión que garanticen la esperada seguridad jurídica y, de este modo, posibiliten a los individuos percibir sin ambigüedad en qué ámbitos de actuación podrán verse afectados⁴⁴⁰.

De todos modos, no se puede vislumbrar que la Carta, a través de esta cláusula de carácter general, posibilite restricciones a todos los derechos fundamentales, sino que para los derechos objeto de limitación deberán ser observados unos criterios determinados, debiendo interpretarse a la luz de propia jurisprudencia del TEDH sobre la materia o según las guías de interpretación de las Explicaciones del *Praesidium*, que determinados derechos fundamentales, más intrínsecamente relacionados con la noción de la dignidad humana, como son, a modo de ejemplo, los que recogen la

⁴⁴⁰ En este sentido, véase, a modo de ejemplo, las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de abril de 2011 en el Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA/Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)*.

prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4) o la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5), deben ser considerados intangibles, de modo que su protección se garantice en términos absolutos⁴⁴¹.

Por otro lado, la referencia genérica contenida en la Carta debe ser siempre interpretada como relativa a los actos legislativos y no a los actos de ejecución, aunque, según algún autor, tal escenario podría ser en el Derecho de la Unión poco factible por vislumbrar que algunos fundamentos jurídicos importantes contenidos en los tratados para la actuación de la Unión, como son, por ejemplo, las medidas de política exterior, podrían volverse en parte o totalmente inoperantes⁴⁴².

La jurisprudencia oscilante del TJUE en cuanto a este aspecto no permite definir, con la debida seguridad jurídica, si la exigencia del art. 52.1 la Carta de que las limitaciones a derechos fundamentales estén establecidas “por la ley” podrán ser entendidas en un sentido lato, de modo que sean consideradas como tales incluso medidas que no hayan sido adoptadas según el procedimiento de codecisión con el Parlamento Europeo⁴⁴³, algo que, a nuestro parecer, se muestra preocupante para la

⁴⁴¹ Para un análisis de la jurisprudencia en la materia, que, de modo implícito, recoge la posibilidad de reconocer a unos derechos fundamentales el carácter de absolutos, a los que el TJUE menciona como “derechos humanos fundamentales que no pueden ser objeto de ninguna excepción en virtud del artículo 15, apartado 2, del CEDH”, véanse, a modo de ejemplo, la Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, Bundesrepublik Deutschland/ Y. y Z., así como también la Sentencia de 7 de noviembre de 2013, Asuntos acumulados C-199/12 y C-201/12, Minister voor Immigratie en Asiel/X., Y. y Z.

⁴⁴² En este sentido, véase PECHAL, Sacha y PEERS, Steve, “Article 52”, en AAVV (Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner y Angela Ward Ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, op. cit.*, pp. 1471-1472.

⁴⁴³ Por un lado, la Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Asunto C-355/10, Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea, en la que, en el apartado 77, el TJUE concluye muy saludablemente en los siguientes términos: “[...] procede subrayar que unas disposiciones que otorgan poderes de autoridad pública a los guardias de frontera, como las que se atribuyen en la Decisión impugnada, entre las que figuran el arresto de las personas aprehendidas, el apresamiento del buque y el reenvío de las personas aprehendidas hacia un lugar determinado, afectan de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que hace necesaria la intervención del legislador de la Unión”. Por otro lado, es llamativa la Sentencia en la que el Tribunal de Justicia parece no adoptar una interpretación estricta del art. 52.1 de la Carta al afirmar que “[e]n primer lugar, es pacífico que la injerencia resultante de la publicación en un sitio web de los datos nominales de los beneficiarios afectados debe considerarse una injerencia «establecida por la ley» en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta. En efecto, los artículos 1, apartado 1, y 2 del Reglamento nº 259/2008 exigen expresamente tal publicación”. En otro orden de cosas, en la Sentencia de 1 de julio de 2010, Asunto C-407/08 P, Knauf Gips KG/Comisión Europea, el Tribunal de Justicia, en lo que se refería a una decisión individual de la Comisión de aplicar multas a empresas por infracción a disposiciones de los Tratados constitutivos, ha entendido de la siguiente forma: “A este respecto, procede señalar, como alega correctamente la recurrente en casación, que, en relación con la aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, ninguna disposición del Derecho de la Unión impone al destinatario del pliego de cargos discutir sus diferentes elementos fácticos o jurídicos durante el procedimiento administrativo, so

protección diferenciada y reforzada que ha de ser reconocida a los derechos fundamentales, en especial por tratarse de procedimientos decisorios en los que los afectados últimos no podrán contar con la mediación de sus respectivos representantes.

Por último, en lo tocante al contenido esencial de los derechos fundamentales en la Unión Europea, algunos autores entienden que el art. 52.1 de la Carta, al diferenciar la exigencia del respeto al contenido esencial y el principio de proporcionalidad, asumiría la tesis de la teoría absoluta en confrontación con la relativa que, según hemos observado anteriormente, reduce tal garantía a la debida observancia del principio de proporcionalidad desdoblado en sus tres subprincipios⁴⁴⁴.

Es cierto que el concepto de la esencia de los derechos utilizado por el Tribunal de Justicia hace pensar, como bien señala el Abogado General Maciej Szpunar en sus conclusiones presentadas en los Asuntos acumulados Rendon Marín y C.S., en el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales, que es bien conocido en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y que aparecería, especialmente en lo tocante a los derechos de ciudadanía, como un límite último e infranqueable a cualquier limitación posible para que éstos, una vez restringidos, resulten irreconocibles en cuanto tales, de manera que no cabrá entonces hablar de una limitación del ejercicio de tales derechos, sino, pura y simplemente, de su supresión⁴⁴⁵.

De forma específica, cabe señalar que en algunos supuestos el Tribunal de Justicia

*pena de no poder hacerlo posteriormente durante el procedimiento judicial. En efecto, si bien el reconocimiento explícito o implícito de elementos fácticos o jurídicos por una empresa durante el procedimiento administrativo tramitado ante la Comisión puede constituir un elemento probatorio complementario al apreciar la procedencia de un recurso jurisdiccional, no puede limitar el ejercicio mismo del derecho a recurrir ante el Tribunal General al amparo del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, que tiene cualquier persona física o jurídica. A falta de base legal expresamente prevista a tal efecto, esta limitación es contraria a los principios fundamentales de legalidad y de respeto del derecho de defensa. A mayor abundamiento, conviene señalar que el derecho a un recurso efectivo y el acceso a un tribunal imparcial está garantizado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, tiene el mismo valor jurídico que los tratados. Según el artículo 52, apartado 1, de dicha Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce debe estar prevista en la ley". Al respecto, véase LENAERTS, Koen, "Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights", en *European Constitutional Law Review*, núm. 8, 2012, pp. 375-403.*

⁴⁴⁴ En este sentido, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*, pp. 46 y ss., recurso electrónico disponible en «http://app.vlex.com/account/login_ip?fuelle_id=6116».

⁴⁴⁵ Véanse las Conclusiones presentadas el 4 de febrero de 2016, en los Asuntos acumulados C-165/14 y C-304/14, Alfredo Rendon Marín/Administración del Estado y Secretary of State for the Home Department/C.S.

proclama sin más que el contenido de un derecho fundamental no ha sido violado y, a continuación, pasa a examinar la medida limitativa desde la óptica de la proporcionalidad⁴⁴⁶, en otros, por ejemplo, constata la lesión del contenido esencial de un derecho fundamental, relacionándola al hecho de que la normativa en cuestión no se limitaba a lo estrictamente necesario, o bien no establecía ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo perseguido, además de no prever ningún criterio objetivo para alcanzarlo⁴⁴⁷.

Ante la falta de la sistematicidad con que el TJUE maneja el aspecto de la teoría de los derechos fundamentales y el lenguaje poco constitucional, o incluso, sencillo que utiliza comparado con toda la discusión que el tema ha proporcionado, por ejemplo, en la dogmática alemana, nos parece inadecuado construir la tesis de que el art. 52.1 de la Carta constituye, en efecto, una nueva recepción de la teoría absoluta de la garantía del contenido esencial en los mismos términos que la observada en el derecho constitucional de muchos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Ahora bien, pese a la diferenciación recogida en el texto de la Carta entre contenido esencial y principio de proporcionalidad, podríamos opinar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiende a una teoría mixta, en la medida que, en reiteradas decisiones en materia, por ejemplo, de derecho de propiedad, señala que *“no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado”*⁴⁴⁸.

Por otra parte, no podemos olvidar que la garantía de contenido esencial, en la vertiente positiva de la que hablábamos en la primera parte de este trabajo, supone que

⁴⁴⁶ Véase, a modo de ejemplo, la citada Sentencia de 22 de enero de 2013, Asunto C-283/11, Sky Österreich GmbH/Österreichischer Rundfunk.

⁴⁴⁷ En este sentido, véase la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Asunto C-362/14, Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner.

⁴⁴⁸ En este sentido, véase la Sentencia de 9 de marzo de 2010, Asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08, Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA, y Syndial SpA/Ministero dello Sviluppo economico y otros.

los derechos fundamentales van a ser eficaces no sólo como límites de la actuación de los poderes, sino también frente a la inactividad de los poderes públicos⁴⁴⁹.

No obstante, la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia en la materia todavía no nos permite concluir, tal y como se observa en las construcciones dogmáticas de la teoría general, si la ausencia de regulación por el legislador europeo, por lo menos en lo que respecta a los derechos de la Carta, no impedirá, también a nivel supranacional, la posibilidad de que el derecho fundamental reconocido despliegue su eficacia directamente respecto del contenido esencial que permite reconocer a ese derecho como tal.

Así pues, pese a que la Carta utilice la misma terminología existente en el seno de la teoría de los derechos fundamentales, que podría conducir a la conclusión de que la eficacia normativa de los derechos fundamentales estaría garantizada por técnicas análogas a las establecidas en algunos ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, podemos observar ciertas inconsistencias si hacemos una comparación rápida entre los esquemas argumentativos y de control analizados en el capítulo anterior del presente estudio y los que se llevan a cabo en el seno de la Unión Europea, de modo que, pasada la primera impresión, se podría cuestionar si estaríamos realmente ante las mismas garantías procedimentales y materiales halladas a nivel estatal.

3.9 – La protección de los derechos fundamentales

Según la jurisprudencia reiterada del TJUE, cuyo *leading case* en la materia podría ser considerado el Asunto Les Verts⁴⁵⁰, toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, se ha afirmado que la existencia misma de un control

⁴⁴⁹ En este sentido, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 2, núm. 4, julio-diciembre de 2005.

⁴⁵⁰ Sentencia de 23 de abril de 1986, Asunto C-294/83, Parti écologiste “Les Verts”/Parlamento Europeo.

jurisdiccional efectivo para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión es inherente a la existencia de un Estado de Derecho.

En efecto, no basta la mera atribución de derechos al individuo, sino que es necesaria al mismo tiempo la articulación de procedimientos técnico-jurídicos a través de los cuales se le permita reaccionar jurisdiccionalmente contra cualquier violación, haciendo de esta forma real y efectivo el ejercicio de los derechos que se le reconocen.

Desde esta perspectiva, podría producir cierta inquietud el hecho de que en el Tratado de Lisboa, aunque se haya discutido la necesidad de una mayor apertura del sistema jurisdiccional de la Unión Europea al individuo y también se haya planteado la posibilidad de establecer en el seno de la Unión Europea un nuevo recurso para proteger los derechos fundamentales en los moldes de la *Verfassungsbeschwerde* alemana o del recurso de amparo español, o incluso del existente en el seno del CEDH, no se innove sensiblemente en lo relacionado con las vías procesales destinadas a la protección jurisdiccional de los particulares sujetos a la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea.

Para un posicionamiento más equilibrado sobre el tema, incluso para establecer si la inexistencia de un recurso directo al Tribunal de Justicia constituye en efecto un déficit importante para la efectiva protección de los derechos fundamentales en la Unión⁴⁵¹, tendríamos que analizar las vías de acceso existentes en el Derecho de la Unión para la tutela de los individuos frente a actos presuntamente violadores de sus derechos, lo que a continuación haremos, aunque a grandes rasgos, dado el propio objeto de estudio del presente trabajo.

Por un lado, en lo que respecta a los actos atribuidos a las instituciones de la Unión, los individuos tendrían en su defensa el recurso de anulación que, según el art. 263 del TFUE, constituye la vía procesal para que los tribunales de la Unión controlen la legalidad de los actos adoptados por sus instituciones, órganos u organismos, sean individuales o

⁴⁵¹ Al respecto, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «funciones esenciales» de su sistema jurisdiccional”, *op. cit.*, p. 253, que señala la estructuración del sistema judicial europeo de la cuestión prejudicial está relacionada a la propia forma como el proceso político en la Unión Europea se conforma, característica, no obstante, que entiende difícil de aceptar, tal y como refleja la jurisprudencia del TEDH en la citada Sentencia Bosphorus de 30 de junio de 2005.

generales, sean legislativos o no legislativos, y destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

Los particulares, ya sean personas físicas o personas jurídicas, son concebidos como recurrentes no privilegiados, en contraposición, por un lado, con los privilegiados – los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión – y, por otro, con los semi-privilegiados – el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo y el Comité de las Regiones – y, como tales, su legitimación dependerá del tipo de acto recurrido y de los efectos que este tenga en la esfera jurídica del particular recurrente.

Así, en lo que respecta a la legitimación de los particulares, además de comprobar que un acto les afecta directa e individualmente se deberá verificar que tienen un interés personal, real y presente en la demanda, de tal modo que se traduzca en la existencia de algún tipo de ventaja en caso de anulación del acto⁴⁵².

Pese a las reformas proporcionadas por el Tratado de Lisboa hacia la integridad del sistema judicial europeo, todavía permanece como una vía, en virtud de la propia interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia, en una especie de activismo deconstructivo⁴⁵³, sobre la “afectación individual” como criterio de acceso de los particulares⁴⁵⁴, demasiado restrictiva que para nada contribuye a aplacar las desconfianzas hacia la Unión Europea y su tan discutido déficit democrático.

⁴⁵² Al respecto, véase SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 365 y ss.

⁴⁵³ Estamos aquí a parafrasear la expresión «activismo inactivo» de DANIEL SARMIENTO en su artículo "La sentencia UPA (C-50/2000), los particulares y el activismo inactivo del Tribunal de Justicia", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 3, 2002, pp. 531-577.

⁴⁵⁴ Nos referimos, en este aspecto, a la llamada fórmula “Plaumann” (C-25/62), según la cual “una disposición sólo puede afectar individualmente a una persona física o jurídica si le afecta en razón de determinadas cualidades que le son propias o de una situación de hecho que la caracteriza frente a cualquier otra persona y, por tanto, la individualiza de manera análoga a la de un destinatario”. Tal fórmula, en nuestra opinión, acoge la acepción más restrictiva del término “individual”, como algo que debe ser particular y característico de alguien a punto de singularizar el destinatario del acto cuestionado frente a los demás, de modo que el acceso a los Tribunales comunitarios por la vía directa del recurso de anulación está permitido sólo para aquellos que de una forma extraordinaria son afectados por una medida comunitaria. Pese a toda la brillantez de la argumentación del Abogado General Sir Francis Jacobs en sus conclusiones en el Asunto UPA (C-50/00), opinamos que la fórmula que, al final, plantea para una nueva interpretación del concepto de persona individualmente afectada, eso es, la de que “una persona resulta individualmente afectada por un acto comunitario si, debido a sus circunstancias particulares, el acto lesiona o puede lesionar sus intereses de manera sustancial”, no solucionaría los problemas del subjetivismo y de la consecuente inseguridad jurídica tan presentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la legitimación activa de los particulares para impugnar actos comunitarios. Quizá la fórmula propuesta por el entonces Tribunal General en el Asunto “Jégo-Quére” (T-177/01), o sea, la de que “una persona física o jurídica queda individualmente afectada por una disposición

En este aspecto, ha de plantearse, por lo tanto, si el actual sistema de recursos existente en la Unión Europea, gracias sobre todo a la jurisprudencia restrictiva y y tanto inconsistente del Tribunal de Justicia con respecto a la legitimación activa de los particulares para impugnar actos comunitarios, proporciona verdaderamente medios eficaces, por la vía procesal directa e individual, para una defensa de los derechos fundamentales ante los Tribunales de la Unión Europea.

Por otro lado, con respecto a los actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, hallamos la cuestión prejudicial de interpretación y de validez, prevista en el art. 267 del TFUE y considerada la “clave de bóveda” del sistema judicial europeo, ya que a través de esta vía se han dictado las resoluciones más relevantes para el proceso de integración europea⁴⁵⁵.

La cuestión prejudicial, además de ser un mecanismo hermenéutico de auxilio judicial, actúa como una acción indirecta para el control de actividad normativa de los Estados miembros, de modo que la tutela de los derechos fundamentales acaba fundamentándose en los instrumentos procesales establecidos a nivel nacional, cuyos tribunales se articulan, según la doctrina CILFIT⁴⁵⁶, con el Tribunal de Justicia con el fin de conceder una mayor coherencia, eficacia y unidad al Derecho de la Unión.

A este respecto, se debe tener en cuenta que, si el sistema judicial europeo también se articula sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva a través de la jurisdicción nacional, cobra importancia que los Tribunales nacionales, incluidos los Tribunales constitucionales, se reconozcan como jueces europeos y no entiendan los

comunitaria de alcance general que le afecta directamente si la disposición de que se trata afecta de manera cierta y actual a su situación jurídica restringiendo sus derechos o imponiéndole obligaciones” constituyera la más adecuada para forjarse un criterio objetivo a la hora de analizar la admisibilidad de un recurso de anulación interpuesto por un particular.

⁴⁵⁵ En este sentido, véase SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea, op. cit.*, pp. 397 y ss.

⁴⁵⁶ En la Sentencia de 6 de octubre de 1982, Asunto C-283/81, Srl CILFIT/Ministero della Sanità y Lanificio di Gavardo SpA, el Tribunal de Justicia, además de hacer un extenso resumen sobre la jurisprudencia alrededor de la obligación de plantear la cuestión prejudicial, establece la llamada doctrina del “acto claro”, abriendo una pequeña vía de discrecionalidad al juez nacional: *“la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada”*. En cualquier caso, esta posibilidad de juzgar la “claridad” de la norma se ve restringida por el mismo Tribunal en los siguientes términos: *“antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad”*.

derechos fundamentales de la Carta como un problema ajeno al ordenamiento constitucional. De lo contrario, las posturas inconsistentes y/o la recalcitrantes de los Tribunales nacionales menoscabarían la cuestión prejudicial no sólo como instrumento de cooperación jurídica y coordinación de los ordenamientos jurídicos, sino como importante herramienta para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea y, de este modo, revelarían la importancia de un amparo ante el Tribunal de Justicia⁴⁵⁷.

Ahora bien, no se puede negar que la cuestión prejudicial, como posible expresión de una federalización de la actividad jurisdiccional europea, ha posibilitado “un diálogo de expertos, antes que un discurso de la ciudadanía”⁴⁵⁸, lo que, en nuestra opinión, también se revela como un factor importante para establecer la necesidad de un posible amparo europeo que refuerce, junto con las garantías no jurisdiccionales dispensadas por el Defensor del Pueblo europeo o por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁵⁹, la debida salvaguardia de los derechos fundamentales en la Unión Europea desde la intervención directa de los particulares que sin duda iluminaría la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con intereses e interpretaciones minoritarias⁴⁶⁰, además de incrementar su legitimidad y aceptación entre toda la sociedad de los intérpretes del Derecho de la Unión.

De este modo, aunque se pueda concluir con una efectividad de la tutela de los derechos fundamentales ofrecida por los mecanismos judiciales europeos, no se puede negar que un amparo europeo abriría a los individuos la posibilidad concreta de participación, aunque procesalmente, en la vida comunitaria.

⁴⁵⁷ Al respecto, véanse ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 112 y ss., así como también AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia”, en AAVV (Ana María Carmona Contreras Coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 185-206.

⁴⁵⁸ Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «funciones esenciales» de su sistema jurisdiccional”, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁵⁹ Sobre la oportunidad perdida por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de imponerse como una fuerte garantía orgánica para la tutela de los derechos fundamentales ante la crisis financiera y los graves recortes en derechos que ha supuesto, véase HINAREJOS, Alicia, “A missed opportunity: the Fundamental Rights Agency and the Euro Area Crisis”, en *European Law Journal*, Vol. 22, núm. 1, enero de 2016, pp. 61-73.

⁴⁶⁰ Véase AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «funciones esenciales» de su sistema jurisdiccional”, *op. cit.*, p. 253.

En este aspecto, cabe subrayar que no solamente los órganos estatales, sino también, o mejor dicho, sobre todo los individuos, con el ejercicio diario y creativo de sus derechos, hacen realidad los ideales democráticos de un Estado de Derecho desde el pluralismo y el necesario juego de las alternativas, para que, como nos enseña el maestro PETER HÄBERLE, las opiniones disidentes de hoy puedan convertirse en la opinión mayoritaria de mañana⁴⁶¹.

A través de una participación cooperativa y comunicativa que les permitiría un recurso de amparo europeo, los individuos podrían sentirse copartícipes decisivos en la prosecución del proyecto de integración europea, inculcándoles la conciencia cívica de su relevancia en la formación de la voluntad en la Unión Europea, además de poder percibirla no como un instrumento de una lejana burocracia que dicta desde arriba sus vidas, sino como la vía para la creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa desde el compromiso con las distintas manifestaciones culturales existentes.

Además, por la vía de un amparo europeo, el TJUE también podría hacer frente a la preocupación de que los Estados miembros mermen, en su aplicación diaria, la primacía del Derecho de la Unión, pues, como se ha podido señalar en primera parte de este trabajo, el recurso de amparo constitucional no es únicamente un instrumento de impugnación para la garantía e imposición de posiciones jurídico-individuales fundamentalmente tuteladas, sino que es también un medio específico de protección jurídica del propio derecho constitucional objetivo.

El Tribunal de Justicia, al decidir un recurso de amparo, preservaría o restablecería a un individuo en el derecho fundamental que le ha sido vulnerado, pero igualmente realizaría una función de alcance general para determinar la forma con la que los jueces y tribunales ordinarios han de operar en este tipo de supuestos, sólo que ahora desde una vía procesal pluralista que permite a los propios ciudadanos, como importantes actores de la sociedad abierta de los intérpretes europeos, exponer directamente su comprensión sobre los derechos fundamentales.

⁴⁶¹ En este sentido, véanse, a modo de ejemplo, las citadas obras *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*; “Teoria da Constituição sem Direito Natural”; así como también “Palabras clave para el constitucionalismo de hoy – una perspectiva alemana”.

Así pues, el TJUE podría llevar a término un control efectivo sobre el modo a través del cual los Estados miembros aplican el Derecho de la Unión e imponer, desde un lenguaje ciudadano, la observancia de su jurisprudencia como la vía posible para lograr una interpretación conforme, que preserve la primacía y autonomía del Derecho de la Unión.

En este diálogo directo con los individuos, el Tribunal de Justicia podría, además, ver depositada en su jurisdicción la confianza de que se trata de una institución destinada a mediar la integración europea desde un sistema cultural de valores determinado, cuya máxima expresión debe estar en el respeto y la promoción de los derechos fundamentales.

Por último, interesa subrayar que, más allá de la referida función de integración cívica, el recurso de amparo despliega un gran efecto pedagógico, de manera que, también en este aspecto, se podría vislumbrar la importancia de establecer la protección procesal de los derechos fundamentales en la Unión Europea por la vía de un amparo al Tribunal de Justicia⁴⁶².

Al fin de cuentas, no sólo se trata de educar a los poderes públicos, en especial a los de los Estados miembros, teniendo en cuenta la importancia de la cuestión prejudicial para el sistema judicial europeo, en la lealtad al Derecho de la Unión Europea, sino que también los propios ciudadanos deben ser educados en la cultura de la Unión Europea para que, comprendiéndola mejor, puedan moverse más fácilmente en el marco de sus atribuciones, y asimilar de una forma objetiva lo que efectivamente les puede ofrecer en materia de derechos y poder participar así de forma privilegiada en un debate en clave europea⁴⁶³.

Por consiguiente, una práctica judicial que contemple de forma más efectiva a todos los que componen la sociedad abierta de los intérpretes del Derecho de la Unión,

⁴⁶² Al respecto, nos remitimos a la citada obra de PETER HÄBERLE, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*.

⁴⁶³ En este sentido, muy llamativa es la ponencia de apertura de Viviane Reding en el XXV Congreso de la FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen), en Tallinn, el 31 de mayo de 2012, y lo que ha nombrado del efecto “knocking on the wrong door”, lo cual conlleva a una perniciosa frustración de los individuos ante la Unión Europea como posible instancia motora del respeto y de la promoción de los derechos fundamentales en Europa, disponible en «http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_en.htm?locale=en».

incluso por la vía de un recurso directo ante el Tribunal de Justicia, contribuirá para que la Carta alcance *status* de instrumento de proceso público que, insertando a cada uno de los individuos en el debate jurídico europeo, posibilite la democratización y una mayor legitimidad de la labor jurisdiccional, a la vez que permita que todos los actores del espacio jurídico europeo se encuentren adecuadamente habilitados para conciliar toda la pluralidad de esa realidad⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Las ideas del presente párrafo encuentran clara inspiración en la obra del maestro alemán Peter Häberle.

**CAPÍTULO TERCERO: LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA**

1 – PLANTEAMIENTOS GENERALES: LA INTERCONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA

El nacimiento de las Comunidades Europeas y posteriormente de la Unión Europea, sumado a un proceso más amplio y de mayor alcance como es el del fenómeno de la globalización, produjo el incremento de las interconexiones económicas, políticas, sociales y culturales y, por consiguiente, la interdependencia entre los Estados, los pueblos, y los distintos grupos e individuos, imponiéndoles una nueva dinámica y una verdadera reformulación de sus relaciones.

Este proceso, que ha trastocado prácticamente todos los “pilares del *imperium* estatal”, impuso un redimensionamiento de las tareas de los Estados y una relativización de muchos de sus principios estructuradores⁴⁶⁵.

Los Estados circunscritos a su propia realidad han tenido que revisar su “autorreferencia egoísta”⁴⁶⁶, abandonando su postura aislada e independiente en función de una “estatalidad abierta”⁴⁶⁷, ya que este mundo cada vez más globalizado de Estados acaba fragilizando, como subraya PETER HÄBERLE, la distinción estricta entre lo interno y lo externo en favor de una apertura hacia el exterior⁴⁶⁸.

Por otro lado, todo el entramado institucional y normativo de la Unión Europea, como ya es de sobra conocido, es resultante de un proceso gradual de establecimiento de una autoridad pública a nivel supranacional a partir de la cesión de competencias que las Constituciones nacionales le han conferido para, bajo la influencia de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados europeos, dar una respuesta adecuada a los asuntos que el Estado ya no puede resolver por sí solo o que afectan a más de un Estado.

De ahí que haya surgido un sistema de poder dividido entre los Estados y la Unión Europea y, por lo tanto, una coexistencia de distintos centros de poder político y de

⁴⁶⁵ SARMIENTO, Daniel, *Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004, p. 39.

⁴⁶⁶ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, p. 259.

⁴⁶⁷ PETERS, Anne, AZNAR GÓMEZ, Mariano J., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (eds.), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 11.

⁴⁶⁸ *El Estado constitucional*, Traducción de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 73.

producción de Derecho que ha estructurado el escenario europeo como una realidad de pluralismo ordinamental.

En efecto, uno de los rasgos más característicos de la originalidad del fenómeno jurídico de la Unión Europea es una intensa intersección entre los ordenamientos jurídicos, lo que acaba por imponer un nuevo planteamiento: dilucidar cómo se daría la articulación de normas de distinta naturaleza⁴⁶⁹.

A este respecto, hay que tener en cuenta que el incremento de la Unión Europea, y en consecuencia de su poder político, incide de forma peculiar en el Derecho interno de cada uno de los Estados miembros, promoviendo una verdadera desnacionalización de muchos de sus ámbitos de competencia en la medida en que gran parte del flujo jurídico pasa a elaborarse al margen de las Constituciones nacionales⁴⁷⁰.

La integración europea ha supuesto una fragmentación de los procesos políticos y sociales con la formación de espacios de toma de decisiones más allá de los “confines constitucionales de los Estados”⁴⁷¹, de modo que en Europa se ha pasado de una aplicación suprema a una aplicación relacional de las constituciones⁴⁷².

J. J. GOMES CANOTILHO subraya, en un lenguaje plástico, que las Constituciones bajaron del “castillo” para la “red”, de modo que también se abrieron a las relaciones internacionales y/o supranacionales, encontrándose cada vez más enlazadas entre sí. De hecho, el autor portugués explica que para entender el lugar y el sentido de las Constituciones en el contexto contemporáneo debemos partir de una óptica inclusiva y dialogante que las vuelvan receptivas a otros espacios, a otras personas, a otras normas, así como también a conflictos y consensos⁴⁷³.

⁴⁶⁹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y VALLE GALVEZ, Alejandro, “El Derecho Comunitario y las Relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 1, núm. 2, 1997, p. 350.

⁴⁷⁰ AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La función de la Constitución en el contexto contemporáneo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 171-189.

⁴⁷¹ PETERS, Anne, “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales”, en AAVV (Anne Peters, Mariano J. Aznar Gómez, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez Eds.), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, op. cit., p. 209.

⁴⁷² AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La función de la Constitución en el contexto contemporáneo”, op. cit., pp. 171-189.

⁴⁷³ *Brançosos e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 197/269.

Por otra parte, debemos observar que la apertura de las constituciones nacionales a otros espacios normativos mediante, por ejemplo, las cláusulas de integración⁴⁷⁴, ha modificado, pese a no haber alterado gramaticalmente los textos constitucionales, el alcance y la propia comprensión de muchas de sus disposiciones. De ahí que se diga que las Constituciones europeas atraviesan un verdadero proceso de mutación fruto de la apertura de los ordenamientos estatales a otros ordenamientos jurídicos, de modo que sus temas, habilidades e instituciones pasan a estar necesariamente conectadas complementaria y cooperativamente como un derecho público en acción con las demás realidades ordinamentales que forman el conjunto constitucional de hoy⁴⁷⁵.

Asimismo, hay que reconocer que los Estados ya no son libres de tomar sus decisiones políticas desde la nada. Las acciones estatales deben orientarse teniendo en cuenta su inserción en la comunidad internacional, y su compromiso con la edificación del proyecto europeo. El propio poder constituyente originario, inicialmente caracterizado en términos de omnipotencia e incondicionalidad, encuentra límites materiales dictados, sobre todo, por los derechos humanos y, por lo tanto, por las directrices del Consejo de Europa⁴⁷⁶.

En definitiva, el ordenamiento jurídico estatal no sólo pasa a recibir influencias necesarias desde fuera sino que además se revela insuficiente para reflejar la realidad política en su totalidad.

⁴⁷⁴ La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 23, cuenta con una cláusula que constitucionaliza la integración europea, al tiempo que establece condiciones y límites frente a tal proceso. En cambio, la Constitución española ni siquiera menciona la Unión Europea, tan sólo prevé la posibilidad de autorizarse la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, lo que para gran parte de la doctrina revela la insuficiencia del artículo 93 de la Constitución española en cuanto cláusula europea. El reconocimiento constitucional de la compleja realidad que el proceso de integración europea impone a los órdenes jurídicos de cada Estado miembro, con la inclusión en la Constitución española de una cláusula europea al estilo de la incorporada en la Ley Fundamental alemana, no solventaría todos los problemas de relación entre ordenamientos, pero, como subraya FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, constituiría un avance considerable en esa dirección. Al respecto, véase su texto "Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, septiembre-diciembre de 2003, p. 191.

⁴⁷⁵ En este sentido, véase HÄBERLE, Peter, "Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - una perspectiva alemana", *op. cit.*, p. 16.

⁴⁷⁶ Para un análisis más hondo acerca de la vinculación jurídica del poder constituyente, véanse GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 81-82; GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu, *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*, Campo Grande, Solivros, 1999, así como también MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, Luzia, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

En este sentido, PETER HÄBERLE enseña magistralmente que Europa vive un conjunto de Constituciones materiales parciales, pues, las Constituciones nacionales ya no son capaces de constituir un orden básico completo y autosuficiente, y ofrecen únicamente una regulación parcial de la realidad, dependiendo, en una relación de recíproca complementariedad, del derecho de la Unión⁴⁷⁷.

Las Constituciones nacionales serían hoy, desde el punto de vista material, constituciones parciales, incapaces de ordenar toda la realidad política, y sólo en conexión funcional con los Tratados europeos pueden ordenar en conjunto el fenómeno político.

Por otro lado, señala el maestro alemán que los propios tratados constitutivos de la Unión Europea constituirían constituciones parciales o tratados constitucionales sectoriales que revelan temas típicos y funciones constitucionales y, por consiguiente, sustraen ámbitos clásicos correspondientes a las constitucionales nacionales, de tal manera que éstas en algunos aspectos se convierten, a su vez, en constituciones parciales⁴⁷⁸.

En efecto, tal y como se pone especialmente de manifiesto en esta realidad europea, ningún orden jurídico, bien esté regido por las constituciones estatales, o bien por el marco constitucional de sus tratados constitutivos, no es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso” normativo⁴⁷⁹.

De este modo, ni el Derecho de la Unión Europea ni los Derechos de sus Estados miembros están ya en condiciones de, individualmente, reflejar la realidad política en su plenitud, de forma que el orden constitucional de cada uno de los Estados miembros, como muy bien expresa el referido maestro, estará inevitablemente fragmentado o

⁴⁷⁷ Véanse, a modo de ejemplo, “Métodos y principios de la integración constitucional. Un catálogo de problemas.”, en AAVV (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo I, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 674; y “Europa – eine Verfassungsgemeinschaft?”, en su recopilación *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 102.

⁴⁷⁸ HÄBERLE, Peter, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 13.

⁴⁷⁹ La expresión es de Armin von Bogdandy en “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, Trad. de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas, en AAVV (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 565.

dividido entre las normas constitucionales nacionales y las normas europeas constitucionales o de valor constitucional⁴⁸⁰.

Asimismo, se puede decir, tomando como parámetro la jurisprudencia constitucional española⁴⁸¹, que los propios ordenamientos nacionales han renunciado a través de las cláusulas de integración a la supremacía absoluta, para, guiados ahora por las ideas de *Europafreundlichkeit* y de *Integrationverantwortung* de las que nos habla el Tribunal Constitucional Federal alemán como verdaderos principios pretorianos de apertura al derecho europeo⁴⁸², hacer viable el proyecto de integración europea.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español enfatiza que la cesión constitucional que el artículo 93 de la Constitución española posibilita, tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales no están recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero se derivan implícitamente de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, y se traducen en el respeto de las estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución española, en los que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia⁴⁸³.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta, según resalta FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, que, dado el nivel de desarrollo de la integración europea, no sólo el ordenamiento jurídico de la Unión Europea no es del todo originario, sino que los ordenamientos estatales ya han dejado de serlo pues, en las palabras del autor, “los compromisos adquiridos los colocan en una situación de progresiva dependencia jurídico-política (no digamos económica) del ordenamiento comunitario”⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ HÄBERLE, Peter, *¿Tienen España y Europa una Constitución?*, Trad. de Miguel Azpitarte Sánchez, Sevilla: Fundación El Monte, 2004, citado por BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, "Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio de 2007, p. 359.

⁴⁸¹ Al respecto, véanse las Declaraciones del Tribunal Constitucional español 1/1991 y 1/2004.

⁴⁸² Cfr., por ejemplo, la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267) pese a que importantes voces del derecho europeo hayan subrayado cierto “euroescepticismo” en la decisión. En este sentido, véase, verbigracia, HÄBERLE, Peter, “La regresiva ‘Sentencia Lisboa’ como ‘Maastricht-II’ anquilosada”, Trad. de Francisco Balaguer Callejón, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 397 y ss. Sobre el tema, véase igualmente HÄBERLE, Peter, “Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - una perspectiva alemana”, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸³ En este sentido, véase la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, FJ 2.

⁴⁸⁴ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 248.

Ya decía H. L. A. HART que son justamente estas etapas intermedias entre, por un lado, el nacimiento y la existencia autónoma de un sistema jurídico y, por otro, entre esta existencia y su muerte, tan desconcertantes que dislocan nuestras formas familiares de describir los fenómenos jurídicos, imponiéndonos una nueva mirada en relación con todo aquello que damos por admitido⁴⁸⁵.

En definitiva, reflexionar sobre el orden jurídico europeo nos exige tomar conciencia de que los textos constitucionales han perdido la exclusividad en la ordenación de una sociedad determinada y que son insuficientes para controlar todos los aspectos de su vida política y social, así como también se han vuelto incapaces de proporcionar respuestas a todos los problemas, incluidos los relacionados con las fuentes de derecho.

Pues bien, la Constitución como origen último y fuente conformadora de todo el ordenamiento jurídico se ha erosionado con el proceso de integración europea, fenómeno instrumentado por las propias Constituciones nacionales en la medida en que, al habilitar la conexión de sus respectivos ordenamientos con el derecho de la Unión, permiten que gran parte de la producción normativa se desarrolle al margen de los criterios que ellas mismas establecen para la producción, validez y eficacia de cada una de las fuentes que identifican⁴⁸⁶.

En efecto, la apertura cooperativa de los Estados más allá de las fronteras nacionales y la consecuente reestructuración de sus relaciones en términos de interdependencia, complementariedad y horizontalidad ejercen una inevitable influencia sobre sus respectivos sistemas jurídicos cuya dimensión cerrada y autosuficiente se erosiona, dando lugar, también en el plano normativo, a una decantación hacia el pluralismo, la apertura y hacia una multiplicidad compleja de estructuras normativas⁴⁸⁷.

En tiempos de integración, la producción normativa no puede considerar exclusivamente la situación existente en el Estado de referencia, ni cada ordenamiento

⁴⁸⁵ *O conceito de direito*, Trad. Antonio de Oliveira Sette Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

⁴⁸⁶ Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "La función de la Constitución en el contexto contemporáneo", *op. cit.*, pp. 171-189.

⁴⁸⁷ Véase PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2010, p. 25.

jurídico puede ser ya considerado una “mónada” aislada de cualquier entidad de este tipo⁴⁸⁸. Del mismo modo, los tribunales, incluidos aquí los constitucionales, también se han convertido en instancias decisorias parciales que han de guiarse por el espíritu de cooperación y apertura hacia los demás ordenamientos, realidad en la que el pensamiento a niveles jerárquicos es ya engañoso⁴⁸⁹.

En este sentido, es importante tener en cuenta el actual funcionamiento y estructura de los sistemas jurídicos que impone la sustitución de la simbólica imagen piramidal y jerarquizada del ordenamiento, por un horizonte en que la totalidad del sistema sólo se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas de procedencia heterogénea⁴⁹⁰.

Así, la imagen del ordenamiento normativo actual ya no puede responder *“al ideal de la vieja pirámide egipcia a guisa de edificio macizo construido con piedras”*, pues, *“si se quiere preservar la imagen de la pirámide normativa en el siglo XXI, deberemos imaginar la pirámide de cristal de Ioh Ming Pei del Louvre de París, que sirve de entrada y que deja pasar la luz en ambas direcciones”*⁴⁹¹.

Por todo ello, se detecta un punto de ruptura de la articulación de los ordenamientos nacionales y el europeo a través de los principios de unidad, plenitud y coherencia. Este punto de ruptura, según explica FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *“se sitúa precisamente en el principio nuclear, articulador de todos los demás: en el principio de unidad”* y *“se deriva de la inexistencia de Constitución o conjunto normativo de esa naturaleza en donde se definan las condiciones de producción (y por tanto de validez) de los ordenamientos derivados y de sus normas”*⁴⁹².

De este modo, no existen reglas suficientemente claras de solución de los eventuales conflictos entre los ordenamientos nacionales y el ordenamiento de la Unión

⁴⁸⁸ Al respecto, véase PIZZORUSSO, Alessandro, "La producción normativa en tiempos de globalización", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 242-243.

⁴⁸⁹ Véase HÄBERLE, Peter, "Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - una perspectiva alemana", *op. cit.*, p. 17.

⁴⁹⁰ En este sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado constitucional*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹¹ La lección es de Lothar Michael en ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?, Trad. Cristina Elías Méndez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 179.

⁴⁹² BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, "Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea", *op. cit.*, p. 363.

Europea, situación que vuelve bastante difícil la articulación a nivel constitucional de esos ordenamientos.

Interesa observar que nos referimos aquí a los conflictos de naturaleza constitucional entre los ordenamientos nacionales y el ordenamiento de la Unión Europea, puesto que los de carácter infraconstitucional se resuelven sin mayores problemas, reconociéndose la primacía de aplicación al Derecho de la Unión.

En una situación de conflicto entre una norma nacional infraconstitucional y otra relativa al Derecho de la Unión, no reviste de mayor problemática entender que prevalecerá la europea con independencia de cualquier relación temporal, de conformidad con la doctrina Simmenthal⁴⁹³.

En estos supuestos, la norma de Derecho de la Unión dejará sin aplicación, aunque no se elimine del ordenamiento jurídico interno, la respectiva norma nacional contraria al Derecho de la Unión, ya sea anterior o posterior a la norma producida a nivel europeo. Además, el juez nacional deberá enjuiciar directamente dichas normas contrarias con independencia de la existencia de procedimientos previos ante el Tribunal Constitucional respectivo, inaugurando, así, un verdadero sistema desconcentrado de control jurisdiccional de la legalidad europea.

No obstante, una primacía con un alcance tan omnipresente e intenso como es el elaborado por el Tribunal de Justicia, que podría incluso, en unas circunstancias determinadas, constituir un mandato de anulación para la depuración del Derecho nacional contrario al Derecho de la Unión⁴⁹⁴, ha encontrado alguna resistencia entre los Tribunales Constitucionales que revelan en general una postura vigilante. Así que, al no reconocer que el Derecho de la Unión pueda encontrar su legitimidad en una fuente autónoma y ajena a las Constituciones nacionales, muchos Tribunales Constitucionales

⁴⁹³ Sentencia de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato/SpA Simmenthal.

⁴⁹⁴ En este sentido, véase SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 336 y ss., según quien, a la luz de la Sentencia de 4 de abril de 1974, Asunto 167/73, Comisión/República Francesa, "la constatación de que una norma nacional es contraria a una norma de Derecho de la Unión dotada de efecto directo se traduce en dos consecuencias jurídicas: la primera, ligada al caso concreto, en el que el juez o la administración competentes tienen la obligación positiva de dejar la norma nacional inaplicada; la segunda, con un impacto general, implica también una obligación positiva, pero esta vez a cargo del Estado miembro que debe anular la norma ilícita con arreglo a los procedimientos de derogación previstos en el ordenamiento constitucional".

amenazan con el control de constitucionalidad del Derecho de la Unión y la aplicación de los llamados contralímites para detener actos de la Unión que sean *ultra vires*, o bien afecten a sus identidades nacionales⁴⁹⁵.

Por otra parte, se entiende que los mandatos europeos que las propias Constituciones nacionales establecen exigirían, también en la aplicación de normas de naturaleza constitucional, seguir una regla interpretativa prioritaria (*interpretatorische Vorrangsregel*) conforme al Derecho de la Unión que en principio prevalecería sobre la interpretación conforme a la Constitución, con el fin último de promover la máxima realización de las normas de una organización supranacional como la Unión Europea. Si no es posible interpretar las Constituciones de conformidad con el Derecho de la Unión, el poder constituyente debe, pues, proceder a modificar la Constitución⁴⁹⁶.

Además, es importante tener en cuenta que el mandato de integración ha exigido la redefinición en perspectiva europea de la noción de primacía constitucional, limitándola, no obstante, a elementos esenciales del modelo de Estado establecido por las Constituciones nacionales⁴⁹⁷, de modo que se puede concluir que éstas han dejado de ser la clave del mundo político-jurídico pero resisten como su fundamento⁴⁹⁸.

Así pues, las relaciones entre los ordenamientos europeos se muestran como un problema abierto cuya solución está todavía en desarrollo, de modo que inevitablemente existirán zonas de fricción que, por un lado, demuestran la falacia de concebir cada ordenamiento en el espacio jurídico europeo como una instancia separada y autónoma y, por otro, la insuficiencia de recurrir a métodos como el establecido por un principio de una interpretación prevalente conforme al Derecho de

⁴⁹⁵ Cfr. SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 336 y ss.

⁴⁹⁶ En este sentido, ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 160. Sobre el tema de las reformas constitucionales, cabe subrayar que la coexistencia de espacios constitucionales no sólo implicaría límites a la posibilidad de reformar los textos constitucionales, como a continuación señalaremos, sino también conllevaría a replantear los procedimientos de las reformas constitucionales. Conforme señala Francisco Balaguer Callejón, "en un sistema de pluralismo ordinamental, facilitar la reforma de las normas fundamentales es algo necesario para que la interacción entre los diversos ordenamientos pueda funcionar de manera eficaz" (Véase *La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea*, disponible en «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt5.htm>»).

⁴⁹⁷ MENÉNDEZ, Agustín, "Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea", disponible en «<http://sites.google.com/site/altierospinelli/home>».

⁴⁹⁸ LUCAS PIRES, Francisco, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, op. cit., p. 8.

la Unión para encontrar la solución a los problemas constitucionales de la Europa de hoy.

De todos modos, debemos hacer notar que la existencia de sistemas legales interconectados no es del todo innovadora y que tampoco los conflictos normativos son desconocidos para los estudiosos del sistema de fuentes.

En este sentido, aclara FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN que es inherente al pluralismo ordinamental la existencia de conflictos sin que éstos permitan caracterizar de patológica la relación entre ordenamientos. Lo peculiar en Europa es la pluralidad de ordenamientos sin la existencia, como contrapartida, de una única norma fundamental que regule el sistema de fuentes y, por lo tanto, que proporcione seguridad jurídica al proceso de producción y aplicación de las normas europeas⁴⁹⁹.

La respuesta más adecuada a todas las antinomias generadas en el contexto europeo, sería, por lo tanto, una Constitución normativa europea, como norma fundamental y fundante de los ordenamientos comunitario y nacional, asegurando la unidad del ordenamiento europeo y, por consiguiente, su coherencia y plenitud.

Como norma primaria sobre la producción jurídica, una Constitución europea estaría en condiciones, tal como enseña J. J. GOMES CANOTILHO, de desempeñar tres importantes funciones cuando discurrimos tradicionalmente acerca del sistema de normas: I) identificar las fuentes de derecho del ordenamiento jurídico, II) establecer los criterios de validez y eficacia de cada una de las fuentes, III) determinar la competencia de las entidades que producen las normas de derecho positivo⁵⁰⁰.

Sin embargo, en un momento que todavía no es propicio para establecer una Constitución normativa para la Unión Europea, que, en nuestra opinión, exigiría una verdadera refundación político-institucional en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea, la Constitución europea actualmente posible es una constitución no escrita, *"derivable de una tal operación hermenéutica en que el intérprete reconstruye la integración de los textos disponibles y de las concretas opciones operadas por los*

⁴⁹⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Prólogo", en AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, p. 13. Véase también *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 248, obra conjunta coordinada por el mismo autor.

⁵⁰⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 693.

distintos legisladores competentes”, que en definitiva nos conduzca a la norma jurídica concretamente aplicable al caso⁵⁰¹.

En consecuencia, la resolución de los conflictos entre el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos nacionales se sustenta en una interpretación sistemática del derecho europeo. La respuesta a un determinado problema normativo dependerá de qué perspectiva – nacional o supranacional – sea preponderante en el planteamiento del intérprete⁵⁰².

A este respecto, debemos, pues, observar que la implantación de un modelo normativo jerárquico no responde a la realidad plural europea, o lo que es lo mismo, a una lógica horizontal y cooperativa que marca los procesos de toma de decisiones en el ámbito europeo.

De esta manera, en la Europa de hoy no se puede pensar en la Constitución como un texto condensado en un único documento, fruto de un momento constituyente único y aislado, sino como un proceso abierto e interactivo por medio del cual se establecen, dividen, organizan y limitan los poderes con la participación, por una parte, de las constituciones nacionales y, por otra, de los elementos constitucionales existentes en la estructura supranacional.

A propósito, cabe advertir que, en el caso de que la Constitución europea fuera reproducida según el modelo clásico nacional, esto llevaría en algún instante de ese proceso a la ruptura con la referencia original – que son las Constituciones nacionales – en una especie de “momento constituyente de separación” que podría de algún modo provocar discordia y conflictos, quizá insuperables, entre los miembros de la Unión Europea.

Efectivamente la formación de un Derecho Constitucional Europeo no debe ser vista como una ruptura, sino como una prolongación de los instrumentos de control y garantías existentes en el orden constitucional de cada Estado miembro, de modo que el constitucionalismo a nivel supranacional sea forjado desde una “teoría de la

⁵⁰¹ CARROZZA, Paolo, “El «Multilevel Constitutionalism» y el sistema de fuentes del derecho”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 19, julio-septiembre de 2006, p. 357.

⁵⁰² MENENDEZ, Agustín José, “Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea”, disponible en «<http://sites.google.com/site/altierospinelli/home>».

interconstitucionalidad” que propicie un ejercicio conciliador de competencias y, por ende, una adecuada correlación entre las varias Constituciones – las nacionales y la europea⁵⁰³.

Vivimos, por lo tanto, una época de un constitucionalismo evolutivo en la que las constituciones estatales se encuentran en conexión unas con las otras, como también en articulación con las normas europeas de valor constitucional, revelando una realidad interconstitucional resultante de las interacciones entre esos espacios constitucionales.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN advierte que esa interacción entre los espacios constitucionales a nivel europeo – que, en la opinión de este autor, constituye el propio constitucionalismo multinivel – no puede ser aceptada como una interacción unidireccional basada en la transferencia de legitimación entre los niveles estatales y el europeo⁵⁰⁴.

Explica el constitucionalista español que esa “interacción entre los diversos niveles no sólo aporta ganancias de legitimación a determinados niveles sino también pérdidas a otros”⁵⁰⁵ y, por lo tanto, “la ausencia de garantías y condiciones democráticas en uno de ellos no es irrelevante sino que provoca, necesariamente, una pérdida de calidad democrática en los otros niveles”⁵⁰⁶.

Precisamente porque Europa tiene una Constitución multinivel, el ahondamiento del debate constitucional en el seno de la Unión Europea y, en consecuencia, toda la discusión acerca de si Europa necesita o no una Constitución resultan tan relevantes⁵⁰⁷. Además, hay que advertir que el constitucionalismo multinivel padece de cierto nominalismo, una vez que de él no se origina una Constitución en condiciones de establecerse como la fuente máxima de validez de las demás normas.

⁵⁰³ Cfr. LUCAS PIRES, Francisco, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, op. cit., pp. 18/106.

⁵⁰⁴ “Constitucionalismo multinivel y Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2008, p. 134.

⁵⁰⁵ *Idem, Ibidem.*

⁵⁰⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, op. cit., p. 342.

⁵⁰⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, op. cit., p. 342.

En la medida en que cada nivel, o sea, el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos nacionales tienen, cada uno, su respectiva norma fundamental, pero al mismo tiempo deben ser entendidos como ordenamientos integrados y coordinados, la realidad constitucional dimanante del *Verfassungsverbund*⁵⁰⁸ que caracteriza a la Unión Europea realmente no es idónea para resolver, de forma inequívoca y determinante, las controversias entre las fuentes oriundas de esos niveles constitucionales.

De todos modos, la teoría del constitucionalismo multinivel tiene el mérito de revelar que cada ordenamiento, en esa complejidad ordinamental de la Unión Europea, sólo revela un Derecho parcial y, sobre todo interdependiente, que debe nutrirse, en un proceso constante de retroalimentación, de otros ordenamientos para completarse y alcanzar su plenitud.

No está de más resaltar que el ordenamiento europeo revela un sistema legal compuesto por dos capas complementarias, la europea y las nacionales, estrictamente interconectadas e interdependientes, de modo que uno de los niveles no puede ser leído y completamente entendido sin tener en cuenta el contenido del otro.

El derecho constitucional de los Estados y los elementos constitucionales de la Unión Europea constituyen dos caras que, una vez articuladas, pasan a representar un “espacio constitucional común de constituciones parciales complementarias”⁵⁰⁹.

Por lo tanto, en el marco de esa pluralidad de ordenamientos en que ninguno de los niveles del sistema representa el todo, ya no basta consultar e interpretar el texto de las Constituciones nacionales para comprender el alcance exacto de las competencias de los órganos (por ellas instituidos) y de los derechos de los ciudadanos.

Tan sólo una visión general del conjunto normativo a partir de la combinación de estos textos con los de los Tratados, el derecho europeo derivado y la jurisprudencia del

⁵⁰⁸ Aquí nos referimos una vez más al termo cuñado por Ingolf Pernice como *Verfassungsverbund*, un sistema compuesto de constituciones, en alusión a *Staatenverbund*, unión o conjunto de estados. Sobre el tema, nos remitimos a las explicaciones de la nota al pie de página núm. 40 en el primer capítulo del presente trabajo.

⁵⁰⁹ Cfr. VON BOGDANDY, Armin, *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin: Springer, 2003, p. 186, citado por PETERS, Anne, AZNAR GÓMEZ, Mariano J., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (eds.), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, op. cit., p. 71.

Tribunal de Justicia, puede revelar el alcance exacto de los derechos, y de los poderes atribuidos a los órganos nacionales y comunitarios⁵¹⁰.

El edificio normativo europeo se estructura bajo relaciones de convergencia, cooperación, influencia mutua e, incluso, de tensión entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos estatales.

Además, hay que señalar que en este escenario europeo de variados niveles normativos que se sostienen y se apoyan mutuamente en la lealtad entre los miembros empeñados en la construcción de la Europa unida se revela de especial importancia la creación de una “confianza condicionada” entre los distintos ordenamientos en interacción.

En efecto, el éxito de esa pluralidad existente en la Unión Europea depende en gran medida del mutuo compromiso de sus miembros en dicha obra. Cada uno de ellos constituye un actor en un sistema que incluye muchos otros actores y debe fidelidad a ese sistema, que, al fin y al cabo, existe en función de un interés mayor de hacer efectivas acciones que los Estados aisladamente ya no son eficientes para promover⁵¹¹.

De este modo, resulta oportuno puntualizar que el proyecto europeo sólo puede avanzar si todos actúan en un clima de convergencia constitucional, conscientes de que se trata de una obra compartida de doble vía, la cual sólo se erigirá sólidamente “desde dentro y abajo” a partir del cimiento de las Constituciones nacionales que han de europeizarse cada vez más, al mismo tiempo que paralelamente, en la dimensión supranacional, los Tratados se hagan más constitucionales y abiertos a la realidad estatal⁵¹².

Con este panorama sobre la interconstitucionalidad en Europa, hemos buscado dejar entrever el complejo escenario normativo, al cual se aúnan instancias internacionales, a modo de ejemplo la Organización de las Naciones Unidas, como centros de poder igualmente importantes, en el que se inserta el debate sobre la

⁵¹⁰ PERNICE, Ingolf y MAYER, Franz C., *La Costituzione integrata dell'Europa*, op. cit., p. 50.

⁵¹¹ Véase POIARES MADURO, Miguel, en AAVV (Matej Avbelj y Jan Komárek Ed.), "Four visions of Constitutional Pluralism", *EUI Working Paper LAW*, n. 2008/21, disponible en «<http://cadmus.eui.eu/>», pp. 20-21.

⁵¹² HÄBERLE, Peter, "Programas sobre Europa en constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del «Derecho constitucional nacional sobre Europa»", en *Retos actuales del Estado Constitucional*, trad. de Xabier Arzoz Santiesteban, Bilbao, IVAP, 1996, pp. 99-131.

aplicación de la CDFUE y la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Un espacio internormativo dónde se imbrican en la protección de los derechos fundamentales en Europa, tal como hemos analizado en el capítulo anterior, tres intérpretes preeminentes – los Tribunales nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – y, por lo tanto, dónde afloran de modo particular las potencialidades de conflictos y divergencias interpretativas de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las singulares realidades jurídico-culturales subyacentes a cada uno de los órganos de control.

La aplicación de la Carta, además de la propia conflictividad inherente a la tutela de los derechos fundamentales, presenta contornos de mayor complejidad, por insertarse en un ordenamiento jurídico visiblemente marcado por la coexistencia de espacios constitucionales relativos, parciales y, por consiguiente, interdependientes en la toma de decisiones jurídicas y políticas.

Así pues, considerando la actual naturaleza compuesta del ordenamiento jurídico europeo, la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, que debe ser marcada, tal como hemos antes señalado, por una necesaria interacción jurisdiccional en red, revela importantes tensiones ordinamentales y/o posibles colisiones hermenéuticas en un área que configura el núcleo de los sistemas constitucionales nacionales, es decir, la expresión máxima del constitucionalismo actual⁵¹³.

A la luz de estas importantes relaciones entre Derecho de la Unión Europea, Derecho internacional y Derecho interno de los Estados miembros, que se presentan en permanente evolución, pretendemos acercarnos, a partir de relevantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión, a la multifuncionalidad de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Como pronto se desprenderá de la lectura de esta parte del trabajo, no tenemos la intención de agotar la jurisprudencia del TJUE en la materia, pues, además de

⁵¹³ En este sentido, véase DE CABO MARTÍN, Carlos, “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 55.

constituir una tarea hercúlea dada la riqueza de precedentes existentes, tal reto académico seguramente nos alejaría de nuestro principal propósito que es el de delinear las funciones principales que desempeñan los derechos fundamentales en el espacio normativo europeo para, a la postre, poder trazar un paralelismo con el escenario observado desde la teoría general de los derechos fundamentales.

2 – LA MULTIFUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1 – Los derechos fundamentales como límite moral frente al derecho internacional: La Saga Kadi

Con arreglo a un conjunto de resoluciones del Consejo de Seguridad, en el marco de la lucha contra el terrorismo, todos los Estados parte de la Organización de las Naciones Unidas – ONU – debían congelar los fondos y otros activos financieros controlados directa o indirectamente por personas o entidades asociadas con Osama bin Laden, la red Al-Qaeda o los talibanes.

Con el fin de aplicar estas resoluciones en la Unión Europea, el Consejo aprobó un Reglamento por el que se ordenaba congelar los fondos y demás activos económicos de las personas y entidades cuyo nombre figuraba en una lista anexa a dicho Reglamento. Esta lista se ha ido modificando regularmente para tener en cuenta los cambios introducidos en la lista consolidada elaborada por el Comité de Sanciones, órgano del Consejo de Seguridad.

Yassin Abdullah Kadi, residente en Arabia Saudí, fue calificado por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como persona asociada con Osama bin Laden y la red Al-Qaeda. Así, el 17 de octubre de 2001, su nombre fue incluido en la lista consolidada del Comité de Sanciones y a continuación recogido en la lista del Reglamento de la Unión.

Ante esta situación, el señor Kadi presentó un recurso de anulación contra el reglamento comunitario que permitió la congelación de sus cuentas, alegando, en rasgos generales, la falta de competencia del Consejo para la adopción del acto controvertido y la violación de sus derechos fundamentales a ser oído y al respeto de la propiedad.

En 2005, el antiguo Tribunal de Primera Instancia dictó su primera sentencia sobre el caso, conocida como Kadi I, en la que juzgó que los reglamentos europeos que aplican las medidas del Consejo de Seguridad de la ONU disfrutaban, en lo esencial, de una

inmunidad determinada que imponía límites estructurales al ejercicio de su jurisdicción⁵¹⁴.

Debido a los efectos obligatorios de las resoluciones del Consejo de Seguridad, el Tribunal de Primera Instancia interpretó que únicamente podía hacer un control incidental de las medidas en cuestión para la verificación de la observancia de las normas superiores del derecho internacional que forman parte del *ius cogens* y, en particular, de las normas imperativas para la protección universal de los derechos humanos.

En base a esto, desestimó cualquier contradicción del *ius cogens* y, como consecuencia, el recurso en su totalidad, bien porque los mecanismos existentes internamente en el seno de la ONU no conducían a la violación del derecho a un control jurisdiccional efectivo, o bien por entender que dicha medida restrictiva, no tenía ni por objeto ni por efecto someter a un trato inhumano o degradante a las personas inscritas en la lista consolidada, así como tampoco podía ser calificada la congelación de fondos promovida como violación arbitraria, inadecuada o desproporcionada respecto del derecho a la propiedad.

En cambio, el Tribunal de Justicia, en la sentencia que aquí llamaremos de Kadi II, reconoció que los tribunales de la Unión deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de los actos de la Unión, incluidos aquellos que apliquen resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de modo que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden menoscabar el principio según el cual los actos de la Unión deben respetar los derechos fundamentales⁵¹⁵.

Así, el Tribunal de Justicia, se ciñó al ámbito del derecho comunitario y consagró a los tribunales comunitarios como los jueces últimos de la compatibilidad de la legislación comunitaria con los derechos fundamentales.

Por consiguiente, anuló el Reglamento que había añadido el nombre del señor Kadi a la lista de personas asociadas con Osamah bin Laden, en la medida en que dicho Reglamento violaba diversos derechos fundamentales reconocidos al señor Kadi por el

⁵¹⁴ Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Asunto T-315/01, Kadi/Consejo y Comisión.

⁵¹⁵ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión.

Derecho de la Unión, sobre todo en virtud de que el señor Kadi no había conseguido que se le comunicara ninguno de los datos utilizados en su contra, ni siquiera los motivos de su inscripción en la lista elaborada por el Consejo de Seguridad.

A raíz de esta sentencia, que incluso había determinado el mantenimiento de los efectos del reglamento comunitario, en lo que respectaba al señor Kadi y a Al Barakaat International Foundation, la Comisión Europea comunicó al señor Kadi el resumen de los motivos de su inscripción en la lista, que le había sido facilitado por el Comité de Sanciones. Tras recibir las observaciones del señor Kadi sobre dichos motivos, la Comisión decidió, en un nuevo Reglamento, mantener el nombre de este último en la lista de la Unión relativa a las personas a las que se aplican medidas restrictivas, lo que ha motivado un nuevo recurso ante el ahora Tribunal General de la Unión Europea.

En la sentencia Kadi III, el Tribunal General, en una interpretación de los criterios establecidos anteriormente por el Tribunal de Justicia para determinar el respeto a un procedimiento judicial efectivo, anuló el nuevo reglamento de la Comisión, considerando que le incumbía garantizar un control jurisdiccional completo y riguroso de la legalidad de dicho acto, control que se extendía a la información y a las pruebas inherentes a los motivos en que se basaba. Como esos datos y pruebas no habían sido comunicados, y la información recogida en el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones le parecía, en general, demasiado vaga, el Tribunal General llegó a la conclusión de que se había violado el derecho de defensa del señor Kadi, así como su derecho a una tutela judicial efectiva⁵¹⁶.

La Comisión, el Consejo y el Reino Unido han impugnado esta última sentencia en los recursos de casación examinados por el Tribunal de Justicia en su fallo de 18 de julio de 2013, la llamada Sentencia Kadi IV⁵¹⁷.

En tal oportunidad, el Tribunal de Justicia indicó, en primer lugar, que, en un procedimiento relativo a la inclusión o el mantenimiento del nombre de una persona en la lista de personas sospechosas de vínculos con el terrorismo, la autoridad competente de la Unión debe comunicar a la persona afectada los datos en los que se basa su

⁵¹⁶ Sentencia de 30 de septiembre de 2010, Asunto T-85/09, Yassin Abdullah Kadi/Comisión Europea.

⁵¹⁷ Sentencia de 18 de julio de 2013, Asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, Comisión, Consejo y Reino Unido/Yassin Abdullah Kadi.

decisión. Así pues, la persona afectada debe poder obtener, como mínimo, el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones para justificar su decisión de aplicarle medidas restrictivas. Además, dicha autoridad debe permitir que la persona afectada dé a conocer oportunamente su punto de vista sobre los motivos invocados en su contra y está obligada a examinar la fundamentación de esos motivos, teniendo en cuenta las observaciones presentadas por el interesado. En este contexto, en caso de necesidad, incumbe a dicha autoridad solicitar la colaboración del Comité de Sanciones y, a través de este órgano, del Miembro de la ONU que haya propuesto la inclusión de la persona afectada en la lista consolidada de dicho Comité, con el fin de conseguir que se le comuniquen los datos o pruebas, confidenciales o no, que le permitan cumplir su deber de examinar de una forma cuidadosa e imparcial la fundamentación de los motivos en que se basa la sanción.

Del mismo modo, al proceder al control jurisdiccional de la legalidad de esos motivos, el juez de la Unión, que debe apreciar si tales motivos pueden servir de base para la inscripción del nombre del interesado en la lista elaborada por la autoridad competente de la Unión, puede solicitar a dicha autoridad que le presente esos datos o pruebas. Efectivamente, es la autoridad competente de la Unión quien debe acreditar, en caso de impugnación, que los motivos invocados contra la persona afectada son fundados, y no es dicha persona quien debe aportar la prueba negativa de la carencia de fundamento de tales motivos. El Tribunal de Justicia precisa igualmente que si, al controlar la legalidad de la decisión impugnada, el juez de la Unión considera que al menos uno de los motivos mencionados en el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones es lo bastante preciso y concreto, que está respaldado por hechos y que constituye, por sí solo, una base suficiente para fundamentar la decisión, la circunstancia de que otros de esos motivos no presenten tales características no puede justificar la anulación de dicha decisión. En caso contrario, el juez de la Unión anulará la decisión impugnada.

En la Sentencia Kadi IV, el Tribunal de Justicia estimó, en contra del análisis llevado a cabo por el Tribunal General, que la mayoría de los motivos invocados contra el señor Kadi eran suficientemente precisos y concretos como para permitir un ejercicio eficaz del derecho de defensa y un control jurisdiccional de la legalidad del acto impugnado.

En cambio, el Tribunal de Justicia consideró que, como no se había presentado dato o prueba alguno que respaldase las alegaciones – firmemente rebatidas por el señor Kadi – sobre una implicación de éste en actividades relacionadas con el terrorismo internacional, tales alegaciones no tenían entidad suficiente para justificar la adopción, a nivel de la Unión, de medidas restrictivas en su contra. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia consideró que, a pesar de los errores de derecho cometidos por el Tribunal General en la interpretación del derecho de defensa y del derecho a una tutela judicial, procede anular el nuevo Reglamento de la Comisión, por lo que desestimó los recursos de casación interpuestos por la Comisión, el Consejo y el Reino Unido.

Pese a todas las discusiones que la Saga Kadi nos proporciona en términos de análisis del derecho de defensa, es decir, el derecho a ser informado y a ser oído, y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en un intento de comparación entre los procedimientos establecidos a nivel europeo y en el sistema de sanciones gestionado por la ONU, más específicamente en lo que respecta a Al Qaeda, nos parece importante centrarnos en la discusión sobre el presente caso desde una perspectiva más general, para poder comprender las relaciones complejas e intrincadas entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión en materia de protección de derechos fundamentales.

De este modo, en este comentario, tendremos la Sentencia Kadi II como punto de partida para las reflexiones que nos propone el tema.

Por otro lado, más allá de toda la discusión sobre la fuerte defensa de la autonomía del Derecho de la Unión a que tal fallo nos conduce que, de algún modo, explica el reprobado aislamiento jurídico del Tribunal de Justicia frente a la comunidad internacional⁵¹⁸, cuyas consecuencias para la propia estructuración del sistema de protección de los derechos fundamentales a nivel supranacional serán objeto de análisis

⁵¹⁸ Véase, a modo de ejemplo, GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, pp. 475 y ss. Para el autor, el Tribunal de Justicia, a través de una fundamentación jurídica centrada en la autonomía del ordenamiento comunitario, sin hacer referencia alguna a principios básicos a los que obliga el Derecho internacional ni a la propia ONU o cualquier otra entidad, ha perdido no sólo la oportunidad de contribuir al diálogo internacional sobre el proceso equitativo como parte del Derecho internacional consuetudinario que afecta a todos los Estados miembros de la ONU, sino que también perdió la ocasión de desarrollar una vía para posibilitar la influencia mutua entre los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea y de la ONU.

en la tercera parte de este capítulo, tendremos en este primer momento como mayor preocupación establecer el papel de los derechos fundamentales ante las obligaciones asumidas internacionalmente por la Unión Europea.

Empezaremos por esta última interrogante, sobre la cual el Abogado General Miguel Poiares Maduro nos propone una reflexión acerca del alcance del deber de cooperación leal a que está sujeta la Unión Europea cuando contrae compromisos en el ámbito internacional. Según el Abogado General, sería erróneo llegar a la conclusión de que, para que se cumplan las obligaciones que incumben a la Unión Europea en virtud del Derecho internacional, las autoridades europeas deben inclinarse ante ellas con completa aquiescencia y han de integrarlas incondicionalmente en el ordenamiento jurídico comunitario. Todo lo contrario. El Derecho internacional, tal y conforme ha señalado Poiares Maduro, únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad⁵¹⁹.

Es cierto que los desafíos que la aldea global impone a las democracias occidentales, sobre todo ante la emergencia del terrorismo islámico, desatada con mayor vigor el 11 de septiembre de 2001 con el ataque a las Torres Gemelas en Nueva York y al Pentágono en Washington, presupone que se establezca una nueva relación entre los valores de libertad y seguridad para que se permita la imposición de límites al ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en busca del compromiso mayor de promoción y mantenimiento de la paz internacional.

No obstante, una desmedida guerra al terror, en la que ganan cada vez más importancia las medidas internacionales de carácter preventivo que, como las que han sido objeto de discusión en la Saga Kadi imponen sanciones económicas y financieras a individuos y entidades dispersados por el mundo, hace revivir, de alguna forma, pero ahora a gran escala, el origen del monopolio estatal de la violencia y la importancia de la estructuración de los poderes en torno a los principios democráticos y a las garantías de los derechos fundamentales.

⁵¹⁹ Conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008 en el Asunto C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi/Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas.

En efecto, el control judicial que se ha puesto a hacer el Tribunal de Justicia de las medidas impugnadas, aunque originarias de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, en la senda de lo que había propuesto el Abogado General Poiares Maduro al negar que se tratara de cuestiones políticas que impedían el más modesto grado de interferencia judicial, revela toda la importancia del poder judicial como un moderador privilegiado de los ímpetus contrterroristas de los centros de poder internacionales para que también su actuación se realice en el cuadro de los derechos fundamentales.

Aunque la perspectiva adoptada por el Tribunal de Justicia de la clara separación entre los ordenamientos jurídicos comunitario e internacional, como expresión máxima de la teoría dualista, haya sido objeto de duras críticas sobre todo por tratarse la Unión Europea no sólo de un importante actor internacional, sino, antes bien, de una criatura del propio Derecho internacional⁵²⁰, es importante subrayar que, actuando de tal manera, el Tribunal de Justicia ha podido imponer el principio del Estado de Derecho también para el Derecho internacional y, de este modo, reequilibrar la relación libertad-seguridad en un ejercicio de necesaria ponderación, por un lado, de los objetivos comunes de la comunidad internacional y, por otro lado, del valor primario constitucional de la limitación del poder en garantía de derechos.

De este modo, al rechazar que los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas obligan a excluir la posibilidad de un control jurisdiccional de la legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia no ha supuesto con su fallo una merma de los compromisos asumidos por la Unión Europea en el marco de las Naciones Unidas para la promoción y mantenimiento de la paz y seguridades internacionales, sino una necesaria ordenación del Derecho internacional que, sin embargo, no puede limitarse a un grado mínimo para el control solo de aquellas medidas que resulten particularmente flagrantes y evidentes en virtud

⁵²⁰ En este sentido, véanse, a modo de ejemplo, DE BÚRCA, Gráinne, "The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi", en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 1, 2010, pp. 1-49; BESSON, Samantha, "European Legal Pluralism after Kadi", en *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009, pp. 237-264; HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M, "Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment", en *International Organizations Law Review*, vol. 5, núm. 2, pp. 339-357.

del alegado peligro extraordinario que determinados individuos o entidades puedan representar a la seguridad pública a nivel mundial.

Si consideramos posible que existan circunstancias extraordinarias que justifiquen restricciones de la libertad individual que en condiciones normales resultarían inadmisibles, tal y conforme nos recuerda el Abogado General Poiares Maduro, por otro lado, tampoco podemos entender que estos excepcionales presupuestos habilitantes constituyan un cauce para la violación y/o desnaturalización de los derechos fundamentales en juego, de modo que, cuanto más excepcional sea una medida restrictiva para la libertad por razones de paz y seguridades internacionales, tanto más riguroso deberá ser el control para que se verifique el necesario equilibrio entre la naturaleza del riesgo para la seguridad y el grado de intervención en la esfera de libertad de los individuos.

Así pues, los derechos fundamentales establecen, bien sean como categorías positivas que incorporan límites materiales o procedimentales, o bien como principios o valores universales que integran el patrimonio cultural y civilizatorio del constitucionalismo, unas líneas rojas determinadas que no pueden traspasarse por la actuación de ningún poder, incluyendo a aquellos que se estructuran más allá de las fronteras estatales en pro de la sociedad global.

A este respecto, merece subrayar que el Tribunal de Justicia ha medido la razonabilidad de la limitación de la propiedad por razones de seguridad en base al respeto a una garantía mínima declinada en los términos de la participación necesaria del individuo en el procedimiento funcional para la adopción del acto que limita su derecho.

Aquí gana especial relevancia la figura dogmática de la protección de los derechos fundamentales a las garantías procesales, el *status activus processualis* de que nos habla el maestro PETER HÄBERLE que asocia un importante componente de derecho procesal al carácter de defensa de los derechos fundamentales ante las intromisiones de los poderes en la esfera de libertad de los individuos, pues la participación en el procedimiento, como nos revela el Tribunal de Justicia en la Sentencia Kadi II, constituye

una vía importante para la determinación de la propia proporcionalidad del alcance de la medida restrictiva del derecho a la propiedad⁵²¹.

Sin embargo, no se trata de limitar el control a un paradigma de una fiscalización adjetiva o “value-free” de los actos impugnados, sino de demostrar la importancia del procedimiento para que, a través de una adecuada justicia procesal, se pueda ir más allá y, desde un análisis sustantivo o de mérito, decidir basándose en todos los elementos posibles y también en los argumentos de los propios afectados, si las razones para la inscripción o el mantenimiento de unos individuos o entidades determinados en listas sancionadoras están fundadas y apoyadas en bases fácticas sólidas, lo que acaba por manifestar la estricta relación entre las garantías procedimentales y la determinación del contenido del derecho fundamental violado.

De este modo, si los procedimientos no son concebidos como medios adecuados para legitimar las decisiones que a partir de ellos son tomadas se acaba por vulnerar un determinado derecho fundamental material. Mediante el derecho a la participación en los procedimientos se refuerza, por lo tanto, la dimensión material de los derechos fundamentales afectados, en tanto en cuanto permite, desde una visión global e intercultural, la formación de decisiones adecuadamente motivadas que revelen una exacta comprensión de los riesgos existentes para la sociedad y, por lo tanto, expresen el debido equilibrio entre libertad-seguridad en aras a la neutralización del terrorismo, ya que se muestra inaceptable para cualquier comunidad de derecho concebir que las amenazas globales convoquen un principio de prevención especial que legitime la restricción indiscriminada a derechos subjetivos dispensando incluso la existencia de un peligro real y concreto⁵²².

Por otra parte, interesa señalar que, pese a que la tesis del Abogado General Poiares Maduro en el sentido de la inexistencia de un procedimiento en el seno de la ONU que proporcionara un mecanismo de genuino y efectivo control de los actos del Consejo de Seguridad por parte de un tribunal independiente no hubiera sido del todo adoptada por el Tribunal de Justicia, tampoco el TJUE se ha mostrado en una situación

⁵²¹ SCHILLACI, Angelo, “Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010.

⁵²² Véase TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 153.

cómoda para optar por verificar simplemente si tal procedimiento interno proporcionaría una garantía suficiente a los individuos afectados, tal y como parte de la doctrina ha entendido como una conducta más acertada en la senda de la doctrina Bosphorus del TEDH para evitar un espíritu jurisdiccional en los términos de la sentencia Solange I⁵²³.

No obstante, cabría reflexionar acerca de si, ante la inexistencia de una presunta equivalencia, entre el estándar europeo de protección de los derechos fundamentales y los procedimientos por los que se implementan las sanciones contra Al Qaeda en el seno de la ONU, una conducta deferente del TJUE hacia el Derecho internacional en tal supuesto podría haber revelado la existencia de un equilibrio muy precario entre los dos sistemas y, por consiguiente, una eventual tibieza del Tribunal de Justicia en la salvaguardia de los principios que constituyen las bases del ordenamiento jurídico comunitario, entre ellos los derechos fundamentales, cuando son contrarios al respeto de las obligaciones asumidas por la Unión Europea internacionalmente, lo que podría incluso poner en jaque a la propia autonomía del Derecho de la Unión⁵²⁴.

A este respecto, interesa señalar que la eventual posibilidad de que el Tribunal de Justicia, confirmando las posturas del entonces TPI, otorgase inmunidad jurisdiccional a las medidas comunitarias que implementaban sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha sido objeto de cierta preocupación por parte de la doctrina, pues, ante tal situación, los Tribunales Constitucionales podrían verse tentados a intervenir y controlar de forma unilateral los actos comunitarios a luz de sus respectivos ordenamientos nacionales⁵²⁵.

⁵²³ Cfr. DE BÚRCA, Gráinne, "The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi", *op. cit.*, pp. 25-26. Sobre la similitud del planteamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la célebre doctrina Solange del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase GENNUSA, Maria Elena, "Il caso Kadi: misure antiterrorismo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, diritti fondamentali e ruolo costituzionale dell'Unione europea", en AAVV (Marta Cartabia Coord.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 173-194.

⁵²⁴ Sobre la relación entre las normas de derecho internacional y las de los ordenamientos jurídicos internos y los conceptos estructurales del monismo, dualismo y del pluralismo jurídico, véase, a modo de ejemplo, VON BOGDANDY, Armin, "Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público", *op. cit.*, pp. 559-582. Respecto al tema, véase igualmente LENAERTS, Koen, "The Kadi Saga and the Rule of Law within the EU", en *SMU Law Review*, vol. 67, 2014, pp. 707-715, disponible en «<http://scholar.smu.edu/smulr/vol67/iss4/4>».

⁵²⁵ En este sentido, véase GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, "Hacia la consolidación de un constitucionalismo interordinamental", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, Madrid, 2014, pp. 311 y ss.

Así que nos preguntamos si el Tribunal de Justicia, en la Sentencia Kadi II, buscaba construir un verdadero diálogo con sus propios ciudadanos en cuanto guardián último de los derechos fundamentales a nivel supranacional⁵²⁶, o más bien tenía como intención principal afirmar la autonomía del Derecho de la Unión no sólo frente al Derecho internacional, sino también, en una especie de mensaje subliminal, frente a las Constituciones nacionales.

Por último, no podemos olvidar que, aunque el Tribunal de Justicia haya adoptado una posible postura poco cooperativa y dialógica en relación con el orden internacional y, desde una perspectiva de separación completa de los ordenamientos jurídicos, aplicando sin matices el estándar europeo de protección de los derechos fundamentales como único criterio importante para la solución del caso, la Sentencia Kadi II se ha mostrado como un instrumento idóneo para impulsar avances en el sistema de elaboración de las listas del Consejo de Seguridad de la ONU, sirviendo como importante guía en la praxis internacional para el tan discutido reequilibrio entre la relación de los valores de libertad y seguridad⁵²⁷.

2.2 – Los derechos fundamentales como modulación a las libertades fundamentales: Los Asuntos Schmidberger y Omega

Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge (en lo que sigue Schmidberger) era una empresa de transportes de pequeñas dimensiones, establecida en el sur de Alemania, cuyos camiones transportan sobre todo acero y madera entre esa región y el norte de Italia utilizando la autopista de Brenner⁵²⁸.

⁵²⁶ Al respecto, véase GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., p. 398.

⁵²⁷ Véase, a modo de ejemplo, LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales. Algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, en AAVV (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010 pp. 793-827.

⁵²⁸ Véase la Sentencia de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich.

El 15 de mayo de 1998, Transitforum Austria Tirol, una asociación de protección del medio ambiente, comunicó a las autoridades austriacas competentes, de conformidad con la legislación austriaca aplicable, su intención de celebrar una manifestación en un tramo de la autopista de Brenner adyacente a la frontera italiana que bloquearía la carretera por un periodo de 30 horas.

Los fines declarados de la manifestación consistían básicamente en exigir a las autoridades nacionales y comunitarias que reforzaran las distintas medidas destinadas a limitar y reducir el tráfico de vehículos pesados de mercancías por la autopista de Brenner y la contaminación causada por dicho tráfico. Las autoridades austriacas estimaron que dicha concentración era legal con arreglo al Derecho nacional y, aunque no examinaron si tal medida podía conculcar el entonces Derecho comunitario, consideraron que no había razón para prohibir la manifestación solicitada.

En virtud de tal bloqueo, Schmidberger interpuso una demanda contra la República de Austria que tenía por objeto el pago de una indemnización por los daños y perjuicios debido a la imposibilidad de que cinco de sus camiones utilizaran la autopista de Brenner. Schmidberger alegaba fundamentalmente que las autoridades austriacas habían incumplido su obligación de garantizar la libre circulación de mercancías con arreglo al entonces Tratado de la Comunidad Europea, generándose de este modo la responsabilidad de la República de Austria frente a su empresa en la medida en que sus vehículos no pudieron utilizar sus rutas normales de tránsito.

La demanda de Schmidberger fue desestimada en primera instancia, pero, del examen del recurso de apelación el Tribunal austriaco estimó que era preciso tener en cuenta las exigencias del Derecho comunitario cuando se cuestionan derechos basados, al menos parcialmente, en él, y que la solución del caso exigía, pues, el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, que fundamentalmente se referían al alcance de la obligación de un Estado miembro de mantener abiertas las rutas de tránsito más importantes con el fin de garantizar la libre circulación de mercancías dentro de la Unión Europea y, en particular, si un Estado miembro debería prohibir, con este fin, una manifestación de carácter político con propósitos medioambientales cuyos organizadores defendían su derecho fundamental a la libertad de expresión y de reunión.

El Tribunal de Justicia reconoció que las autoridades nacionales competentes están obligadas, cuando se enfrenten a obstáculos al ejercicio efectivo de una libertad fundamental reconocida en los Tratados constitutivos, a adoptar las medidas apropiadas al objeto de garantizar dicha libertad en el Estado miembro de que se trata. Dicha obligación de los Estados miembros sería tanto más esencial al tratarse de un eje de carreteras de especial importancia, como es la autopista de Brenner, que constituye una de las principales vías de comunicación terrestre para los intercambios entre la Europa septentrional y el norte de Italia.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia señaló que en principio un bloqueo de una vía de importante comunicación como la autopista de Brenner podría constituir una medida incompatible con las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión, a menos que tal obstáculo a la libre circulación de mercancías pudiese estar objetivamente justificado.

Pues bien, las autoridades austriacas se basaron en consideraciones relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales de los manifestantes en materia de libertad de expresión y de libertad de reunión, que están reconocidos y garantizados por el CEDH y por la Constitución austriaca. A este respecto, el Tribunal de Justicia, reafirmando su jurisprudencia anterior, subrayó que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como también en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido.

De esta manera, el Tribunal afirmó que, al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia observó que era preciso ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se

había observado un justo equilibrio entre dichos intereses, con lo que pasó a verificar si las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios eran proporcionadas a la finalidad legítima perseguida.

Al respecto, el Tribunal de Justicia consideró que las autoridades austriacas pudieron considerar razonablemente que el objetivo legítimamente perseguido por dicha concentración no podía igualmente alcanzarse mediante medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios. Además, el Tribunal de Justicia recordó que se habían tomado diversas medidas de regulación y de acompañamiento por parte de las autoridades competentes con el objeto de limitar en lo posible las alteraciones de circulación provocadas por la manifestación, garantizando, por lo tanto, que la interrupción del tráfico de mercancías no excediese de lo necesario para el ejercicio del derecho fundamental a libertad de reunión y de expresión.

El Tribunal de Justicia, a luz del principio de la proporcionalidad, consideró, por consiguiente, que el hecho de que la autoridad competente de un Estado miembro no hubiese prohibido una concentración en circunstancias como las descritas no era incompatible con el Derecho de la Unión, de modo que no cabría hablar de responsabilidad de la República de Austria frente a cualquier persona que sufriera daños o perjuicios causados por la manifestación.

Por otra parte, encontramos la empresa Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH (en lo sucesivo, Omega), una sociedad alemana que explotaba en la ciudad de Bonn unas instalaciones denominadas “laserdromo” destinadas a la práctica de “láser-sport”⁵²⁹.

A principios de 1994, la autoridad gubernativa de Bonn requirió a Omega para que presentase una descripción exacta del desarrollo del juego proyectado para este “laserdromo”, advirtiéndole de su intención de adoptar una orden de prohibición en caso de que fuera posible “jugar a matar” personas en él. El 18 de marzo de 1994, Omega respondió que se trataba únicamente de acertar a sensores-receptores fijos instalados en pistas de tiro.

⁵²⁹ Véase la Sentencia de 14 de octubre de 2004, Asunto C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

Al haber observado que el juego practicado en el “laserdromo” también tenía como objetivo acertar a sensores-receptores colocados en los chalecos que llevaban los jugadores, la autoridad alemana adoptó una orden dirigida a Omega en virtud de la cual le prohibía “hacer posibles o tolerar en su [...] establecimiento juegos que tuvieran por objeto disparar a blancos humanos mediante rayos láser u otros medios técnicos (como, por ejemplo, los rayos infrarrojos), es decir, ‘jugar a matar’ personas por medio de un registro de impactos”. Según la orden de prohibición, los juegos desarrollados en el establecimiento explotado por Omega constituían un peligro para el orden público, dado que los homicidios simulados y la banalización de la violencia a la que conducen vulneraban los valores fundamentales preponderantes en la opinión pública.

Omega presentó una reclamación contra esta orden que fue desestimada, así como también lo fue el recurso contencioso-administrativo y el recurso de apelación posteriormente interpuestos por la empresa. De tales decisiones desestimatorias, Omega interpuso un recurso de casación y el Tribunal alemán correspondiente consideró que, si se aplicaba el Derecho nacional, el recurso de casación interpuesto por Omega debería ser desestimado. No obstante, cabía preguntarse si esta solución era compatible con el Derecho comunitario, especialmente, con las disposiciones del Tratado en lo que respecta a la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías, planteando, por consiguiente, la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia: ¿Es compatible con las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de mercancías el hecho de que, con arreglo al Derecho nacional, una determinada actividad empresarial – en el presente caso, la explotación de un denominado “laserdromo” en el que se llevan a cabo simulacros de homicidio – deba prohibirse por ser contraria a los valores constitucionales fundamentales?

Según el Tribunal de Justicia, el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho, siendo indudable que el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario y, por consiguiente, sería irrelevante que, en Alemania, fuera reconocido al principio de respeto de la dignidad humana un régimen particular como derecho fundamental autónomo.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia consideró que no era indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro correspondiese a una concepción compartida de modo uniforme por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido.

Sin embargo, el Tribunal exige la proporcionalidad de las medidas restrictivas de una libertad fundamental garantizada por el Tratado, es decir, las restricciones sólo pueden estar justificadas, aunque estén basadas en intereses legítimamente reconocidos en el Derecho de la Unión, si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas.

Por un lado, señala el Tribunal de Justicia que, según el órgano jurisdiccional remitente, la prohibición de explotación comercial de juegos de entretenimiento que implican la simulación de actos violentos contra personas, en particular mediante la representación de acciones homicidas, corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio de la República Federal de Alemania. Por otro lado, el Tribunal observa que, al prohibir únicamente la variante del juego láser que tiene por objeto disparar a blancos humanos y, por tanto, “jugar a matar” personas, la orden controvertida no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por las autoridades nacionales competentes.

De lo expuesto, el Tribunal de Justicia consideró justificada la restricción impuesta por las autoridades alemanas a la libre prestación de servicios, y declaró que el Derecho comunitario no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana.

Por tanto, el Tribunal de Justicia expresa que, al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la antigua Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario,

incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado, lo que exige, en contrapartida, buscar la necesaria conciliación de las exigencias de la protección de los derechos fundamentales con las que se derivan de una libertad fundamental consagrada por el Tratado.

Así las cosas, cabe plantear primeramente la cuestión sobre cuál sería la exacta relación entre libertades fundamentales y derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que Tribunal de Justicia parece no afrontar de modo directo la cuestión. Según algún autor, existirían apartados, por ejemplo de la sentencia Schmidberger, que dan a entender la existencia de una relación jerárquica entre libertades económicas y derechos fundamentales a favor de las primeras; mientras que otros apartados de la misma sentencia manifiestan un discurso diverso y favorable a los derechos fundamentales, en los que derechos y libertades constituyen valores complementarios, o incluso en alguno de ellos los derechos fundamentales, podría entenderse, gozarían de preferencia⁵³⁰.

Pues bien, aunque se entienda más apropiado, en razón del propio papel de las libertades económicas como disposiciones centrales, o bien, como la verdadera quintaesencia de lo que la integración europea suponía en sus albores⁵³¹, que a las libertades fundamentales y a los derechos fundamentales les sea reconocida una igualdad de *status*, equiparándolas a verdaderos derechos fundamentales⁵³², nos parece preocupante que este delicado juego de complementariedad, pueda de alguna manera llevar a un menosprecio de los derechos fundamentales en una interpretación tendentemente más favorable a la libre circulación de los recursos productivos y/o hacia

⁵³⁰ En este sentido, SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Político*, núm.81, mayo-agosto 2011, p. 393.

⁵³¹ Cfr. ROSAS, Allan y ARMATI, Lorna, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Portland y Oregon, Hart Publishing, 2010, p. 181.

⁵³² En este sentido, véanse las Conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl, presentadas el 18 de marzo de 2004, en el Asunto C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, que pondera que, desde un punto de vista material, las libertades fundamentales pueden calificarse también – al menos en cierto sentido – como derechos fundamentales, en tanto en cuanto establecen, por ejemplo, prohibiciones de discriminación. En esa medida, señala la Abogada General que, al menos en algunos casos, la existencia de una colisión de normas entre libertades fundamentales consagradas en el Tratado y derechos fundamentales puede constituir también una colisión de derechos fundamentales. Al respecto, véase también SKOURIS, Vassilios, “Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance”, en *European Business Law Review*, vol. 17, núm. 2, 2006, pp. 225–239.

una subversión de los valores superiores que expresan, en una inexorable subordinación a la finalidad inicial de la integración económica-comercial europea⁵³³.

No obstante, en tanto en cuanto las sentencias analizadas se encuentran permeadas por el discurso clásico en torno a las libertades económicas como principios fundamentales que sólo admiten restricciones justificadas por otros valores, donde se incluiría la protección de los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia dejaría entrever de modo más evidente que los derechos fundamentales en realidad operarían como meros justificantes de una restricción de las libertades fundamentales, o bien como obstáculos del Derecho nacional que, para oponerse válidamente a la vigencia de las libertades comunitarias, tienen la carga de justificar su eventual interferencia en aquéllas.

De esta manera, el TJUE, a nuestro parecer, trataría los derechos fundamentales más bien como excepciones a las libertades económicas y, por lo tanto, sometidos al régimen general de justificación y bajo la vigencia del principio de proporcionalidad, es decir, las libertades económicas constituirían la regla general que podrían excepcionar los derechos fundamentales en cuanto justificativas de orden público o de seguridad pública, como proponía el Abogado General F. G. Jacobs en el Asunto Schmidberger⁵³⁴, o como razones imperiosas de interés general, de modo que los derechos fundamentales, en una especie de inversión conceptual, pasarían a constituir los límites a la limitación (Schranken-Schranken) que eventualmente se imponga al ejercicio de una libertad económica.

Por todo ello, se podría deducir que, en el marco del ordenamiento jurídico comunitario, los derechos fundamentales revelarían una función ordinamental de carácter negativo o defensivo, en la medida en que operarían esencialmente como límites a la realización o implementación de categorías consagradas en los Tratados constitutivos, es decir, actuarían más como límites externos a los poderes ejercidos bajo el Derecho comunitario, que como objetivos que la Unión Europea estuviera obligada a promover, quizá como consecuencia de que la Unión Europea carezca históricamente

⁵³³ Véase SILVEIRA, Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2009, p. 79.

⁵³⁴ Véanse las Conclusiones presentadas el 11 de julio de 2002, en el Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger y Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich.

de un género de competencia en lo referente a la promoción de los derechos fundamentales en clara confrontación con su actuación en materia económica⁵³⁵.

En este sentido, ponderamos que, pese a que la respuesta final del Tribunal de Justicia hubiese sido en favor de los derechos fundamentales, el mencionado método que el Tribunal de Justicia utiliza revela una visión desvirtuada respecto al papel de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico, pues estarán en condiciones de prevalecer ante las libertades económicas en situaciones excepcionales si y sólo si las limitaciones que les impongan se muestren legítimas y proporcionadas al objetivo perseguido y, por lo tanto, justificadas desde el punto de vista de asegurar el mercado interior y el libre desplazamiento de los factores productivos.

Bien es verdad que las libertades fundamentales, en la medida que imponen prohibiciones de discriminación en razón de la nacionalidad, la igualdad de trato entre sexos y/o garantías de entrada y de circulación, han supuesto, en cierto sentido, el disfrute de importantes derechos de igualdad con un elevado nivel de protección, incluso superior a lo observado internamente en muchos Estados miembros. Así, al evitar algunos excesos por parte de los ordenamientos nacionales desde una interdicción general de formas de discriminación, las libertades fundamentales, por un lado, han propiciado un ensanchamiento de la protección concedida a nivel estatal y, por otro lado, han desempeñado una importante tarea de actualización, de la que ya hablamos en la primera parte de este capítulo, con una consecuente evolución de los propios textos constitucionales nacionales⁵³⁶.

En otro orden de cosas, debemos reconocer que las libertades fundamentales han permitido igualmente abrir paso a la imposición de obligaciones positivas a los Estados miembros en aras a promover el ejercicio efectivo de los derechos que conllevan, lo que

⁵³⁵ En este sentido, véase CABRERA RODRÍGUEZ, José, “Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, septiembre-diciembre de 2013, pp. 381-382. Al respecto, véase igualmente DE SCHUTTER, Olivier, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, en *Jean Monnet Working Paper 07/04*, New York University School of Law, pp. 3-4, disponible en «<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040701.pdf>».

⁵³⁶ Véase, al respecto, la Sentencia de 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98, Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland y las repercusiones que ha tenido en el ordenamiento jurídico alemán con la consiguiente modificación de la Ley Fundamental de Bonn para promoverse la igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al uso de armas y al acceso de a los puestos de trabajo militares.

según algún autor podría ser interpretado como una expresión del deber de protección derivado de los *Schutzgewährrechte* de la doctrina alemana⁵³⁷.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha interpretado que la consecución de un mercado común y, por lo tanto, de un espacio sin fronteras interiores obliga a los Estados miembros no sólo a no adoptar ellos mismos actos o comportamientos que puedan constituir un obstáculo a los intercambios, sino también a tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar en su territorio el respeto de las libertades fundamentales⁵³⁸.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, al utilizar del lenguaje de una restricción de una libertad fundamental y/o de intervención en los intercambios comunitarios, podría sugerir que tal limitación, incluso si, en un último análisis, se muestra legítima, además de justificada y proporcionada, sigue siendo algo que, en el fondo, es equivocado, pero tolerado⁵³⁹, de modo que no podemos compartir del todo el entusiasmo de gran parte de la doctrina que interpretó las sentencias en los asuntos Schmidberger y Omega como una clara preferencia del Tribunal de Justicia por los derechos de carácter humanitario frente a las libertades de índole esencialmente económica.

Quizá una lectura más realista de estas sentencias, aunque un tanto reticente, acerca de la labor del Tribunal de Justicia en la protección de los derechos fundamentales en las sentencias analizadas demuestre el riesgo permanente de la interpretación desarrollada, en el sentido de que el Tribunal de Justicia venga a perder el equilibrio delicado entre libertades económicas y derechos fundamentales en detrimento de éstos y, por consiguiente, en deterioro de una de las conquistas más importantes de la segunda posguerra, como es la protección de los derechos humanos

⁵³⁷ En este sentido, véase KÜHLING, Jürgen, "Fundamental Rights", en AAVV (Armin von Bogdandy y Jürgen Bast Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Múnich, Hart Publishing y Verlag CH Beck, 2011, pp. 493 y ss.

⁵³⁸ Véanse las Sentencias de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich, y de 9 de diciembre de 1997, Asunto C-265/95, Comisión/República Francesa.

⁵³⁹ Véanse BROWN, C., "Case-note: Schmidberger", en *Common Law Market Review*, núm. 40, 2003, p. 1508, así como también MORIJN, John, "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the light of the European Constitution", en *European Law Journal*, vol. 12, núm. 1, enero de 2006, p. 37.

en cuanto categorías normativamente superiores que sitúan a la persona como el sujeto y el propósito más importante del sistema jurídico⁵⁴⁰.

No obstante, como hemos podido señalar en las dos primeras partes de este trabajo, los derechos fundamentales no pueden ser considerados como absolutos o ilimitados y, en consecuencia, ha de admitirse la posibilidad de imponerse restricciones a ellos, con el fin de coordinar mutuamente los diferentes intereses recogidos por los tratados para hacer posible la tarea a la que se destinan de ordenar, desde unos objetivos mayores, la vida social, política y económica de una comunidad determinada.

En efecto, KONRAD HESSE, al desarrollar el principio de concordancia práctica, destaca que las limitaciones a los derechos fundamentales están previstas justamente para posibilitar una ordenación de las garantías jurídico-fundamentales y de otros bienes jurídicos igualmente protegidos por el ordenamiento para que se puedan construir puentes de encuentro entre los diversos intereses existentes en una comunidad determinada⁵⁴¹. Observa, pues, el constitucionalista alemán, que la tarea de las limitaciones de derechos fundamentales es la de coordinar mutuamente las condiciones de vida garantizadas por los derechos fundamentales con unas condiciones de vida distintas posibilitadas por otros bienes jurídicos que, del mismo modo que aquellas, son esenciales para la vida de la colectividad y, a causa de ello, son – o deben ser – igualmente protegidas jurídicamente⁵⁴².

Debemos, pues, reconocer que tal tarea de concordancia práctica exige una coordinación ponderada de los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos limitadores de estos derechos, de modo que las restricciones a los derechos fundamentales sean adecuadamente interpretadas como una forma de dejar que los diferentes intereses protegidos por el ordenamiento jurídico lleguen a una eficacia óptima⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Cfr. BELTRÁN, Luz Helena, “Mercado común y libre comercio, ¿enfrentados a los derechos fundamentales?”, en *Revista de Derecho y Economía*, núm. 23, p. 97.

⁵⁴¹ Véase *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. de Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 255.

⁵⁴² *Idem, Ibidem.*

⁵⁴³ *Idem, Ibidem.*

De este modo, no consideramos problemática una eventual restricción de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia. De hecho, en esa tarea de coordinar los diferentes bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la Unión, entendemos posible que el Tribunal de Justicia, invocando un deber general de protección, opte por la realización de una de las libertades fundamentales de la Unión Europea cuando, por ejemplo, el derecho fundamental sea ejercido con actos de violencia o con el uso de instrumentos que expongan a los demás a un peligro.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia también podría concluir, en esta tarea de ponderación, que deba ser reconocido en la Unión Europea un ámbito de protección más restrictivo al derecho invocado y, entendiendo, en la senda del propio Tribunal Constitucional Federal alemán, que no es cualquier fin el que podrá determinar el ejercicio legítimo de un derecho fundamental político como la libertad de reunión y expresión, sino únicamente aquellos fines verdaderamente importantes para el proceso de formación de la voluntad pública en un orden libre y democrático, el Tribunal puede determinar como inapropiado, bajo unas circunstancias determinadas, un bloqueo de una autopista o intervenciones en el tráfico aéreo por manifestaciones en aeropuertos internacionales⁵⁴⁴.

A fin de cuentas, un problema de colisión o concurrencia de los derechos fundamentales frente a otros valores o bienes jurídicos no es algo a lo que se puede responder de una forma general para todos los casos, como si se tratara de otorgar una primacía absoluta a los derechos fundamentales sobre el otro interés en conflicto que tendría que verse reducido en todos los supuestos, ya que, como nos enseña FRIEDRICH MÜLLER, la tarea de optimización de cada norma y bien jurídico afectado es, sobre todo, una formulación negativa de fines de interpretación⁵⁴⁵.

Así las cosas, lo que en realidad nos parece preocupante es el enfoque del Tribunal de Justicia en la ponderación que lleva a cabo cuando hay colisión entre derechos fundamentales y libertades económicas, sobre todo porque abre paso a una inconveniente utilización o instrumentalización de los derechos fundamentales al

⁵⁴⁴ En este sentido, véase, a modo de ejemplo, MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Direitos Fundamentais, op. cit.*, pp. 248-263 y 648-649.

⁵⁴⁵ Cfr. su obra *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales.*, Trad. Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 160-161.

servicio de la economía y del comercio cuando en realidad se debe tratar de regular los mercados para que éstos cumplan con la democracia⁵⁴⁶. A fin de cuentas, como nos enseña el maestro PETER HÄBERLE, Europa es antes cultura que mercado⁵⁴⁷.

Con el reconocimiento del carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la protección de tales derechos, más que como restricciones a las normas comunitarias, debe ser vista como una verdadera implementación del Derecho primario de la Unión que merece un cambio en la perspectiva de como solucionar los casos de colisión entre derechos fundamentales y libertades fundamentales. Así, en vez de reconocer la protección de los derechos fundamentales como un interés legítimo susceptible de justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión a los Estados miembros a causa de las libertades de circulación, el Tribunal de Justicia debería pasar a plantear el problema desde una óptica inversa para que las libertades fundamentales verdaderamente encuentren sus límites en los derechos fundamentales.

Un aspecto específico de la Carta que puede ser relevante en este debate es la propia garantía del contenido esencial prevista en artículo 52.1, que, al imponer límites a la restricción de los derechos fundamentales, ha de vincular y subordinar la actuación de los agentes públicos en torno a esos derechos en una doble vertiente – positiva y negativa – tal y como hemos señalado en la primera parte de este estudio.

La garantía del contenido esencial impuesta a la Unión Europea y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión podría ejercer un importante papel para la formación de un sentimiento y conciencia a nivel europeo acerca de la esencialidad de los derechos fundamentales como elementos centrales del orden jurídico, de manera que las autoridades tengan siempre presente que no son las libertades económicas las que deben determinar el contenido de un derecho

⁵⁴⁶ Al respecto, véase HÄBERLE, Peter, “Palabras clave para el constitucionalismo de hoy – una perspectiva alemana”, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁴⁷ Cfr. su ponencia “La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura”, Trad. de Miguel Azpitarte Sánchez, en el Congreso Internacional en Honor de Peter Häberle “Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo”, realizado a Granada, el 11 de mayo de 2017. Sobre el tema, véase también el texto del mismo autor “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, Trad. Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 11-30.

fundamental, sino que son estas las que deben tener, como marco informador, los derechos fundamentales.

En efecto, una reflexión sobre el modo de ordenar la relación entre libertades fundamentales y derechos fundamentales y la supuesta mayor jerarquía de éstas sobre los últimos se ha convertido en una materia de discusión en el seno del propio Tribunal de Justicia en los últimos años tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, aunque haya sido para propugnar que tal relación se caracteriza por una amplia convergencia que exigiría del TJUE un escrutinio, en el que cobra especial significado el principio de proporcionalidad, para establecer el equilibrio adecuado entre derecho fundamental y libertad fundamental. Así, en caso de conflicto, sólo puede garantizarse tal ecuación si la restricción de una libertad fundamental como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental no va más allá de lo que sea idóneo, necesario y adecuado para dicho ejercicio. Del mismo modo, la restricción de un derecho fundamental como consecuencia del ejercicio de una libertad fundamental tampoco puede ir más allá de lo que sea idóneo, necesario y adecuado para dicho ejercicio⁵⁴⁸.

Sea como fuere, entendemos que tarde o temprano el Tribunal de Justicia tendrá que reequilibrar esta relación de coordinación entre libertades fundamentales y derechos fundamentales, pero, a nuestro parecer, para que estos sean consagrados en los Tratados como un valor fundamental de la Unión Europea⁵⁴⁹, y reconducidos a su debido lugar en todo ordenamiento jurídico en cuanto fundamento esencial de una comunidad democrática, y como base y punto de partida de cualquier discusión que los poderes públicos y la sociedad puedan entablar.

⁵⁴⁸ En este sentido, véanse las Conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak presentadas el 14 de abril de 2010 en el Asunto C-271/08, Comisión Europea/República Federal de Alemania. En su sentencia de 15 de julio de 2010, en el asunto citado, el Tribunal de Justicia no hizo exactamente eco de las observaciones de la Abogada General al declarar únicamente que el ejercicio del derecho fundamental debe conciliarse con las exigencias derivadas de las libertades protegidas por el TFUE.

⁵⁴⁹ Véase el art. 2 del TUE que así lo establece: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Al respecto, véase PEERS, Steve y PRECHAL, Sacha, “Commentary on the Art 52 – Scope of Guaranteed Rights”, en AAVV (Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner y Angela Ward Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, op. cit., p. 1479.

Por lo tanto, únicamente con la ubicación definitiva de los derechos fundamentales como postulados centrales del ordenamiento jurídico de la Unión Europea podremos atestiguar la debida conformación de la integración económica europea y/o del propio proyecto de integración en su conjunto sobre una base de mayor dimensión social, como podría haber sido el caso en los también famosos Asuntos Viking Line y Laval⁵⁵⁰, para que las libertades fundamentales se doten por fin de un significado instrumental. Así, los avances en la integración económica europea, guiados más allá del puro economicismo, podrán revelarse no sólo como funcionales para el mercado, sino que además podrían traer aparejados progresos paralelos en otros ámbitos con el fin último de combatir en Europa la exclusión social y la discriminación, y de fomentar la justicia y la protección sociales⁵⁵¹.

En otro orden cosas, caben unas consideraciones finales sobre el planteamiento del Tribunal de Justicia, en el Asunto Omega, acerca de la dignidad humana, bien sea como un valor fundamental o bien como un derecho fundamental autónomo, ante las restricciones que se imponían, en su nombre, para la libre prestación de servicios de una sociedad británica en el territorio alemán.

Aunque el Tribunal de Justicia sitúe una vez más su centro de interés en el caso en la defensa de una libertad fundamental de matiz económico al no reconocer taxativamente que la protección de la dignidad humana constituye un imperativo del Derecho de la Unión, sino que sólo sería compatible con él en la medida que revelara un interés legítimo que justificase, en principio, una restricción de las obligaciones

⁵⁵⁰ Véanse las Sentencias de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, y de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341-05, *Laval un Partneri Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1 y Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*. Sobre el tema, véanse, a modo de ejemplo, LONGO, Erik, "Viking, Laval e la costruzione dell'«economia sociale di mercato» in Europa" y ZAHN, Rebecca Lisa, "I casi Viking e Laval: tra problemi di allargamento e soluzioni poco fortunate", ambos textos en en AAVV (Marta Cartabia Coord.), *Dieci casi sui diritti in Europa, op. cit.*, pp. 209-236, así como también CABRERA RODRÍGUEZ, José, "Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, septiembre-diciembre de 2013, pp. 371-428.

⁵⁵¹ Las ideas aquí expresadas tienen inspiración en el propio texto del Tratado de la Unión Europea, más específicamente, en su preámbulo, con todo el valor que a ellos se debe reconocer como expresión, tal y como nos enseña el maestro Peter Häberle, del "principio esperanza" o de utopías concretas, y del art. 3.3 que establece las directrices que han de guiar la construcción del mercado interior europeo.

impuestas por los Tratados⁵⁵², no se puede negar que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia revela una positiva deferencia a la cultura constitucional de un Estado miembro que, por encima de todo, garantiza y promueve una vinculación general del Estado y de la sociedad al mandato constitucional del respeto a la dignidad humana⁵⁵³.

En este aspecto, interesa subrayar cómo el Tribunal de Justicia se decanta por reconocer, como causa justificativa de una restricción a la libre prestación de servicios, a la dignidad humana, tal como ésta se halla específicamente configurada en el ordenamiento constitucional alemán y no conforme a patrones comunitarios homogéneos. Es decir, el Tribunal no recurre en esta ocasión, a la hora de valorar la legitimidad de la restricción impuesta a la libertad económica afectada, a la dignidad humana como principio general del ordenamiento comunitario, sino que se atiende expresamente al contenido que a esta categoría jurídica otorga específicamente el ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

En efecto, al ocuparse del asunto en sus conclusiones, la Abogada General Christine Stix-Hackl exponía toda la problemática que las concepciones sobre la dignidad humana entre los Estados miembros suponían, constatando que la restricción a la libertad económica venía impuesta por el contenido que el concepto de dignidad humana alberga en el Derecho alemán y que no necesariamente resultaría extrapolable al ordenamiento de otros Estados miembros o al propio ordenamiento comunitario. Así, advertía la Abogada General que, *“debido a que el concepto de dignidad humana tiene carácter de principio general al que debe darse contenido, es posible que en el presente caso —a diferencia de lo que sucedió en la sentencia Schmidberger— al Tribunal de Justicia le resulte difícil equiparar sin más el contenido de la garantía de la dignidad humana establecida en la Ley Fundamental alemana con el de la garantía de la dignidad humana reconocida en el Derecho comunitario”*, no obstante, concluyó que la solución

⁵⁵² Al respecto, véase REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “La «dignidad de la persona» como categoría conceptual en el Derecho de la Unión”, en AAVV (Ricardo Chueca Dir.), *Dignidad humana y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 284.

⁵⁵³ En sentido contrario, véase GROPPi, Tania, “La «primauté» del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, Trad. Juan Francisco Sánchez Barrilao, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero-junio de 2006, p. 227. Según la autora, el Tribunal de Justicia, en la Sentencia Omega, ha mostrado desinterés en las soluciones constitucionales nacionales al entender que no tenía relieve para el caso el hecho de que en Alemania el principio del respeto a la dignidad humana se benefició de un status particular en cuanto derecho fundamental autónomo.

del caso por el Tribunal de Justicia no debía guiarse necesariamente por un planteamiento común a los Estados miembros en la configuración concreta de la protección de la dignidad, sino en *“la coincidencia fundamental de los valores por lo que respecta a la posición que debe ocupar la dignidad humana en el respectivo Derecho nacional y en el Derecho comunitario”*⁵⁵⁴.

De todos modos, entendemos que de la misma manera que se espera de los Estados miembros una interpretación de su derecho interno conforme al Derecho de la Unión como una regla hermenéutica prioritaria en aras a la máxima realización de las normas de una organización supranacional como la Unión Europea⁵⁵⁵, la identidad nacional, tal y como está prevista en el Tratado⁵⁵⁶, también deberá funcionar como un canon interpretativo para el Tribunal de Justicia para que, siempre que se enfrente con un valor constitucional de importancia significativa para la cultura jurídica de un Estado miembro, busque construir, en una especie de lealtad recíproca, una interpretación del Derecho de la Unión conforme a tales valores primordiales.

Por último, no podemos concluir estos comentarios sin hacer antes una vez más un llamamiento al Tribunal de Justicia sobre el necesario reequilibrio entre las libertades fundamentales económicas y los derechos fundamentales, más aún cuando estemos ante la dignidad humana, que identificada de un modo general con todo lo que más sustancialmente valoramos en el Estado de Derecho, debe constituir, sin lugar a dudas, la referencia mayor y el criterio primero para la debida composición en caso de colisión con otros valores y/o intereses igualmente dignos de la tutela jurídica.

Sólo de esta manera podremos presenciar un verdadero cambio de cualidad de las bases que fundamentan la Unión Europea para afirmarla en definitiva como una

⁵⁵⁴ Véanse las Conclusiones presentadas el 18 de marzo de 2004, en el Asunto C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

⁵⁵⁵ En este sentido, véase ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, La concretización y actualización de los derechos fundamentales, op. cit., p. 160.

⁵⁵⁶ Nos referimos aquí al art. 4.2 del TUE que dispone que *“[l]a Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”*. Sobre el tema, véase VECCHIO, Fausto, *Primacía del Derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.

comunidad de derecho que sitúa a la persona como fin último justificador de su propia existencia y beneficiario principal del proceso de integración, tal y como el Tribunal de Justicia en sus albores parecía dejar entrever con su clásica sentencia Van Gend en Loos⁵⁵⁷.

2.3 – Los derechos fundamentales como garantía mínima existencial frente al derecho estatal: El Asunto Centro Europa 7

El Asunto Centro Europa 7⁵⁵⁸ versaba sobre un litigio relacionado con una empresa de televisión italiana a la que, tras haberle sido otorgada una concesión de derechos de radiodifusión nacional en un procedimiento de licitación pública, no se le habían asignado las radiofrecuencias necesarias para ejercer dichos derechos, mientras que a otros operadores ya existentes la legislación nacional les permitía que continuaran sus actividades con el uso de radiofrecuencias presuntamente excedentes, aunque en contradicción con el procedimiento competitivo que no les garantizaba los derechos de radiodifusión.

Una vez transcurrido el plazo de 24 meses después de la notificación de su licencia de radiodifusión, Europa 7 interpuso un recurso ante el respectivo tribunal administrativo en el que solicitaba que se ordenara a las autoridades administrativas competentes que asignaran las frecuencias necesarias para su actividad y que abonaran una indemnización por los perjuicios sufridos mientras tanto. Ante la negativa del tribunal, la empresa impugnó la sentencia ante el Consiglio di Stato italiano que, a su vez, formuló una serie de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia en materia de competencia leal, libertad de prestación de servicios, y libertad de expresión y de pluralismo informativo en el sector radiotelevisivo.

El Tribunal de Justicia decidió que no procedía admitir varias de las cuestiones prejudiciales planteadas y, en este sentido, recordó al órgano jurisdiccional nacional que

⁵⁵⁷ Sentencia de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62, NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa).

⁵⁵⁸ Véase la Sentencia de 31 de enero de 2008, Asunto C-380/05, Centro Europa 7 Srl/Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni y Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni.

no podía pronunciarse sobre la interpretación de una norma comunitaria que no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, así como también si el problema en cuestión es de naturaleza hipotética, o bien cuando no le son proporcionados los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

No obstante, en lo que respecta a la normativa comunitaria relativa a un marco regulador común de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas, así como a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, el Tribunal de Justicia decidió que el ordenamiento comunitario debería ser interpretado en el sentido de que, en materia de radiodifusión televisiva, se oponía a una legislación nacional cuya aplicación aboca a que al operador titular de una concesión le sea imposible emitir por falta de radiofrecuencias de emisión otorgadas sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.

Pese a la importancia de la discusión sobre la libertad de expresión y el pluralismo informativo como pilares para la conformación de una sociedad democrática y el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de libertad y de participación política, tal como hemos podido señalar en la primera parte de este trabajo, nuestro interés principal en el presente caso gira más en torno a algunos de los planteamientos desarrollados por el Abogado General Miguel Poiares Maduro sobre la competencia de la Unión Europea para examinar la conformidad de actos de los Estados miembros con los derechos fundamentales⁵⁵⁹.

A este respecto, merece destacar la tesis defendida por Poiares Maduro para que la protección de los derechos fundamentales por la Unión Europea pueda superar la separación de espacios competenciales entre los sistemas existentes, de los que hablábamos en la segunda parte del presente estudio, y desplegar cierta eficacia aun cuando no se esté ante un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión.

En aquel momento, el Abogado General defendió la posibilidad de que la Unión

⁵⁵⁹ Cfr. las Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2007, Asunto C-380/05, Centro Europa 7 Srl/Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni y Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni.

Europea esté habilitada para examinar si los Estados miembros proporcionan el nivel de protección necesario en relación con los derechos fundamentales para poder cumplir correctamente con sus demás obligaciones como miembros de la Unión, de modo que tal control serviría para garantizar que existan las condiciones básicas para el funcionamiento adecuado del ordenamiento jurídico comunitario y para el efectivo ejercicio de muchos de los derechos concedidos a los ciudadanos comunitarios⁵⁶⁰.

Tal entendimiento, que tiene como su fundamento mayor el art. 2 del TUE⁵⁶¹ que establece unos valores comunes, entre ellos el respeto de la dignidad humana, la

⁵⁶⁰ Véanse los más destacados fragmentos de las mencionadas conclusiones del Abogado General Miguel Poiares Maduro en este sentido:

"[...] 20. En este contexto, el Tribunal de Justicia cumple su función de garantizar la observancia, por los Estados miembros, de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho. A este respecto, debe establecerse una distinción entre, por una parte, la competencia para examinar cualquier medida nacional a la luz de los derechos fundamentales y, por otra, la competencia para examinar si los Estados miembros proporcionan el nivel de protección necesario en relación con los derechos fundamentales para poder cumplir correctamente sus demás obligaciones como miembros de la Unión. El primer tipo de examen no existe todavía y no se encuentra entre las competencias actuales de la Unión. Sin embargo, el segundo tipo de examen se desprende lógicamente de la naturaleza del proceso de integración europea. Sirve para garantizar que existen las condiciones básicas para el funcionamiento adecuado del ordenamiento jurídico comunitario y para el ejercicio efectivo de muchos de los derechos concedidos a los ciudadanos comunitarios. Pese a que el grado de protección de los derechos fundamentales a escala nacional no tiene que ser exactamente idéntico al grado de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, debe existir algún grado de equivalencia para garantizar que el Derecho comunitario puede aplicarse de manera efectiva en el ordenamiento jurídico nacional.

21. Aunque a primera vista esta situación puede parecer poco probable, no descarto en este momento la idea de que pueda producirse en un Estado miembro un incumplimiento grave y constante de derechos fundamentales, que haga imposible que dicho Estado cumpla muchas de sus obligaciones comunitarias y limite de manera efectiva la posibilidad de que los particulares ejerzan plenamente los derechos que les concede el Derecho comunitario. Por ejemplo, resultaría difícil imaginar a ciudadanos de la Unión ejerciendo sus derechos de libre circulación en un Estado miembro cuando existen deficiencias generalizadas en la protección de los derechos fundamentales. En efecto, tales deficiencias generalizadas equivaldrían a una violación de las normas en materia de libre circulación.

22. Lo que propongo no es que cualquier violación de derechos fundamentales en el sentido del artículo 6 UE, apartado 2, constituye en sí misma una vulneración de las normas en materia de libre circulación. Sólo las violaciones graves y reiteradas que pongan de manifiesto un problema generalizado en la protección de los derechos fundamentales en el Estado miembro de que se trate podrían, en mi opinión, considerarse vulneraciones de las normas en materia de libre circulación, debido a la amenaza directa que constituirían para la dimensión transnacional de la ciudadanía europea y para la integridad del ordenamiento jurídico comunitario. En la medida en que la protección de los derechos fundamentales en un Estado miembro no sea gravemente insuficiente en ese sentido, considero que el Tribunal de Justicia sólo debe examinar la conformidad de medidas nacionales con los derechos fundamentales cuando tales medidas estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la competencia del Tribunal de Justicia según se establece en su jurisprudencia hasta la fecha."

⁵⁶¹ Artículo 2

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, como exigencia básica para el ejercicio de la autoridad pública en el espacio jurídico de la Unión Europea, podría justificar la intervención de las autoridades europeas en materia de protección de derechos fundamentales sin la limitación impuesta por el art. 51.1 de la Carta para que se garantice en cada Estado miembro un nivel de tutela de los derechos fundamentales en su mínimo existencial y, de este modo, se puedan presentar las condiciones esenciales para la correcta implementación del orden jurídico europeo⁵⁶².

De hecho, el art. 7 del TUE establece un procedimiento para la suspensión temporal de derechos de un Estado miembro ante el riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el mencionado art. 2, de modo que se puede decir que la Unión Europea también ejerce una función de control y vigilancia de la protección de los derechos fundamentales desarrollada a nivel estatal⁵⁶³.

⁵⁶² En este sentido, véase VON BOGDANDY, Armin *et al.*, “Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States”, en *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, pp. 509 y ss.

⁵⁶³ Artículo 7

1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Esta atribución reconocida a las autoridades europeas en materia de derechos fundamentales sería, a nuestro juicio, subsidiaria y complementaria, y su ejercicio se fundamentaría en procedimientos establecidos por los Tratados constitutivos y, de algún modo, al margen de la Carta, la cual, sin embargo, no constituye sólo una limitación de los poderes europeos en garantía de derechos, sino también un mandato de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de toda la Unión Europea.

Los episodios más frecuentemente atestiguados en algunos Estados miembros, como Rumania, Hungría y Polonia⁵⁶⁴, cuyos gobernantes desafían claramente el Estado de Derecho con medidas encaminadas a limitar la actuación independiente de muchas de sus instituciones, en especial sus Tribunales constitucionales, nos hacen cobrar conciencia de la relevancia de este mecanismo de actuación de la Unión en la defensa de valores primarios constitucionales.

Es cierto que no se puede negar que el instrumento previsto en art. 7 del TUE, que permite abordar de modo directo las violaciones de los valores fundamentales de la Unión Europea, se reviste de una naturaleza esencialmente política y, desde esta perspectiva, se muestra al menos difícil de hacer cumplir de modo resolutivo, teniendo en cuenta sobre todo que requiere una mayoría parlamentaria cualificada y, por lo tanto, un determinado umbral de votos para ser aprobado con éxito.

En este sentido, es posible percibir cierta tendencia de la Unión Europea a implementar medidas contra la conducta recalcitrante de algunos Estados miembros a través de mecanismos de *soft law* en áreas en las que sus competencias demuestran toda su fuerza como comunidad, como la eurozona o el espacio *Schengen*, las cuales, sin embargo, carecen de la transparencia deseada o del propio vigor esperado para hacer frente a tan graves amenazas a los principios y valores básicos del Estado de Derecho⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Al respecto, véanse, a modo de ejemplo, SCHEPPELLE, Kim Lane, “*How to evade the Constitution: the Hungarian Constitutional Court’s decision on judicial retirement ages*”, disponible en «<http://verfassungsblog.de/evade-constitution-case-hungarian-constitutional-courts-decision-judicial-retirement-age/>»; KONCEWICZ, Tomacz Tadeusz, “*Constitutional Capture in Poland 2016 and Beyond: what is next*”, disponible en «<http://verfassungsblog.de/constitutional-capture-in-poland-2016-and-beyond-what-is-next/>»; así como también NIELSEN, Nikolaj, “*Romanian judges report death threats*”, disponible en «<https://euobserver.com/justice/117188>».

⁵⁶⁵ En este sentido, véase DAWSON, Mark y MUIR, Elise, “*Enforcing fundamental values: EU Law and Governance in Hungary and Romania*”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, núm. 4, 2012, pp. 469-476.

Por otra parte, interesa señalar que la Comisión Europea, como guardiana de los Tratados, ha buscado desempeñar un papel activo en la responsabilidad de velar por el respeto de los valores en los que se fundamenta la Unión Europea al reglamentar un nuevo marco para afrontar las amenazas sistémicas al Estado de Derecho en cualquiera de los todavía veintiocho países de la Unión – el Marco del Estado de Derecho⁵⁶⁶ – quizá como una alternativa más eficaz entre la “mano suave” de la persuasión política y la “mano dura” del art. 7 del TUE⁵⁶⁷.

De este modo, en un ambiente político hostil a los ideales máximos de la dignidad humana, de la tolerancia y del pluralismo, la protección de los derechos fundamentales más allá de los confines competenciales de la Unión Europea surge como *ultima ratio* del orden público europeo ante los déficits en la realidad constitucional de sus Estados miembros.

En este sentido, podemos comprender mejor la trascendencia de la doctrina de la llamada “Reverse Solange” (o Solange invertida), desarrollada, aunque en un contexto distinto como es el de la discusión sobre el alcance de la ciudadanía europea a raíz del Asunto Zambrano, que será objeto de discusión más adelante, por ARMIN VON BOGDANDY y su equipo del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg⁵⁶⁸.

Por lo tanto, los Estados miembros siguen siendo autónomos en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales en sus propios ámbitos competenciales en tanto en cuanto se pueda presumir que protegen la esencia de los derechos fundamentales en cuanto valores fundacionales de la Unión en los términos del art. 2 del TUE. Sin embargo, si se diera la circunstancia extrema – en realidad más probable y factible de lo que podrían suponer los “founding fathers” de los tratados constitutivos o el propio Abogado General Poaires Maduro en sus conclusiones en el 2008 conforme

⁵⁶⁶ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho (COM/2014/0158 final), disponible en «<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0158&from=ES>».

⁵⁶⁷ Las expresiones son del Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Durão Barroso, en su discurso sobre el estado de la Unión ante la Sesión plenaria del Parlamento Europeo en septiembre de 2012, disponible en «http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_es.htm».

⁵⁶⁸ VON BOGDANDY, Armin *et al.*, “Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States”, *op. cit.*

desafortunadamente demuestran los hechos vividos en los últimos tiempos en Europa – de que una violación de los derechos fuera entendida como grave y sistémica, esta presunción se desvanecería y daría cauce a la actuación de la Unión Europea teniendo ahora como necesario punto de referencia el ordenamiento europeo.

Además de preservar el compromiso mayor con el Estado de Derecho, la actuación de la Unión Europea, más allá del marco de aplicación de la Carta establecido por el art. 51.1, para promover la garantía de los derechos fundamentales en los Estados miembros en su mínimo esencial para que se cumpla con los valores recogidos en el art. 2 del TUE, se muestra también como una importante herramienta para la defensa de otro importante fundamento de la integración europea, como es el de la confianza recíproca entre los Estados miembros de la Unión Europea y sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En este sentido, la forma en que el Estado de Derecho se aplica a nivel nacional desempeña un papel clave en ese sentido, pues permite confirmar la existencia de un conjunto de valores e ideales comunes en torno a un orden fundamental de libertad y democracia y, por lo tanto, consolidar el respeto mutuo entre los Estados miembros como presupuesto de la necesaria apertura cooperativa al exterior y al derecho europeo de que nos habla el maestro PETER HÄBERLE⁵⁶⁹.

Por lo tanto, la confianza de que cada uno de los Estados miembros se adhiere sistemáticamente a la esencia de los derechos fundamentales tal y como se ha establecido a nivel europeo reviste especial importancia para el futuro desarrollo de la Unión Europea como “un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”⁵⁷⁰.

De hecho, el grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de los individuos involucrados en los procesos, sobre todo de naturaleza penal, o bien el caso más preocupante del incumplimiento continuo y persistente de los derechos fundamentales en cualquiera de los Estados miembros ponen en jaque el principio de

⁵⁶⁹ Véanse, verbigracia, las citadas obras *El Estado constitucional* y “Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - una perspectiva alemana”.

⁵⁷⁰ Véanse el art. 3.2 del TUE y el artículo 67 del TFUE.

reconocimiento mutuo como piedra angular de la propia cooperación judicial⁵⁷¹ y, por ende, la debida implementación de las políticas europeas en este ámbito⁵⁷².

En efecto, tal y como expresa el propio Tribunal de Justicia, el principio de reconocimiento mutuo en el que se sustenta la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores descansa a su vez en la confianza recíproca entre los Estados miembros en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea⁵⁷³.

Por otro lado, el presupuesto de la existencia de un respeto equitativo y efectivo del Estado de Derecho en todos los Estados miembros combinado con un compromiso firme de hacer converger gradualmente sus espacios internos de protección de derechos fundamentales hasta lograr una europeización de los estándares surge como elemento igualmente significativo para la estructuración de la propia doctrina de la protección equivalente de los derechos fundamentales.

A fin de cuentas, en el escenario de interconstitucionalidad del que hablábamos en la primera parte de este capítulo, se muestra decisiva la existencia efectiva de una

⁵⁷¹ En este sentido, véanse las Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), cuyo texto está disponible en «http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea, por su parte, consagra tal entendimiento del principio de reconocimiento mutuo como se puede constatar, por ejemplo, en las Sentencias de 1 de diciembre de 2008, Asunto C-388/08, Artur Leymann/Aleksei Pustovarov; de 16 de noviembre de 2010, Asunto C-261/09, Gaetano Mantello; de 29 de enero de 2013, Asunto C-396/11, Ciprian Vasile Radu.

⁵⁷² Al respecto, véanse la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, Asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, N.S./Secretary of State for the Home Department y M.E., A.S.M, M.T., K.P., E.H/Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform; las Conclusiones presentadas por la Abogada General Verica Trstenjak el 22 de septiembre de 2011 en los mencionados asuntos acumulados, así como también las Conclusiones presentadas por la Abogada General Eleanor Sharpston el 18 de octubre de 2012 en el Asunto C-396/11, Ministerul Public/Ciprian Vasile Radu. Sobre el tema y el desarrollo de una segunda vertiente para la doctrina Solange (la Solange horizontal) y sus repercusiones para el orden jurídico europeo, véase CANOR, Iris, “My Brother’s Keeper? Horizontal Solange: an ever closer distrust among the peoples of Europe”, en *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013, pp. 383-422.

⁵⁷³ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de Sentencia de 5 de abril de 2016, Asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, Pál Aranyosi y Robert Căldăraru. Para un importante análisis del caso del punto de vista del diálogo jurisdiccional y el positivo impacto de la llamada Sentencia Solange III del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, 2 BvR 2735/14) en la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia sobre el sistema de la orden de detención europea, nos remitimos a HONG, Mathias, “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange III and Aranyosi”, en *European Constitutional Law Review*, núm. 12, 2016, pp. 549-563.

cultura común en materia de derechos fundamentales entre todos los Estados miembros, para que se pueda reconocer como razonable y suficiente la tutela que se lleva a cabo en la Unión Europea.

Una deferencia a la Unión Europea en tal materia implica, como contrapartida, que cada Estado miembro deba efectivamente satisfacer unas normas mínimas sustanciales para que se pueda concluir que la garantía de los derechos fundamentales guiada por la Unión Europea, aunque se revele de alguna forma cambiante y puntualmente inferior a los estándares más exigentes de protección, es en su conjunto equiparable a la existente entre los Estados miembros, al menos en lo que respecta al contenido esencial de dichos derechos.

Así pues, cualquier amenaza de ruptura o quebrantamiento del entramado jurídico y democrático en algunos de los Estados miembros, al igual que los preocupantes deterioros masivos en la protección de los derechos fundamentales que se observan en muchos países europeos exigen una respuesta adecuada de la Unión Europea, bien sea mediante los instrumentos de suspensión previstos en los tratados, bien mediante los nuevos marcos reglamentarios creados por la Comisión Europea, o bien a través de la importante función de garantes de los derechos fundamentales que deben asumir la Agencia Europea de Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo Europeo, para que se pueda cultivar el respeto efectivo a los valores primarios constitucionales en el seno de la Unión Europea y, en última instancia, promover el refuerzo de la cooperación leal entre todos los miembros de la Unión Europea en aras al desarrollo de un proyecto jurídico-político europeo fundado en el principio democrático, el respeto de la dignidad humana y en el ideal de la libertad en igualdad.

2.4 – Los derechos fundamentales como garantía general frente al derecho del estado en el ejercicio de una libertad de circulación: Los Asuntos Konstantinidis y García Avello

En el asunto Konstantinidis⁵⁷⁴, el demandante en el procedimiento principal era

⁵⁷⁴ Sentencia de 30 de marzo de 1993, Asunto C-168/91, Christos Konstantinidis/Stadt Altensteig, Standesamt y Landratsamt Calw, Ordnungsamt.

un nacional griego que ejercía en Alemania, con carácter autónomo, la profesión de masajista y técnico sanitario en hidroterapia, cuyo nombre, de acuerdo con su partida de nacimiento griega era “Χr stow Kvnstantin dhw”. El demandante pedía que le fuera asegurada la transcripción de su nombre en caracteres latinos como “Christos Konstantinidis”, debido a que esta grafía indicaría de la forma más exacta posible a los germanohablantes la pronunciación correcta de su nombre en griego, además de ser la forma en que estaba transcrito su nombre en su pasaporte griego.

El señor Konstantinidis contrajo matrimonio con una ciudadana alemana, y habiéndose inscrito erróneamente su nombre en el respectivo libro de matrimonios como “Chistros Konstadinidis”, solicitó la rectificación del documento para que fuera corregida la inscripción conforme a sus documentos griegos. En consecuencia, la autoridad alemana, siguiendo la normativa interna existente, decidió aplicar un sistema distinto de transliteración y transcribió el nombre del señor Konstantinidis, conforme la traducción jurada que había sido realizada, como “Hréstos Kónstantinidés”.

El interesado se opuso a dicha transcripción ante el tribunal competente, alegando que dicha ortografía distorsionaba su nombre y no transmitía exactamente el modo como se pronuncia en griego, lo que, además de ofender sus creencias religiosas, conllevaría la inconveniencia de utilizar un nuevo nombre diferente al suyo que era por el que le conocían sus clientes desde hacía más de 8 años, o bien se vería forzado a adoptar distintos nombre para distintos fines para no ocasionar mayores perjuicios a su vida profesional, lo que causaría, de todos modos, una indeseable confusión.

Dado que el señor Konstantinidis se encontraba en Alemania ejerciendo el derecho de libre circulación que le era asegurado por el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la situación en análisis sería regida por el Derecho comunitario, de modo que se estimó que el litigio suscitaba problemas de interpretación de dicho ordenamiento jurídico.

Así, el tribunal alemán planteó las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia para que se determinase, en rasgos generales, si un nacional de un Estado miembro que se ha establecido como trabajador autónomo en otro Estado miembro, en el que se utiliza un alfabeto diferente, está facultado a oponerse a una transliteración de su nombre, a efectos de los asientos del Registro Civil, que deforma burdamente la

pronunciación del mismo, en razón de las reglas del Tratado que le asegura el libre ejercicio del derecho de establecimiento en otro Estado miembro en las mismas circunstancias que un nacional del referido Estado miembro.

A este respecto, el Tribunal de Justicia observó que en el Tratado no existe ninguna disposición que se oponga a una forma determinada para la transcripción de un nombre helénico en caracteres latinos en los Registro Civiles de un Estado miembro que utilice el alfabeto latino. Pero, por otra parte, recordó que el derecho de establecimiento constituye una de las disposiciones fundamentales de la Comunidad, y que además el Tratado impone la prohibición de cualquier discriminación basada en la nacionalidad que se derive de legislaciones o prácticas nacionales, en aras a garantizar el respeto de la asimilación de los nacionales de otros Estados miembros a los nacionales del Estado de acogida.

De esta manera, el Tribunal de Justicia decidió que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación nacional aplicable al caso si la aplicación de dicha normativa crea para un nacional de otro Estado miembro un entorpecimiento que, de hecho, perjudica su libre ejercicio del derecho de establecimiento, en la medida en que la deformación de su nombre le expone al riesgo de ser confundido con otra persona por su clientela potencial.

Por otra parte, hallamos el Asunto García Avello⁵⁷⁵ que versa sobre el apellido que llevan los hijos nacidos en Bélgica de una pareja casada que residía allí. El padre era español, con los apellidos García Avello, la madre belga, cuyo apellido de soltera era Weber, y los hijos, que tenían doble nacionalidad, fueron inscritos, según determinaba el Derecho belga, con el doble apellido García Avello, compuesto por el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre.

Los padres solicitaron posteriormente a las autoridades belgas que se cambiase el apellido de los hijos por el de García Weber para que reflejase el modelo español, que era el que había sido adoptado cuando los inscribieron en la sección consular de la

⁵⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos Garcia Avello/État Belge.

Embajada del Reino de España en Bélgica.

Dicha solicitud fue denegada por ser contraria a la práctica seguida en Bélgica para los nacionales con doble nacionalidad, una de cuales es la belga, condición que exigía que el Derecho interno de aquel país primase en lo que respecta al uso del nombre.

Ante la negativa, el asunto fue sometido al análisis del Consejo de Estado belga que, a su vez, planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial para esclarecer si debían interpretarse los principios del Derecho comunitario en materia de ciudadanía europea y de libertad de circulación de personas dándoles un sentido que impidiese que la autoridad administrativa belga, que conocía de una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residían en Bélgica y que tenían doble nacionalidad, denegase dicho cambio porque tal tipo de solicitud *“se deniega habitualmente debido a que en Bélgica los hijos llevan el apellido de su padre”*, especialmente por considerarse que la concesión de un apellido distinto puede suscitar, en el marco de la vida social en Bélgica, cuestiones de filiación del hijo afectado.

El Tribunal de Justicia ha analizado la cuestión desde el punto de vista de la ciudadanía europea que, en aquella ocasión, ya había sido introducida en el ordenamiento jurídico comunitario con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en noviembre de 1993, y que concedía a quienes se encontrasen en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad, el mismo trato jurídico, siempre que se esté ante una situación comprendida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado de la Comunidad Europea, dentro del cual figuran las garantías relativas al ejercicio de las libertades fundamentales, en particular las relacionadas con el ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros.

Así pues, el Tribunal de Justicia se manifestó en el sentido de que la ciudadanía no tenía por objeto extender la aplicación material del Tratado a situaciones meramente internas que no tengan ningún vínculo con el Derecho comunitario, lo que no constituiría exactamente el caso en estudio, en la medida en que dicho vínculo existe en relación con las personas que se encuentran en la situación como es la de los hijos del señor García Avello, que son nacionales de un Estado miembro pero que residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro, del cual también son nacionales.

De esta manera, las normas que rigen el apellido de una persona, aunque de competencia de los Estados miembros, deben respetar el Derecho comunitario que impide el trato discriminatorio en razón de la nacionalidad para favorecer la integración en el país de acogida de los nacionales de otro Estado miembro. Por lo tanto, se prohibía una práctica como la adoptada por las autoridades belgas que, aunque estuviera justificada por motivos meramente objetivos, se revelaba desproporcionada ante los graves inconvenientes tanto de orden profesional como privado que ocasionaría a los interesados.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia declaró que la normativa comunitaria debía ser interpretada en el sentido de que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro no pueda denegar una solicitud de cambio de apellido para los hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido del que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro.

En un primer análisis, estos dos casos nos muestran cómo, a propósito de la discusión del reconocimiento por un Estado miembro del nombre y apellidos a individuos europeos, nacionales de otros Estados miembros, el Derecho de la Unión ha podido penetrar en supuestos competenciales no atribuidos a la Unión Europea y, por lo tanto, exclusivos de los Estados miembros, de modo que la normativa interna, interpretada conforme a dicho ordenamiento, ha pasado a sufrir claras influencias debido al proceso de integración europea, conformando su aplicación dentro del marco jurídico europeo ante la existencia de vínculos transfronterizos entre la actuación del Estado miembro y el Derecho de la Unión.

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no revela un análisis de fondo sobre el derecho al nombre como elemento de la identidad personal del ciudadano de la Unión Europea y, por lo tanto, no aborda la cuestión de la importancia de este derecho fundamental para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, como expresión de la propia dignidad humana de sus ciudadanos⁵⁷⁶. En

⁵⁷⁶ En este aspecto, interesa señalar que, pese al silencio de las sentencias sobre el tema, las Conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, en los dos asuntos estudiados, proponen que el Tribunal de Justicia

realidad, la labor del Tribunal de Justicia se ve encaminada más bien a un ensanchamiento del ámbito material de los Tratados sobre asuntos que estaban bajo la directa y expresa reglamentación de los Estados miembros en aras a asegurar el efectivo y adecuado ejercicio de derechos derivados de las libertades económicas y, en un segundo momento, de la propia ciudadanía europea en cuanto una ciudadanía de mercado.

Por otro lado, se atestigua, con la evolución de los Tratados y de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la progresiva ampliación del ámbito personal de los Tratados constitutivos que, en un primer momento, se centraban en el individuo en cuanto agente económico y factor productivo del mercado común que se formaba en Europa para, años después, agregar un componente humano, de modo que el proceso de integración gradualmente pasaba a no tener ya como preeminente destinatario, además de los Estados miembros, el sujeto económicamente activo, sino el individuo en cuanto tal aunque necesariamente dinámico.

Así pues, mientras que la tutela, aunque indirecta, del derecho al nombre del señor Konstantidinis le era asegurada por su condición de profesional autónomo que se había establecido en Alemania debido a una libertad económica prevista en el Tratado, los hijos del señor García Avello fueron amparados en su pretensión en razón de la ciudadanía europea que ostentaban y del previo ejercicio por su padre, también como ciudadano europeo, de la libertad de circulación en el territorio de la Unión Europea y de determinación de residencia en un Estado miembro distinto al suyo.

Además, interesa subrayar que lo que emergía como más importante para el Tribunal de Justicia en los asuntos comentados, no se centraba exactamente en una

tuviera en cuenta la problemática de los derechos fundamentales para la posible solución del caso. Es cierto que, en el Asunto Konstantidinis, el Abogado General pondera que el acto de las autoridades alemanas podría vulnerar su derecho general a la identidad personal, pero concluye que la cuestión analizada podría en realidad resolverse sobre la base de la discriminación cohibida directamente por los Tratados y, por lo tanto, no se mostraba necesario plantearla desde el aspecto de los derechos fundamentales, mientras que, en el Asunto García Avello, el Abogado General traza un recorrido sobre la protección del derecho al nombre en distintos instrumentos legales, pero, aparentemente por el amplio margen de apreciación que se les reconocía en la materia de regulación de nombres a los Estados miembros, por ejemplo, por el CEDH, acaba optando por la vía de la ciudadanía europea y de la consecuente prohibición de discriminación como elementos decisivos para la resolución del caso. Véanse las Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 1992 y el 22 de mayo de 2003 en los Asuntos C-168/91 y C-148/02, respectivamente.

eventual violación del derecho al nombre de los justiciables y su impacto para la libre formación de la personalidad del individuo como un fundamento del orden político que se constituía a nivel supranacional⁵⁷⁷, sino en una supuesta quiebra del trato igualitario de los nacionales de los diferentes Estados miembros que podría comprometer la consolidación de un espacio interno sin fronteras y frente al que se mostraba necesario estructurar una decisión sobre la base de garantizar una mínima armonización de la diversidad normativa existente. Así que surgía como objetivo mayor poder proporcionar el mutuo reconocimiento entre los Estados miembros, así como también la esperada confianza entre los propios individuos de que el ejercicio de una de las libertades fundamentales no les acarrearía una vida menos favorable, ya fuese en términos profesionales o bien personales, que la de los nacionales del país de acogida, lo que, a la postre, podría constituir una causa importante de desestímulo para el desplazamiento intracomunitario.

Es cierto que los casos analizados han sido decididos por el Tribunal de Justicia en momentos anteriores al reconocimiento de la fuerza jurídica a la Carta, o incluso, de su existencia como instrumento legal, aunque no vinculante, en el ordenamiento jurídico comunitario. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos vendría a posicionarse sobre el derecho al nombre sólo a partir de 1994, reconociéndolo, pese a la ausencia de mención expresa en el art. 8 del CEDH, como un “elemento de individualización principal de una persona en el seno de la sociedad”, directamente vinculado con la vida personal y familiar del individuo, y, por lo tanto, digno de protección por parte del CEDH⁵⁷⁸.

No obstante, en Asuntos como Sayn-Wittgenstein⁵⁷⁹ y Wardyn⁵⁸⁰, decididos tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia ha señalado con carácter preliminar, en un apartado de las sentencias relativo a la existencia de una restricción

⁵⁷⁷ Aquí tenemos como referencia expresa el apartado 1 del artículo 10 de la Constitución Española que así establece: *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

⁵⁷⁸ Véanse, a modo de ejemplo, las Sentencias de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza; de 25 de noviembre de 1994, Stjerna c. Finlandia; de 11 de septiembre de 2007, Boulgakov c. Ucrania; y de 4 de diciembre de 2008, S. y Marper c. Reino Unido.

⁵⁷⁹ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Asunto C- 208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien.

⁵⁸⁰ Sentencia de 12 de mayo de 2011, Asunto C- 391/09, Malgożata Runevič- Vardyn y Łukasz Paweł Wardyn/Vilniaus miesto savivaldybės administracija y otros.

de la libre circulación, que *“el apellido y el nombre de una persona son un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950”*.

Surge, pues, la cuestión de si el posicionamiento central de la CDFUE en el edificio jurídico de la Unión Europea junto a los Tratados constitutivos, habría motivado algún cambio significativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, de modo que fueran ahora la dignidad, la integridad moral y la sensación de identidad personal los elementos centrales de la discusión en aras a justificar la modulación del Derecho estatal conforme al Derecho de la Unión.

A nuestro parecer, no.

El derecho al nombre aparece en las sentencias mencionadas en una especie de cita meramente *pro forma* que deja entrever la poca convicción y/o aceptación sobre la importancia o la propia centralidad del tema para la construcción de sus fallos.

La libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros todavía constituye el eje central de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de modo que, según su razonamiento, la normativa nacional deberá siempre ser interpretada conforme al Derecho de la Unión, y no exactamente para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la identidad personal y cultural de los ciudadanos europeos, sino para no imponerles un trato discriminatorio que conlleve a una situación desfavorable a la que gozaban antes de haber hecho uso de las oportunidades que ofrecen los Tratados en materia de libre circulación de personas.

Por lo tanto, el Derecho nacional, aunque en ámbitos competenciales aún exclusivos de los Estados miembros, sólo podría verse afectado por la normativa europea si, y sólo si, su aplicación pudiese conllevar una restricción del ejercicio de los derechos de circulación en la medida en que el trato desigual por razones de nacionalidad traiga aparejado el efecto de disuadir al ciudadano europeo de moverse libremente en el territorio de la Unión Europea.

Además, en los referidos Asuntos Sayn-Wittgenstein y Wardyn, el Tribunal de Justicia introdujo la idea del orden público, que respecto al último caso se vinculaba a la defensa y promoción de la lengua de un Estado miembro, como causa justificativa para imponer una forma determinada a la composición del nombre del ciudadano europeo, pues, en determinados supuestos, el presunto obstáculo al ejercicio de las libertades de circulación estaría amparado por intereses legítimos de los Estados miembros, tal y como es el respeto a la riqueza de su diversidad cultural y lingüística, consagrados igualmente en los Tratados constitutivos. Era, pues, reconocida a los Estados miembros sobre la base de la existencia de una injerencia justificada cierto espacio de discrecionalidad, lo que parecía buscar evitar el Abogado General F. G Jacobs en sus conclusiones en el Asunto García Avello, cuando, haciéndose eco de la jurisprudencia del TEDH sobre el tema y del amplio margen de apreciación de que gozaban los Estados en relación con la regulación de los nombres, optaba por la vía de la ciudadanía europea y por la consecuente prohibición de discriminación como elementos decisivos para la resolución del caso⁵⁸¹.

De todos modos, el Tribunal de Justicia ha establecido, siguiendo su reiterada jurisprudencia en la materia de libertades fundamentales, que la imposición de una grafía determinada del nombre y apellidos a un ciudadano europeo, aunque conllevara una restricción de las libertades reconocidas por el artículo 21 del TFUE, podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional, cediendo a favor de los tribunales nacionales el escrutinio sobre el justo equilibrio entre los intereses en discordia, es decir, por un lado, el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar y, por otro, la protección legítima por el Estado miembro de que se trata de su lengua oficial y de sus tradiciones.

Aunque el respeto a la vida privada y familiar haya sido objeto de mención expresa por parte del Tribunal de Justicia, nos parece que constituye una vez más una referencia meramente formal que no supone el reconocimiento del nombre como un importante derecho de la personalidad, ni como un elemento central en la identificación y definición

⁵⁸¹ Véanse las Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 1992 y el 22 de mayo de 2003 en los Asuntos C-168/91 y C-148/02, respectivamente.

de cada individuo, pues una lectura en conjunto de las sentencias permite concluir que, incluso después de la vigencia de la Carta como Derecho primario de la Unión, el punto de partida del Tribunal de Justicia sigue siendo las libertades de circulación, de modo que la importancia de garantizar la protección de la vida privada de los ciudadanos de la Unión no está encaminada, a diferencia de lo que se observa en el seno del TEDH, a promover la determinación y el desarrollo personal de cada ciudadano europeo, sino más bien a eliminar posibles obstáculos al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión.

Así las cosas, cabe señalar que si, por un lado, la labor del Tribunal de Justicia en materia de libertades fundamentales ha conllevado el reconocimiento como norma general del ordenamiento jurídico europeo de la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, actualmente recogida en el artículo 18 del TFUE, así como en el art. 21.2 de la CDFUE⁵⁸², y, por consiguiente, ha presupuesto, tal como hemos señalado anteriormente, la garantía de importantes derechos de igualdad con un nivel de protección incluso más elevado que lo observado en muchos Estados miembros, por otro lado, ha sometido la protección de los derechos fundamentales a lógica propia de las libertades de circulación y le ha agregado un indeseable componente transfronterizo que limita su tutela y/o distorsiona sus funciones de una manera significativa.

En efecto, la estructuración de un sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea a partir del mismo razonamiento subyacente a la construcción del mercado único ha supuesto inicialmente, como se puede llegar a comprender del Asunto Konstantidinis, una tutela mediata de los derechos en situaciones relacionadas únicamente con sectores específicos de la vida económica de los individuos. Dicha tutela, con la introducción de la ciudadanía europea, se ha visto ampliada tanto material como personalmente para permitir la protección, aunque con un carácter igualmente indirecto, del individuo en cuanto tal.

No obstante, habiéndose superado el aspecto económico como componente importante para la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea, la

⁵⁸² Al respecto, véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de 25 de enero de 2011, Asunto C- 382/08, Michael Neukirchinger/Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen, en la que el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a una discriminación sufrida por empresas que operaban en el sector del transporte aéreo, más concretamente, en el de globos aerostáticos.

transnacionalidad, a través del cruce de las fronteras intracomunitarias permanece, como se ve en Asunto García Avello, como un elemento esencial que desencadena la aplicación del Derecho de la Unión y permite la protección de los individuos según los parámetros europeos, lo que ha tenido como consecuencia, paradójicamente, una desaconsejable discriminación inversa para los ciudadanos que permanecen en el interior de su Estado respecto de los que se mueven por el espacio europeo, lo que, a nuestro juicio, no debería ser soportada por los ciudadanos europeos como algo propio del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Al fin de cuentas, como bien señala la Abogada General Eleanor Sharpston en sus Conclusiones presentadas en el Asunto Ruiz Zambrano, los ciudadanos no son “recursos” utilizados para producir bienes y servicios, sino personas ligadas a una comunidad política y protegidas por los derechos fundamentales⁵⁸³.

⁵⁸³ Véanse las Conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2010 en el Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEM). En aquella oportunidad, la Abogada General llamaba la atención para las desventajas impuestas a los “ciudadanos estáticos” no obstante sus situaciones de hecho, a excepción del aspecto de la circulación, sean similares o idénticas a las presentadas por los “ciudadanos dinámicos”. Según la Abogada General, casa mal con la concepción de una ciudadanía europea la idea de que, también estos supuestos, se siguiese el enfoque ortodoxo aplicado a la libre circulación de bienes y la libre circulación de trabajadores autónomos y por cuenta ajena y de capitales. Así, entendía que era el momento de invitar al Tribunal de Justicia a abordar abiertamente el problema de la discriminación inversa en los asuntos relacionados con la ciudadanía de la Unión donde los resultados de la jurisprudencia hasta entonces desarrollada eran más claramente nocivos. Por consiguiente, la Abogada General sugería al Tribunal de Justicia que el artículo 18 del TFUE debería interpretarse en el sentido de que prohíbe la discriminación inversa causada por la interacción entre el artículo 21 TFUE y el Derecho nacional que entraña una infracción de un derecho fundamental protegido en virtud del Derecho comunitario, cuando no existe una protección al menos equivalente con arreglo al Derecho nacional. No obstante, si se aplicara tal enfoque, la Abogada General planteaba que el artículo 18 TFUE se activaría cuando se cumplieran tres requisitos acumulativos (y sólo entonces): “*En primer lugar, el demandante debería ser un ciudadano de la Unión residente en el Estado miembro del que es nacional que no hubiera ejercido derechos de libre circulación en virtud del TFUE (bien una libertad económica clásica de circulación, bien la libre circulación con arreglo al artículo 21 TFUE), pero cuya situación fuera comparable, en otros aspectos materiales, a la de otros ciudadanos de la Unión en el mismo Estado miembro capaces de invocar derechos con arreglo al artículo 21 TFUE. Entonces, la discriminación inversa criticada debería causarse por el hecho de que los sujetos comparables apropiados (otros ciudadanos de la Unión) pudieran tener derechos con arreglo al artículo 21 TFUE, mientras que un ciudadano de la Unión «estático» residente en el Estado miembro del que es nacional sería prima facie incapaz de basarse en el Derecho nacional para obtener tal protección. En segundo lugar, la discriminación inversa que se critica debería entrañar una infracción de un derecho fundamental protegido por el Derecho de la UE. Cualquier cuestión menor de discriminación inversa no estaría incluida en el ámbito de aplicación del artículo 18 TFUE. Lo que constituiría una «vulneración de un derecho fundamental» se definiría en la medida de lo posible en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Cuando la discriminación inversa diera lugar a un resultado que se considerara una vulneración de un Derecho protegido por el Tribunal de Estrasburgo en ese caso también se consideraría una vulneración de un derecho protegido por nuestro Tribunal. Entonces, el Derecho de la UE asumiría la responsabilidad de poner fin a las consecuencias de la discriminación inversa causada por la interacción*”

Ahora bien, si el estatuto de la ciudadanía de la Unión tiene como verdadera vocación convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros concediéndoles el derecho a ser tratados según un código común de valores dondequiera que estén, este estatuto no debería exigirles desplazamientos hipotéticos o meramente potenciales para que puedan ser considerados dignos de la protección del Derecho de la Unión, una práctica que ofrece poca seguridad jurídica a los titulares de los derechos fundamentales, a la vez que fragiliza enormemente la propia legitimidad de la tarea jurisdiccional llevada a cabo por el Tribunal de Justicia⁵⁸⁴.

Además, el reconocimiento de la libre circulación, sobre todo, de servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento no equivaldría al reconocimiento de derechos verdaderamente fundamentales, sino únicamente de derechos individuales, muy estrechamente relacionados con la formación de un mercado común, pero que tendrían poco que decir en relación con la limitación del proceso político supranacional o de la propia conformación de los poderes públicos en torno a valores superiores que tienen a la dignidad humana como premisa antropológica cultural.

Es importante subrayar que los derechos fundamentales, reconocidos en su evolución teórica y dogmática tras la posguerra como presupuestos de valores orientadores de la conformación jurídica, imponen una vinculación de los poderes públicos de tal modo que pueden ser caracterizados como los únicos derechos

del Derecho de la UE con el Derecho nacional cuando (y sólo en ese momento) estas consecuencias no guardaran coherencia con los estándares mínimos de protección establecidos por el CEDH. Por consiguiente, garantizando la protección efectiva de los derechos fundamentales en los niveles mínimos de «Estrasburgo» el Tribunal de Justicia anticiparía en parte los requisitos que podrían surgir de la planeada adhesión de la Unión Europea al CEDH. Tal desarrollo no haría sino fortalecer el espíritu ya existente de cooperación y confianza mutua entre los dos tribunales. En tercer lugar, el artículo 18 TFUE sólo se podría esgrimir como un remedio subsidiario, confinado a situaciones en las que el Derecho nacional no lleva a cabo una adecuada protección de los derechos fundamentales. El Derecho de la UE tiene una extensa historia de concesión de protección de naturaleza subsidiaria. De este modo, los principios de efectividad y equivalencia, el derecho a la protección legal efectiva y el principio de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la UE son todos ellos herramientas que entran en juego sólo cuando las normas nacionales demuestran ser inadecuadas. Este requisito final sirve para mantener un equilibrio apropiado entre la autonomía del Estado miembro y el «efecto útil» del Derecho de la UE. Garantiza que la protección subsidiaria en virtud del Derecho de la UE complementa el Derecho nacional, más que imponerse a la fuerza sobre él».

⁵⁸⁴ En este particular, nos remitimos una vez más a las circunstancias de casos como Singh (Asunto C-370/90, The Queen/Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh), Carpenter (Asunto C-60/00, Mary Carpenter/ Secretary of State for the Home Department) y Zhu y Chen (Asunto C-200/02, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen/ Secretary of State for the Home Department).

subjetivos que limitan al legislador en una especie de normas de competencias negativas⁵⁸⁵, una importante característica que se pierde cuando los relacionamos sin más con las libertades encaminadas a la construcción de un sistema de libre comercio⁵⁸⁶.

Aunque se pueda entender que el debate político en el seno de la Unión Europea no responde al modelo clásico estatal⁵⁸⁷, no nos parece adecuado hablar del desarrollo de un proyecto europeo desde la diversidad, el pluralismo y la tolerancia si se prescinde de la función contramayoritaria de los derechos fundamentales.

Al fin de cuentas, el refuerzo del carácter democrático de la Unión Europea exigirá que los espacios políticos europeos sean en definitiva estructurados desde y para las alternativas⁵⁸⁸ y, para ello, consideramos sumamente relevante que los derechos fundamentales sean llamados, también a nivel europeo, a frenar eventuales excesos del proceso político en defensa de los intereses o las expectativas de las minorías.

2.5 – Los derechos fundamentales como garantía general frente al derecho del Estado como protección de la esencia del estatuto de ciudadanía: Los Asuntos Ruiz Zambrano y Rendón Marín

Ruiz Zambrano y su esposa, ambos nacionales colombianos, solicitaron asilo en Bélgica debido a la situación de guerra civil existente en Colombia. Las autoridades belgas les denegaron la concesión del estatuto de refugiado y se les ordenó que abandonaran el territorio belga. Mientras la pareja continuaba residiendo en Bélgica a la espera de la resolución de su solicitud de regularización de estancia, la esposa del Sr. Ruiz Zambrano dio a luz a dos hijos que adquirieron la nacionalidad belga⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Cfr. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II. op. cit.*, p. 25 y ss.

⁵⁸⁶ En este sentido, VON BOGDANDY, Armin, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, Trad. de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas, en AAVV (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, op. cit., pp. 575 y ss.

⁵⁸⁷ Al respecto, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «funciones esenciales» de su sistema jurisdiccional”, op. cit., pp. 252-253.

⁵⁸⁸ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Teoria da Constituição sem Direito Natural”, op. cit., p. 75.

⁵⁸⁹ Véase la Sentencia de 8 de marzo de 2011, Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEM).

Aunque no tenía permiso de trabajo, el señor Zambrano celebró un contrato laboral indefinido y a tiempo completo con una empresa establecida en Bélgica. Gracias a este empleo, en el momento del nacimiento de su primer hijo nacional belga disponía de recursos suficientes para poder mantenerle. Además, dicha actividad profesional generaba el pago de cotizaciones de seguridad social y de cotizaciones empresariales.

Posteriormente, el Sr. Ruiz Zambrano se encontró en varias ocasiones en situación de desempleo, lo que le condujo a presentar solicitudes de prestaciones por desempleo. Estas solicitudes le fueron denegadas porque, según las autoridades belgas, había sido incumplida la normativa belga relativa a la estancia de extranjeros y, de este modo, no tenía derecho a trabajar en Bélgica.

Por otra parte, la pareja presentó, en su condición de ascendientes de nacionales belgas, una solicitud de residencia permanente en Bélgica. No obstante, las autoridades belgas desestimaron esta solicitud, por considerar que el señor Zambrano y su esposa habían omitido intencionadamente realizar los trámites necesarios ante las autoridades colombianas para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana de sus hijos, y ello precisamente con el objeto de regularizar su propia estancia en el país.

Al considerar, en particular, que siendo ascendiente de menores belgas, debía poder residir y trabajar en Bélgica, el señor Zambrano recurrió ante los tribunales las resoluciones por las que se desestimaron la solicitud de residencia permanente y el pago de prestaciones por desempleo. En el marco de este litigio, el tribunal competente belga planteó las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia para saber si el señor Zambrano podía residir y trabajar en Bélgica sobre la base del Derecho de la Unión en razón de la condición de ciudadanos europeos de sus hijos, con independencia de que éstos no hubiesen ejercido previamente su derecho de libre circulación en el territorio de los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia recordó que si bien la regulación de los requisitos de adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro es competencia de dicho Estado, los hijos del señor Zambrano nacidos en Bélgica poseen la nacionalidad belga y, por lo tanto, se benefician de manera incontestable del estatuto de ciudadano de la Unión que les confiere el art. 20 del TFUE.

A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró que la denegación del permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, tendría como consecuencia que estos menores se viesen obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concedía un permiso de trabajo a sus progenitores, éstos corrían el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendría también como consecuencia que sus hijos menores, ciudadanos de la Unión, se viesen igualmente obligados a abandonar el territorio de ésta.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro deniegue, por un lado, a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, conceder un permiso de trabajo a dicho nacional de un Estado tercero, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.

Por otra parte, hallamos la situación del señor Rendón Marín, nacional colombiano, padre de dos hijos menores de edad, un hijo de nacionalidad española, y una hija de nacionalidad polaca, ambos nacidos en España y donde el hijo siempre había vivido sin haber ejercido previamente el derecho de circular y residir en el territorio de la Unión Europea. El señor Rendón Marín, pese a que había obtenido la guarda y custodia exclusiva de sus hijos, recibió una notificación de denegación de autorización de residencia y la respectiva decisión de expulsión por parte de las autoridades del Estado miembro de acogida debido a la existencia de antecedentes penales⁵⁹⁰.

Contra dicha resolución el señor Rendón Marín interpuso un recurso, que fue desestimado, dándose inicio a una petición de casación contra la mencionada sentencia ante el Tribunal Supremo español sobre la base de la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia en la materia, en la medida en que su salida forzosa del territorio español

⁵⁹⁰ Véase la Sentencia de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14, Alfredo Rendón Marín/Administración del Estado.

implicaría la salida del territorio de la Unión Europea de sus dos hijos, ciudadanos europeos, menores de edad, que dependen de él exclusivamente.

En consecuencia, el Tribunal Supremo español decidió suspender el procedimiento principal y plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia: *“¿Es compatible con el artículo 20 [TFUE], interpretado a la luz de las sentencias de 19 de octubre de 2004 [Zhu y Chen (C-200/02, EU:C:2004:639)] y [de] 8 de marzo de 2011 [Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124)], una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor?”*.

El Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que, de manera automática, exige la denegación de una autorización de residencia o la expulsión de un nacional de un país no miembro de la Unión Europea que tiene la guarda exclusiva de un ciudadano europeo, de corta edad, debido únicamente a que dicho nacional tiene antecedentes penales, cuando dicha denegación o dicha expulsión obligue al menor a abandonar el territorio de la Unión.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señaló que la Directiva sobre la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias se aplica a los ciudadanos europeos y a los miembros de sus familias que se trasladen a otro Estado miembro, o residan en un Estado miembro distinto del Estado del que tengan la nacionalidad. Por consiguiente, esa Directiva se aplicaría a la situación del señor Rendón Marín y su hija de nacionalidad polaca, pero no a la de su hijo de nacionalidad española, de modo que sólo el señor Rendón Marín y su hija polaca podrían beneficiarse de un derecho de residencia en virtud de la Directiva.

A continuación, el Tribunal de Justicia indicó que los Tratados constitutivos confieren a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro el estatuto de ciudadano de la Unión. En virtud de ese estatuto, todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Así que el Tribunal de Justicia estimó que el hijo del Sr. Rendón Marín, ciudadano de la Unión

Europea, que siempre había residido en su país de nacimiento, podía acogerse a tal derecho.

En este contexto, el Tribunal de Justicia también precisó que el art. 20 del TFUE se opone a cualquier medida nacional que pueda privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano europeo, y que se produce una privación de esta índole cuando la denegación de un permiso de residencia a un nacional de un país no miembro de la Unión Europea o su expulsión tienen por efecto obligar a su hijo, ciudadano europeo, del que tiene la guarda exclusiva, a acompañarlo y, por consiguiente, a abandonar el territorio de la Unión Europea.

No obstante, el Tribunal de Justicia puntualiza que el estatuto de ciudadano de la Unión Europea no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros justifiquen una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea o de los miembros de sus familias, con independencia de que ese derecho se ejerza en virtud de la Directiva o directamente del Tratado, dirigida al mantenimiento del orden público o a la salvaguardia de la seguridad pública.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia establece que tal excepción, que debe ser objeto de interpretación estricta, ha de ser analizada a luz del principio de proporcionalidad y del interés superior del menor para que, basándose en la conducta personal del interesado, se pueda determinar si éste representa una amenaza real, actual y suficientemente grave para la sociedad del Estado miembro de acogida.

Para apreciar si esta excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de su familia es conforme con el principio de proporcionalidad, es preciso tomar, por lo tanto, en consideración determinados criterios, en particular, la conducta personal del individuo de que se trate, la duración y legalidad de la residencia del interesado en el territorio del Estado miembro en cuestión, la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida, el grado de peligrosidad actual del interesado para la sociedad, la edad de los niños de que se trate y su estado de salud, así como su situación familiar y económica.

Habida cuenta de todas estas consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que se opone a una

normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia de un tercer Estado a un progenitor de hijos menores que son ciudadanos europeos, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos a abandonar el territorio de la Unión Europea.

Así pues, el Tribunal de Justicia, en la línea jurisprudencial desarrollada desde el Asunto Ruiz Zambrano, encuentra en la ciudadanía europea el punto de conexión necesario entre la relación jurídica nacional y el Derecho de la Unión, de modo que, en situaciones en que la normativa nacional tenga como efecto privar a los ciudadanos de la Unión Europea del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadanía definido en los Tratados constitutivos, aunque no haya sido previamente ejercido el derecho a la libre circulación y residencia entre los Estados miembros de la Unión, ya no se tratará de un asunto meramente interno, con lo que el Derecho estatal tendrá que ser interpretado y aplicado necesariamente conforme al Derecho de la Unión.

Pese a no ser aplicable el Derecho secundario de la Unión en el caso concreto, es decir, pese a no tratarse de la aplicación y/o implementación del Derecho de la Unión a efectos del art. 51.1 de la Carta, la ciudadanía europea surgía, pues, como fundamento de control de una medida nacional en aras de proteger los derechos fundamentales los ciudadanos de la Unión y, por lo tanto, como garantía general frente al Derecho estatal en la ausencia de un previo desplazamiento entre los Estados miembros de la Unión Europea.

De esta manera, cabe preguntarnos si, con tal evolución jurisprudencial, la ciudadanía europea pasaría a irradiar sobre todos los planos de la vida de los nacionales de los Estados miembros como una verdadera “vis correctiva” de los actos estatales en su conjunto, siempre y cuando pudieran configurar una merma a la vocación de la ciudadanía de constituir el estatuto personal común de todo y cualquier ciudadano europeo no sólo en el Estado miembro de acogida, sino también en su propio Estado miembro.

¿Habría el Tribunal de Justicia alzado a la ciudadanía de la Unión en definitiva a la condición de un “mecanismo europeo de rescate para los derechos fundamentales”⁵⁹¹ sin que la efectiva protección de los individuos por la Unión Europea tuviera que depender de los tiempos propios de la iniciativa legislativa de las instituciones y de los procesos políticos desarrollados su seno⁵⁹²? ¿Habría el Tribunal de Justicia reconocido la ciudadanía europea como expresión máxima del “*civis europeus sum*”, del que nos hablaba el Abogado General F. G. Jacobs en sus Conclusiones en el Asunto Kontantidinis, para que cada ciudadano europeo pudiese beneficiarse en igualdad de condiciones de un código común de valores fundamentales que regirá todos los ámbitos de su vida personal y lo protegerá frente a arbitrariedades con independencia de cualquier consideración sobre la titularidad competencial de la medida discutida? ¿Habría, por fin, el Tribunal de Justicia asegurado a cualquier ciudadano europeo un *status* fundamental a tener derechos⁵⁹³ en cualquier parte de su territorio sin una relación directa con su condición de individuo estático o dinámico, de tal modo que se abre paso a la consolidación de un efectivo sentimiento de pertenencia postnacional?

Es cierto que la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de ciudadanía europea, cuyo *leading case* podría ser considerado el Asunto Rottmann⁵⁹⁴, demuestra que la posibilidad del Derecho de la Unión de conformar las normativas nacionales, aunque en ámbitos materiales de competencia exclusiva de los

⁵⁹¹ En este sentido, véanse la ponencia de apertura de Viviane Reding en el XXV Congreso de la FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen), en Tallinn, el 31 de mayo de 2012, disponible en «http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_en.htm», así como también VON BOGDANDY, Armin et al., “Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States”, en *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, pp. 489-520.

⁵⁹² Al respecto, véanse las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010, Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l’emploi.

⁵⁹³ Aquí nos referimos a la enseñanza de Hannah Arendt en el citado libro *Origens do totalitarismo. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*, Trad. Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012. Al respecto, véanse LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, y, desde una perspectiva europea, KOCHENOV, Dimitry, “The Right to have *What* Rights? EU Citizenship in need of clarification”, en *European Law Journal*, Vol. 19, núm. 4, julio de 2013, pp. 502-516.

⁵⁹⁴ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2010, Asunto C-135/08, Janko Rottmann/Freistaat Bayern. En tal oportunidad, el Tribunal de Justicia declaró que, habida cuenta de la importancia que el Derecho primario otorga al estatuto de ciudadano de la Unión, al examinar una decisión por la que se revoca la naturalización es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia en lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciudadano de la Unión y, de este modo, la situación analizada, aunque se tratara de la competencia de los Estados miembros en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad, debería ser considerada como comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión.

Estados miembros, no está supeditada a la existencia de un elemento transfronterizo, sino a la propia relevancia del estatuto de ciudadano de la Unión conferido por el art. 20 del TFUE.

De hecho, al considerar que toda y cualquier medida nacional, que tenga como efecto la privación de la esencia de los derechos reconocidos a un ciudadano europeo, está comprendida, por su naturaleza y consecuencias, en el ámbito del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia revela todo el potencial de los derechos fundamentales en la Unión Europea como efectiva salvaguardia de los bienes jurídicos esenciales que permitan a sus ciudadanos una vida digna en comunidad.

No obstante, aunque los casos analizados indican cómo la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea podría desplegar sus efectos en un ámbito competencial más amplio sin un necesario vínculo con el concepto de libre desplazamiento que supuso la conformación de una verdadera “ciudadanía de mercado”⁵⁹⁵ a nivel europeo, estos mismos casos revelan, por otro lado, que la idea de circulación en el territorio de la Unión Europea todavía se vincula a la ciudadanía europea como un propósito mayor, de modo que no podemos compartir del todo el entusiasmo de la doctrina que ha interpretado el actual posicionamiento del Tribunal de Justicia como un giro definitivo hacia una “ciudadanía republicana”⁵⁹⁶ en el seno de la Unión Europea.

No podemos negar que la posibilidad que se abre a los ciudadanos europeos de acceder al estándar europeo de protección por la vía de la ciudadanía cuando cualquier otro vínculo con el Derecho de la Unión se muestre poco evidente tiene la virtud de traer aparejado el germen de una teoría general de derechos fundamentales en la Unión Europea⁵⁹⁷, pero, para que pudiera efectivamente fructificar, tendríamos que sembrar en tierras más fértiles, pues, a la postre, todo parece girar en torno a la libertad de circulación y de residencia en el territorio de la Unión Europea.

⁵⁹⁵ Al respecto, véase, a modo de ejemplo, SHAW, Jo, “Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism”, en AAVV (Paul Graig y Gráinne de Búrca Eds.), *The Evolution of EU Law*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 575-609.

⁵⁹⁶ En este sentido, véase SILVEIRA, Alessandra, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais”, en AAVV (Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe Coord.), *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 40 y ss.

⁵⁹⁷ *Idem, Ibidem.*

En la concepción del Tribunal de Justicia, tal y como se puede ver más claramente en los Asuntos McCarthy⁵⁹⁸ y Dereci⁵⁹⁹, la protección de la esencia de los derechos derivados de la ciudadanía europea no está encaminada a tutelar a los individuos frente a situaciones que afecten a su dignidad y comprometan su bien estar personal, su integridad moral y/o su seguridad afectiva, como pueden ser las situaciones que conducen a la disolución del núcleo familiar y al trauma que la ausencia forzosa de un genitor podría causar, sino a garantizarles, en circunstancias muy específicas, que su futuro potencial desplazamiento entre los Estados miembros de la Unión no se verá impedido.

La violación del efecto útil de la ciudadanía de la Unión está estrechamente relacionada con la circunstancia de que el ciudadano europeo se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, de modo que, si la ausencia de un miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro no puede implicar tal consecuencia, estaremos ante una situación meramente interna para la que hay que encontrar respuestas únicamente en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de residencia del ciudadano europeo, que, de todos modos, como el propio Tribunal de Justicia señala, ha de ser orientado por el CEDH que reconoce en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar⁶⁰⁰.

De este modo, para el Tribunal de Justicia, el sólo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no le fuera concedido⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Véase la Sentencia de 5 de mayo de 2011, Asunto C-434/09, Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department.

⁵⁹⁹ Véase la Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Asunto C-256/11, Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké y Dragica Stevic/Bundesministerium für Inneres.

⁶⁰⁰ Véase la Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Asunto C-256/11, Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké y Dragica Stevic/Bundesministerium für Inneres.

⁶⁰¹ *Idem*.

En consecuencia, consideramos que, si la Unión Europea pretende confirmarse como una organización supranacional que no se limite sólo a establecer políticas y un marco legal conveniente y efectivo para el desarrollo de un mercado común, estará obligada a repensar la ciudadanía europea para conformarla a partir de una concepción más completa y articulada desde un punto de vista socio-político que suplante las limitaciones propias de las disposiciones orientadas al libre movimiento introducidas por el Tratado de Maastricht, las que, sin embargo, tras toda la evolución de la Unión Europea desde entonces, todavía constituyen la esencia de los derechos derivados del estatuto personal de la ciudadanía europea⁶⁰². De lo contrario, estos derechos, igualmente fundamentales a tenor del título V de la Carta, no estarían orientados a construir verdaderos lazos de solidaridad cívica, ni de cohesión social entre los miembros de la Unión Europea en cuanto comunidad constitucional en construcción y, por lo tanto, no serían considerados aptos para desplegar efectos importantes dirigidos a una integración social en términos smendianos.

No obstante, interesa señalar que, tal y como ha manifestado académicamente algún miembro del propio Tribunal de Justicia, la Carta, a tenor del art. 52.2⁶⁰³, no está llamada a remplazar el *acquis* comunitario en relación con los derechos reconocidos directamente por disposiciones de los Tratados fundacionales. Así que los derechos fundamentales no son considerados relevantes para el propósito de determinar el ámbito de protección de la ciudadanía europea y, por lo tanto, para definir el alcance del “efecto de privación” de una medida nacional sobre la esencia de los derechos reconocidos a un ciudadano europeo, de la misma manera que se entiende que el Tribunal de Justicia carecería de jurisdicción para controlar la compatibilidad del Derecho primario de la Unión con los derechos fundamentales, aunque el respeto a ellos constituya un valor fundamental de la Unión Europea y pueda ser interpretado como un

⁶⁰² En este sentido, véase SHAW, Jo, “Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism”, en AAVV (Paul Graig y Gráinne de Búrca Eds.), *The Evolution of EU Law*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 575-609.

⁶⁰³ Artículo 52

Alcance e interpretación de los derechos y principios

[...]

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

meta-principio de interpretación del Derecho de la Unión en su conjunto⁶⁰⁴.

Por otra parte, como subraya el propio Tribunal de Justicia, esto no prejuzga la cuestión de si existen otros fundamentos, en especial los relacionados con el derecho a la protección de la vida familiar, que se oponen a que se deniegue al derecho de residencia, los que, no obstante, han de ser tratados en el marco jurídico apropiado de la Carta y en función de su régimen de aplicabilidad respectivo⁶⁰⁵.

En este contexto, el Tribunal de Justicia observa que las disposiciones de la Carta, en virtud de su art. 51.1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Así, en situaciones como las analizadas en el Asunto Ruiz Zambrano, el TJUE deja entrever que no cabría un posicionamiento desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, sino únicamente desde el estatuto de ciudadanía establecido en el art. 20 del TFUE, entendimiento nos parece muy discutible porque aplicar el citado art. 20 es aplicar el Derecho de la Unión, lo que, por lo tanto, debe suponer la aplicación de la Carta.

Sobre este aspecto, cabe subrayar la diferencia de trato que los ciudadanos estáticos sufren respecto a los ciudadanos de la Unión que han ejercido el derecho de libre circulación, de modo que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea se estructuraría a partir de una evidente quiebra de equidad, pues, en circunstancias análogas, la tutela concedida por la Unión Europea variará por el mero hecho de que el ciudadano no haya optado, o incluso, no haya tenido la oportunidad de desplazarse a largo plazo en el territorio europeo y fijar su residencia en otro Estado.

De esta manera, advertimos que los derechos fundamentales en la Unión Europea no estarían encaminados a proporcionar un trato igualitario entre los ciudadanos europeos y, por lo tanto, se mostrarían impedidos, en este ámbito, de desempeñar una

⁶⁰⁴ En este sentido, véase LENAERTS, Koen y GUTIÉRREZ-FONS, José Antonio, "The place of the Charter in the EU Constitutional Edifice", en AAVV (Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner y Angela Ward Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, op. cit.*, pp. 1571 y ss. Al respecto, véase igualmente KOKOTT, Julianne y SOBOTTA, Christoph, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon", EUI Working Papers, AEL 2010/6, disponible en «http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/15208/AEL_WP_2010_06.pdf?sequence=3&isAllowed=y», según quien "las disposiciones que no sean de carácter constitucional se interpretarían de conformidad con las disposiciones constitucionales, como los derechos fundamentales. Por el contrario, no es previsible y es difícil imaginar que el Tribunal de Justicia anule disposiciones no-constitucionales de los Tratados fundacionales debido a conflictos con los principios constitucionales básicos".

⁶⁰⁵ Véase la Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Asunto C-256/11, Murat Dereci y otros.

importante función de no discriminación tal y como hemos señalado en el capítulo primero del presente estudio, pues, desde esta perspectiva, no estarían en condiciones de garantizar la libertad del individuo a ser diferente bajo las mismas condiciones de oportunidad y respeto de otras personas que han decidido desplazarse, a la vez que podrían convertirse en elementos de segregación simplemente porque el individuo no se ajusta a unos patrones de movilidad preestablecidos.

En otro orden de cosas, debemos señalar que la ciudadanía social, como la propia concepción general en torno a la ciudadanía europea, se resiente, por un lado, de las claras contradicciones existentes en el proceso de evolución de la Unión Europea entre el proyecto económico inicial y su estructuración como comunidad constitucional que sitúa a la persona en el centro de su actuación y, por otro, de las continuas idas y venidas del proceso de integración para la necesaria acomodación del reparto competencial entre Unión y Estados miembros. De esta manera, también en esta vertiente, la ciudadanía no se revela del todo apta para establecer un trato igualitario entre los ciudadanos europeos y la salvaguardia de un estándar mínimo de derechos sociales en cualquier parte del territorio de la Unión en aras a establecer los niveles necesarios para la solidaridad cívica y cohesión social a las que nos referíamos antes, sobre todo teniendo en cuenta la última evolución jurisprudencial en la materia, de la cual sobresalen los Asuntos Dano y Alimanovic⁶⁰⁶.

Ahora bien, es importante señalar que, en circunstancias en las que se hace más evidente la aplicación del Derecho de la Unión, como era específicamente la situación en el Asunto Rendón Marín, por lo menos con relación a su hija, de nacionalidad polaca, que estaría regida por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia

⁶⁰⁶ Véanse las Sentencias de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13, Elisabeta Dano y Florin Dano/Jobcenter Leipzig, y de 15 de septiembre de 2015, Asunto C-67/14, Jobcenter Berlin Neukölln/Nazifa Alimanovic y otros. En los referidos casos, como hemos tenido la oportunidad de subrayar en el capítulo primero del estudio, el Tribunal de Justicia deja entrever una tendencia algo preocupante, como reflejo de la propia crisis económica que se vive de forma más evidente desde 2008, de la casi equiparación de la situación de los ciudadanos inactivos económicamente de la Unión Europea a la de los inmigrantes de terceros Estados en materia de concesión de prestaciones y beneficios sociales de carácter no contributivo. Sobre el tema, véase, a modo de ejemplo, RODRIGUES CANOTILHO, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

menciona la protección del derecho a la vida privada y familiar a tenor del art. 7 de la Carta, así como la necesidad de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el art. 24.2 de la Carta, lo que, a nuestro parecer, no ha implicado una alteración sustancial en el análisis del caso por el Tribunal de Justicia, que también en tal situación optó por una tutela mediata de un derecho fundamental en concreto por la vía de la libertad de circulación y residencia en otro Estado miembro recogida en el art. 21 del TFUE.

Cabría esperar del Tribunal de Justicia lanzase de forma consistente, aunque en la forma de *obiter dicta*, consideraciones acerca del marco jurídico de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales y sobre cómo operaría la protección del derecho a la vida familiar en los supuestos de hecho que se enmarcan en el ámbito de aplicación de lo dispuesto en el art. 51.1 para que el Tribunal termine por hacer uso de la potencialidad de este instrumento y asuma su verdadera condición de jurisdicción de derechos.

Es cierto que el Tribunal de Justicia, en su *ratio decidendi* en el Asunto Rendón Marín al proponer al Tribunal de origen un análisis de la proporcionalidad de la medida nacional a partir de parámetros concretos para la debida ponderación entre los objetivos buscados con el orden de expulsión y los demás intereses en juego, en especial el interés superior del menor, sigue la senda de la jurisprudencia dictada por el TEDH en materia del derecho a la vida privada y familiar⁶⁰⁷.

Así pues, aunque por la vía indirecta del escrutinio de una restricción de la libertad de circulación y residencia de un ciudadano europeo, menor de edad, el Tribunal de Justicia acaba por proteger suficientemente al individuo frente a una posible arbitrariedad de los Estados miembros en un ámbito de actuación tan sensible como constituyen los temas de extranjería. No obstante, sería bastante saludable que el Tribunal de Justicia, incluso con el interés de reforzar la propia legitimidad de sus fallos, estructurase estos en torno a la Carta y a la protección jurídica superior que se debe reconocer a los derechos fundamentales, y también con relación al recurso al CEDH

⁶⁰⁷ Véanse, a modo de ejemplo, las Sentencias de 18 de octubre de 2006, Asunto Üner c. los Países Bajos; de 6 de diciembre de 2007, Asunto Chair y J. B. c. Alemania; y de 28 de junio de 2007, Asunto Kaya c. Alemania.

como importante elemento interpretativo de sus fundamentaciones, a la luz de la propia cláusula horizontal del art. 52.3 de la Carta.

Una comprensión sistémica del Derecho de la Unión, en una tarea de concordancia práctica de los derechos reconocidos en los Tratados fundacionales con las disposiciones de la Carta, constituiría un paso importante para que los derechos fundamentales sean conducidos a una posición central del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, consagrándolos, en definitiva, como la base y el punto de partida de cualquier discusión en una comunidad que se proclama de Derecho.

De todos modos, no podemos dejar de reconocer que el reciente posicionamiento del Tribunal de Justicia en el Asunto Chávez-Vílchez⁶⁰⁸ podría revelar una posible tendencia en este sentido al concluir que el interés superior del menor constituye aspecto fundamental a la hora de determinar cómo la ausencia de uno de los progenitores del territorio de la Unión puede afectar la esencia del estatuto de la ciudadanía europea.

La petición de decisión prejudicial en cuestión había sido presentada en el marco de una serie de litigios entre, por una parte, la señora H.C. Chávez-Vílchez y otras siete nacionales de países terceros, madres de uno o de varios hijos menores de edad de nacionalidad neerlandesa, de los que asumen el cuidado diario y efectivo, y, en la otra parte, las autoridades competentes neerlandesas, en relación con la denegación de sus solicitudes de prestación de asistencia social y de prestaciones familiares por no disponer del derecho de residencia en los Países Bajos.

Conviene señalar que el Gobierno neerlandés se manifestó en el sentido de que la jurisprudencia establecida en el Asunto Ruiz Zambrano debía ser entendida de modo restrictivo y, por lo tanto, consideraba que sólo sería aplicable en situaciones en las que el padre, conforme a criterios objetivos, no puede hacerse cargo del menor porque, por ejemplo, está en prisión, ingresado en una institución especializada o en un hospital, o ha fallecido. Fuera de estas situaciones, como sería el caso de la señora H.C. Chávez-Vílchez, el progenitor nacional de un país tercero debería probar de manera convincente

⁶⁰⁸ Véase la Sentencia de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15, H.C. Chávez-Vílchez y otros/Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank, College van burgemeester en wethouders van de gemeente Arnhem y otros.

que el padre no está en condiciones de hacerse cargo del hijo, ni siquiera con la ayuda, en su caso, de terceros.

El Tribunal de Justicia entendió que la situación del menor, ciudadano de la Unión, y de su ascendiente, nacional de un tercer país, no debería ser examinada a la luz de la citada Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sino del derecho derivado directamente del artículo 20 del TFUE, lo que, no obstante, no le ha impedido, como en otras circunstancias, instar a las autoridades competentes a tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, a su vez, debería ser interpretado en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el art. 24.2 también de la Carta.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pudo experimentar un verdadero salto cualitativo en comparación con los citados Asuntos McCarthy o Dereci, en la medida que señaló que, a efectos de la apreciación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que el artículo 20 del TFUE confiere al menor, la circunstancia de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello constituye un elemento pertinente, pero no suficiente por sí mismo para poder declarar que no existe entre el progenitor de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión si a ese nacional de un país tercero se le denegase el derecho de residencia. Y subrayó el Tribunal de Justicia:

“En efecto, una declaración de esas características debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del

*riesgo que separarlo de éste entrañaría para el equilibrio del menor.*⁶⁰⁹”

Así pues, se ha podido atestiguar un incremento en la tutela de los derechos derivados de la ciudadanía europea con un enfoque más humanista proporcionado por la propia aplicación de la Carta. No obstante, se puede concluir que se ha avanzado poco en el concepto mismo de ciudadanía, en la medida en que para el Tribunal de Justicia, finalmente, lo importante es preservar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, es decir, garantizar la permanencia del ciudadano europeo no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto para que le sea asegurado el ejercicio futuro de las libertades de circulación y residencia. Por lo tanto, el ciudadano de la Unión no es visto, en definitiva, como un ciudadano social, sino todavía como un ciudadano del mercado⁶¹⁰.

En este contexto, es importante comentar algunos aspectos sobre la relación entre ciudadanía europea y derechos fundamentales a partir del análisis llevado a cabo de la materia por el Tribunal de Justicia en el Asunto Delvigne⁶¹¹.

La sentencia en el citado caso pone de manifiesto el enfoque ya habitual del Tribunal de Justicia de una menor intervención de las medidas nacionales en relación con los actos de la Unión Europea. Como consecuencia de esto el control de la proporcionalidad, tal y como hemos señalado en el capítulo segundo de este estudio, sufre modulaciones en razón de los destinatarios de las normas de derechos fundamentales, lo que, a nuestro modo de ver, sería una postura digna de críticas, pues la intensidad del escrutinio tendría que relacionarse más bien con el grado de injerencia y/o violación del derecho fundamental que, en la situación en cuestión, podría ser considerada lo suficiente grave como para justificar un posible giro jurisprudencial. Llegados a este punto nos interesa subrayar la concepción de la ciudadanía europea

⁶⁰⁹ Véase la Sentencia de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15, H.C. Chávez-Vílchez y otros/Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank, College van burgemeester en wethouders van de gemeente Arnhem y otros.

⁶¹⁰ En este sentido, véase KANALAM, Ibrahim, “Der EuGH in H.C. Chavez-Vilchez: Abgeleitetes Aufenthaltsrechts aus der Unionsbürgerschaft und die Bedeutung des Kindeswohl”, disponible en «<http://verfassungsblog.de/der-eugh-in-h-c-chavez-vilchez-abgeleitetes-aufenthaltsrecht-aus-der-unionsbuergerschaft-und-die-bedeutung-des-kindeswohls/>».

⁶¹¹ Véase la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Asunto C-650/13, Thierry Delvigne/Commune de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde.

como un elemento potenciador de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Veamos los hechos del caso. En 1988, se impuso al señor Thierry Delvigne, de nacionalidad francesa, una condena penal firme por la comisión de un delito grave en Francia. En virtud de las disposiciones penales en vigor en aquel momento, se vio privado, automáticamente y a perpetuidad, de sus derechos cívicos. A pesar de la reforma del Código Penal operada en 1994, se mantuvo la privación de los derechos cívicos, dado que derivaba de una sentencia condenatoria que había adquirido firmeza antes de que entrase en vigor el nuevo Código Penal. Por tanto, el Sr. Devilgne ya no podía votar en Francia, ni siquiera en las elecciones al Parlamento Europeo. En el marco de la impugnación del mantenimiento de esta prohibición, el tribunal francés planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre si, teniendo en cuenta el derecho de sufragio activo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones al Parlamento Europeo, un Estado miembro puede establecer la privación general, indefinida y automática de los derechos civiles y políticos en un caso como el del señor Delvigne.

Como bien observa el Abogado General Pedro Cruz Villalón, la situación del señor Delvigne exige reflexionar si, como ciudadano de la Unión, la normativa nacional aplicada es compatible con un derecho fundamental reconocido en la Carta a todos los ciudadanos europeos aun en el caso de que hayan de ejercerlo en el Estado miembro de su nacionalidad⁶¹². Así que no se trata de vincular la medida estatal a un previo o futuro desplazamiento en el territorio de la Unión Europea, sino directamente a la tutela de un derecho fundamental recogido en la Carta en un importante proceso que, en el segundo capítulo de este estudio, llamábamos de autonomización de los derechos fundamentales frente a las libertades fundamentales.

De este modo, la ciudadanía política parece surgir como el cauce más firme, o quizá como el verdadero “punto de Arquímedes”⁶¹³, para la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea en materia de ciudadanía europea sin las

⁶¹² Véanse las Conclusiones presentadas el 4 de junio de 2015 en el Asunto C- 650/13, Thierry Delvigne/Commune de Lesparre Médoc Préfet de la Gironde.

⁶¹³ Al respecto, véase SILVEIRA, Alessandra, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais”, en AAVV (Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe Coord.), *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 67 y ss.

consecuentes desventajas y limitaciones propias de una concepción orientada al libre movimiento entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Ahora bien, pese a que la ciudadanía europea pueda, a partir del Asunto Delvigne, convertirse en un estatuto político verdaderamente supranacional, con el reconocimiento, a tenor del art. 39.2 de la Carta⁶¹⁴, de un derecho general y autónomo a participar en la vida democrática de la Unión Europea, sin la necesidad de vincularla a la idea de movilidad tan presente en el art. 22 del TFUE⁶¹⁵, la respuesta final del Tribunal de Justicia, quizá motivada por la propia sensibilidad de la cuestión en algunos Estados miembros, ha demostrado un tibio compromiso con la tutela de un derecho fundamental de suma importancia, como es el del sufragio activo, que permite que los individuos se integren activamente en una comunidad política y que pasen a estar moralmente ligados a ella, tal y como nos decía RUDOLF SMEND al confrontar la imagen antropológica del hombre como ciudadano (Burger) o mero “bourgeois”⁶¹⁶.

Al fin de cuentas, el Tribunal de Justicia ha concluido que se podría interpretar como proporcionada la privación de Derecho de los derechos políticos de una persona condenada penalmente si se aplicara a determinadas infracciones suficientemente diferenciadas – en el caso en análisis se trataba de una condena a 12 años por el delito de asesinato – y cupiera la posibilidad de su revisión, y que debería entenderse que tal

⁶¹⁴ Artículo 39

Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

2. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto.

⁶¹⁵ Artículo 22

1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 223 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.

⁶¹⁶ Al respecto, véase *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

privación, aunque revestida de un carácter perpetuo, respetaría el contenido esencial del derecho de sufragio activo consagrado en el artículo 39, apartado 2, de la Carta, en la medida en que esta limitación no ponía en entredicho el referido derecho como tal.

El Tribunal de Justicia deduce de ello que es posible mantener la prohibición de votar en las elecciones al Parlamento Europeo, dado que la medida nacional objeto de control toma en consideración la naturaleza y la gravedad del delito cometido y la duración de la pena.

Por lo tanto, el posicionamiento final del Tribunal de Justicia nos parece una peligrosa subversión de la doctrina de los límites de los límites al ejercicio en concreto de un derecho fundamental y sobre todo una concepción equivocada de la garantía del contenido esencial, pues, desde la teoría general de los derechos fundamentales, entendemos que no se podría llegar a otra conclusión que la de considerar una limitación de por vida y no temporalmente definida del derecho al sufragio activo como una verdadera supresión, para parte de la sociedad, de la posibilidad de participación en la formación de la voluntad política de la comunidad que integra.

Además, cabría también una última indagación sobre cómo conciliar todo esto con la dignidad humana de las personas que hayan cumplido íntegramente las penas de prisión a que fueron condenadas y con el objetivo cada vez más importante de la readaptación social y la rehabilitación personal en los sistemas de justicia penal, en la medida en que las disposiciones de una legislación nacional que permiten la supresión del derecho al sufragio activo indistintamente a todos los condenados a una pena privativa de libertad comprendida entre los cinco años, y la reclusión perpetua estaría más bien encaminada a un verdadero proceso de desocialización del penado en prisión.

3 – LA (APARENTE) PARADOJA DETRÁS DE LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: ENTRE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La evolución de los derechos fundamentales en la Unión Europea, como un reflejo de una relación dialéctica con los propios avances y retrocesos del proceso de integración, se equilibra entre un intento de tutelar a los individuos ante la actuación de los poderes públicos europeos y de aplacar las desconfianzas hacia el proyecto europeo, y, por otra parte, exige un esfuerzo continuo para preservar la supervivencia sistémica del orden jurídico europeo y afirmar en todo momento la autonomía del Derecho de la Unión frente a los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro.

El espacio jurídico europeo, dividido entre la primacía del Derecho de la Unión y la supremacía de las Constituciones nacionales y las concepciones que cada uno de los actores de esta comunidad política en construcción – por un lado, la Unión Europea y Tribunal de Justicia, y, por otro, los Estados miembros y respectivos Tribunales Constitucionales – tienen sobre su alcance y significado, sigue conformándose a través de un tenso juego de acción-reacción que acaba por dar forma a la propia protección de los derechos fundamentales y atribuirle un sentido distinto de lo observado a lo largo de la formación y evolución de los derechos fundamentales en el seno de los Estados.

La tutela de los derechos fundamentales, tal y como hemos señalado en el capítulo segundo del presente estudio, ha sido concebida como un verdadero presupuesto funcional de los principios estructurales de la primacía y de la eficacia directa del Derecho comunitario, que dotándoles de cierto contenido materialmente constitucional, podría constituir una respuesta convincente a los Tribunales Constitucionales nacionales ante las desconfianzas de que existirían posibles márgenes de inmunidad jurídica del poder que se formaba a nivel supranacional.

Así pues, más que principios orientadores del orden jurídico sustantivo que se construía en la Unión Europea y/o elementos centrales para la ordenación y limitación del poder supranacional en garantía de los derechos de los individuos, la protección de los derechos fundamentales ha sido estructurada al servicio de la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que, con el potente mensaje simbólico que

transmitía, cohibía las pretensiones de los Estados miembros de controlar el Derecho de la Unión según visiones aisladas de sus normas y principios constitucionales internos, lo que mermaría la aplicación preferente de las fuentes de la Unión y, a la postre, la voluntad real del legislador europeo, así como la propia finalidad que persigue.

Ahora bien, del estudio que hemos realizado en la segunda parte del presente capítulo, se puede desprender que el hilo conductor de los casos de derechos fundamentales decididos por el Tribunal de Justicia sigue siendo buscar la acomodación de los espacios competenciales entre la Unión y los Estados miembros, de modo que la cuestión federal subyacente al marco político indefinido que hallamos a nivel supranacional y, por lo tanto, la interconstitucionalidad normativa, cuestión que ya hemos abordado en la primera parte de este capítulo, marcan fuertemente la manera como se estructuran los debates sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea.

En este contexto, predomina el discurso en favor de la primacía, como se puede percibir con más claridad en la Sentencia Kadi II⁶¹⁷, en la que el Tribunal de Justicia ha proclamado la plena autonomía del Derecho de la Unión, en una suerte de clásico dualismo, también respecto al Derecho internacional, o bien, de una forma quizá más velada, en el Asunto Ruiz Zambrano⁶¹⁸ en el que se reconoce un derecho autónomo de residencia en razón de la ciudadanía europea que ha provocado un colapso en la división competencial entre la Unión y los Estados miembros en materia de extranjería⁶¹⁹.

Como elemento coadyuvante surgen las propias libertades fundamentales bien sea para establecer, en una posible concepción invertida de los límites de los límites (Schranken-Schranken), su posición frente al ejercicio de los derechos fundamentales que había sido reconocido según el contenido y alcance definido por los ordenamientos nacionales, o bien para permitir una progresiva influencia del Derecho de la Unión al

⁶¹⁷ Véase la Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión.

⁶¹⁸ Véase la Sentencia de 8 de marzo de 2011, Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEM).

⁶¹⁹ Para una lectura conjunta de la Saga Kadi con el Asunto Ruiz Zambrano como hitos paralelos en el proceso de identificación de la autonomía del Derecho de la Unión con un conjunto de valores compartidos, véase MARTINICO, Giuseppe, "La autonomía del Derecho de la Unión Europea: una celebración conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos", en *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 119, junio de 2016, pp. 41-53.

margen de las competencias cedidas por los Estados miembros en el caso de que las medidas nacionales tuviesen como efecto último un obstáculo y/o desaliento de la libre circulación de los factores productivos o de las personas en su condición de ciudadanos europeos, tal y como se puede ver en los Asuntos Schmidberger⁶²⁰, García Avello⁶²¹ y Rendón Marín⁶²².

Además, resulta llamativo que, pasados ya casi 50 años del Asunto Stauder⁶²³, en el que el Tribunal de Justicia por primera vez asumió la función de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, la primacía del Derecho de la Unión todavía constituya la idea conductora de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

En el citado Asunto Siragusa⁶²⁴, decidido en 2014, el Tribunal de Justicia llamó la atención para que se tuviese en cuenta el objetivo de protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, que es procurar que esos derechos no sean vulnerados en los ámbitos de las actividades de la Unión Europea, bien sea por la acción de sus instituciones u órganos, o bien al aplicar los Estados miembros el Derecho de la Unión. No obstante, el Tribunal de Justicia, basándose en una referencia expresa a la jurisprudencia desarrollada en los años 70 en el Asunto Internationale Handelsgesellschaft⁶²⁵, señaló que tal protección tiene como motivación mayor la necesidad de evitar que una protección de los derechos fundamentales según los distintos Derechos nacionales afectara a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

En este sentido, podríamos concluir que, si de la resolución del caso analizado no se deduce que ese riesgo concurra, es decir, si el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional no tiene por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho

⁶²⁰ Véase la Sentencia de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich.

⁶²¹ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos Garcia Avello/État Belge.

⁶²² Véase la Sentencia de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14, Alfredo Rendón Marín/Administración del Estado.

⁶²³ Véase la Sentencia de 12 noviembre de 1969, Asunto 29/69, Erich Stauder/Ciudad de Ulm, Sozialamt.

⁶²⁴ Véase la Sentencia de 6 de marzo de 2014, Asunto C-206/13, Cruciano Siragusa/Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo.

⁶²⁵ Véase la Sentencia de 17 de diciembre, Asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

de la Unión, el Tribunal de Justicia parece no mostrarse preocupado en proporcionar al individuo el acervo comunitario en materia de derechos fundamentales que podría marcar incluso un estándar mucho más elevado.

Por otra parte, en los supuestos en que el Tribunal de Justicia perciba una posibilidad más concreta de menoscabo a la autonomía del Derecho de la Unión más reveladora sería la protección a los derechos fundamentales aunque, para ello, tenga que construir conexiones tenues y/o hipotéticas con el Derecho de la Unión para justificar su control judicial.

En este contexto, la primacía del Derecho de la Unión, tal y como el Tribunal de Justicia la estructura en relación con la protección de los derechos fundamentales, podría revelar, en nuestra opinión, una imagen equivocada del papel que los derechos fundamentales son llamados a desempeñar en una comunidad política y, en última instancia, se muestra como un síntoma más de la descomposición de las garantías propias del Estado constitucional democrático de Derecho en todo el proceso de desbordamiento del orden jurídico-político estatal.

Desde esta perspectiva, se puede cuestionar si el TJUE, al resolver los casos de derechos fundamentales, tiene realmente presente que, además de ser instrumentos para dotar de sentido material a la primacía del Derecho de la Unión, los derechos fundamentales constituyen, conforme se observa claramente en el seno del constitucionalismo nacional, valores subyacentes al ordenamiento jurídico orientados a dotar de legitimidad al sistema político e institucional de la Unión Europea.

No abogamos aquí en contra de la primacía del Derecho de la Unión que, sin duda, constituye el principal elemento para dotar la Unión Europea de instrumentos jurídicos efectivos para afrontar más adecuadamente los retos que la globalización y la consecuente reordenación de las relaciones socioeconómicas plantean⁶²⁶. Sin embargo, no entendemos que tal principio, aunque pueda ser comprendido como un elemento relevante para la propia constitucionalización de la Unión Europea⁶²⁷, sea de por sí la

⁶²⁶ Al respecto, véase AGUILAR CALAHORRO, Augusto, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

⁶²⁷ En este sentido, GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio y MARTINICO, Giuseppe, “*La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia*”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 429-478.

premisa adecuada para sentar las bases de la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea en la medida que la dota de un incómodo sentido instrumental que busca garantizar el propio Derecho de la Unión.

De ahí que entendamos que es necesario un reequilibrio de la relación entre la primacía del Derecho de la Unión y la protección de los derechos fundamentales, tal y como todavía, hoy en día, la construye el Tribunal de Justicia, para que constituya, conforme señala AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO, la herramienta que favorece la invocación de los derechos de los ciudadanos frente la actuación de los poderes públicos estatales⁶²⁸, más que el fundamento último para conducir la interpretación de la Carta y, por ende, la determinación de los sentidos posibles para los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento europeo.

Si la primacía, juntamente con la eficacia directa, puede ser pensada, de algún modo, como la normatividad del Derecho de la Unión, debería ser entendida más bien como el cauce jurídico operativo para hacer real y efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales y, con ello, concretar el sustrato material para la legitimación de la actuación de la Unión Europea.

El principio de primacía debería, pues, constituir el fundamento que dotara de efectividad a las normas de derechos fundamentales en la Unión Europea para que, concediéndoles la debida fuerza jurídica y una posición superior frente a las demás fuentes del Derecho de la Unión, pudieran irradiar todos sus efectos en el orden jurídico europeo y conferir la protección adecuada a los individuos. Sólo así se podría reconocer a los derechos fundamentales, también a nivel de la Unión Europea, una fundamentalidad jurídica diferenciada que permita al individuo un verdadero empoderamiento jurídico frente a ese poder que se forma más allá de las fronteras estatales. De hecho, pensar en el Derecho de la Unión Europea sin el soporte de aplicación que le concede el principio de la primacía y de la eficacia directa sería, como señalan KOEN LENAERTS y TIM CORTHAUT, prometer una realidad que los ciudadanos

⁶²⁸ Véase *La dimensión constitucional del principio de primacía*, op. cit., pp. 197 y ss.

no pueden disfrutar en la práctica y que conllevaría la pérdida de credibilidad en el ordenamiento jurídico europeo, y en la razón de ser de la Unión Europea⁶²⁹.

De este modo, la primacía del Derecho de la Unión debería ser puesta al servicio de la protección de los derechos fundamentales para que la construcción de una Europa unida esté en definitiva orientada por un orden de valores compartidos, como es el que pone de manifiesto la propia Carta, pues no se puede perder de vista que los derechos fundamentales surgen para embridar, contener y comprometer a los poderes públicos y a la sociedad en torno a determinados patrones axiológicos en favor de los individuos.

De lo contrario, la garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea podría constituir una versión renovada del caballo de Troya que, llena del contenido humanístico y del alcance dogmático de que le dota la teoría general y el sistema europeo de derechos humanos, confunde a todos y al final se revela, no como un motor en la construcción de un orden político que tiene la “idea de sujeto”⁶³⁰ como fundamento, sino como un instrumento de afirmación de la autoridad de un ordenamiento jurídico y de la posición suprema de una instancia jurisdiccional dada.

Otra vertiente del discurso de la primacía puede verse, por ejemplo, en el Asunto Melloni⁶³¹ o, en otro orden de cosas, con el veto a la adhesión de la Unión Europea al CEDH⁶³² que demuestra como el Tribunal de Justicia busca consagrarse como instancia última para resolver las cuestiones de compatibilidad del ordenamiento de la Unión con los derechos fundamentales. En este sentido, el recurso a tal principio puede convertirse en un instrumento, a nuestro ver, preocupante, pues podría generar, como señala MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ, una dogmática propia de los derechos fundamentales separada, por un lado, de las tradiciones constitucionales comunes y, por otro, del CEDH⁶³³ como si la pretendida unidad jurídica europea pudiera ser alcanzada sin la concurrencia plural de todos los actores que componen el espacio interconstitucional

⁶²⁹ En este sentido, véase “Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law”, en *European Law Review*, Vol. 31, núm. 3, 2006, pp. 287-315.

⁶³⁰ Aquí nos remitimos a la obra de Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010.

⁶³¹ Véase la Sentencia de 26 de febrero de 2013, Asunto C- 399/11, Stefano Melloni/Ministerio Fiscal.

⁶³² Véase el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014.

⁶³³ En este sentido, véase el Prólogo al citado libro de Augusto Aguilar Calahorra *La dimensión constitucional del principio de primacía*.

europeo y la autonomía del Derecho de la Unión pudiera prescindir de la racionalización o de la propia legitimación que le concede el diálogo entre fuentes y tribunales.

Así pues, las discusiones de los derechos fundamentales en la Unión Europea revelan la intrincada relación entre los distintos ordenamientos que conforman la realidad jurídica europea y, en una búsqueda continua de acomodación de los espacios competenciales, aliada a la necesidad de afirmación de la primacía del Derecho de la Unión frente a la supremacía de las Constituciones nacionales, acaban por soslayar, en la mayoría de los casos, un examen a fondo de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la propia tutela del individuo directamente afectado.

En efecto, los casos de derechos fundamentales decididos por el Tribunal de Justicia, tal y como se puede deducir, verbigracia, de las sentencias anteriormente analizadas, así como de la citada jurisprudencia Melloni o del propio Dictamen 2/13, revelan las relaciones entre los ordenamientos en Europa como un problema abierto todavía en desarrollo, de modo que el debate en torno a la protección de los derechos fundamentales acaba por ser más una cuestión incidental que una pretensión central⁶³⁴.

De este modo, la protección de los derechos fundamentales se articula en la esfera de la atribución de competencias de los Estados miembros a la Unión Europea en la que la continua afirmación de la primacía del Derecho de la Unión Europea adquiere más importancia que la organización de los poderes en garantía de los derechos para la consecución de valores superiores, como es la dignidad humana, y que la promoción de una justicia material entre los ciudadanos europeos. Esta circunstancia, unida al poco esfuerzo argumentativo del Tribunal de Justicia para dotar de sistematicidad conceptos importantes de la dogmática de los derechos fundamentales, así como al propio enfoque de formulación que no permite una construcción debidamente estructurada de sus fallos, acaban por impedir la formación de una doctrina sólida sobre los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea.

A propósito de este tema, nos parece interesante destacar la idea de que sería más productivo para la integración constitucional de Europa dejar de preguntarnos quién ostenta la autoridad última para pasar a acoger el pluralismo constitucional como

⁶³⁴ Al respecto, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las «funciones esenciales» de su sistema jurisdiccional”, *op. cit.*, p. 246.

una oportunidad de establecer una especie de “checks and balances” entre las diversas instituciones que intervienen en el ejercicio del poder público. En este sentido, AIDA TORRES PÉREZ observa que “por un lado, el constitucionalismo estatal puede contrarrestar la concentración de poder al nivel supranacional, e impulsar una mejor protección de derechos; por otro lado, el orden supranacional puede tener un papel correctivo sobre los excesos del poder estatal e impulsar políticas más inclusivas”⁶³⁵.

Sería, por lo tanto, una vía para hacer efectiva la integración europea como un proceso que, según enseña J. H. H. WEILER, pretende salvar las virtudes del Estado, a la vez que eliminar sus desventajas⁶³⁶.

Por lo tanto, debemos plantearnos cuál sería el camino metodológico más adecuado para la integración de los ordenamientos autónomos que, en el contexto de interconstitucionalidad antes mencionado, se presentan como realidades normativas compuestas. Todo esto con la finalidad de proporcionar una debida protección a los individuos en la Unión Europea, a la vez que se abre paso a la construcción de un espacio compartido de derechos fundamentales en el seno europeo.

En línea con lo anterior, nos preguntamos qué alcance deberían tener el principio de primacía del Derecho de la Unión y la supremacía de las Constituciones nacionales y los contralímites en las controversias iusfundamentales en la Unión Europea para, que desde la interacción entre los niveles constitucionales del ordenamiento europeo, en cuanto constitucionales parciales en el sentido que plantea el maestro PETER HÄBERLE y de las que ya hablamos anteriormente, la protección de los derechos fundamentales en Europa sea una empresa verdaderamente discursiva que, a partir de las relaciones articuladas entre los diferentes niveles de tutela que las propias cláusulas horizontales de la Carta proponen, tenga un marco de referencia plural guiado por una interacción, y unas consideraciones e implicaciones recíprocas⁶³⁷.

⁶³⁵ Véase “En defensa del pluralismo constitucional”, en AAVV (Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Gurutz Jáuregui Bereciartu Coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 171 y ss.

⁶³⁶ Cfr. “Bread and circus: the state of European Union”, en *Columbia Journal of European Law*, Vol. 4, 1998, p. 223.

⁶³⁷ En este sentido, véase SCHILLACI, Angelo, “Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 9, núm. 17, enero-junio de 2012.

En definitiva, la construcción de un espacio europeo de derechos fundamentales opera a partir de la confluencia de distintos actores sociales y jurídicos. La autoridad de cada uno de ellos ya no se asienta en una relación jerárquica y de imposición, sino en una actitud de cooperación que exige, sobre todo, la toma de conciencia del agotamiento de un monopolio judicial en materia de derechos fundamentales.

Los Tribunales europeos, insertados en un contexto normativo mucho más amplio que el que les es propio, deben tener en cuenta las concepciones jurídicas de los demás sistemas de protección de derechos fundamentales existentes en Europa y, a partir de un diálogo de fuentes, construir sus fallos.

De esta manera, cabe destacar que la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea ha de manifestar la idea de una continuidad esencial entre el derecho constitucional estatal y el europeo, de modo que la aplicación e interpretación de la Carta deberá reflejar la propia interdependencia ordinamental existente entre los diferentes espacios constitucionales parciales.

La determinación del estándar concreto de protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea debe, por lo tanto, vislumbrarse desde la relatividad de los ordenamientos en Europa y, sobre todo, desde la lógica plural y dialógica del ordenamiento europeo. De ahí que se concluya que la aplicación de la CDFUE debería ser en realidad un instrumento para potenciar la comunicación entre las distintas Cortes de Justicia para que dándose esta interacción entre los distintos espacios constitucionales en Europa se pueda caminar hacia un verdadero Derecho Constitucional Europeo⁶³⁸.

Es, pues, en este contexto de intercambio y diálogo indispensables que incluimos los parámetros de interpretación y aplicación de las disposiciones horizontales de la CDFUE, en especial los artículos 52 y 53, que, a su vez, también deberán aplicarse teniendo presente que cada una de las jurisdicciones de derechos fundamentales cuenta con funciones específicas pero, al mismo tiempo, es necesariamente interdependiente de las demás.

⁶³⁸ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", *op. cit.*, pp. 7-23.

El constitucionalismo en Europa, como hemos observado en la primera parte del presente capítulo, se ha expandido más allá de las fronteras de los Estados. Los ordenamientos nacionales, desdoblados en múltiples ámbitos normativos también en el plano externo, han perdido la capacidad para ordenar por completo sus realidades jurídicas y sus respectivas normas fundamentales y se han convertido en constituciones parciales e incompletas⁶³⁹.

El orden constitucional, en cada Estado Miembro, así como también en esta entidad mayor que es Europa, hoy por hoy, es el resultado de las interacciones entre el derecho de la Unión y los derechos constitucionales nacionales, por lo que concluye FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN que “el Derecho constitucional europeo actual surge de la interacción dialéctica entre el Derecho constitucional interno y los elementos o factores constitucionales que ya están presentes en Europa pero que no conforman todavía una Constitución normativa”⁶⁴⁰.

Asimismo, hemos señalado que la protección de los derechos fundamentales en Europa también ha recibido influencias de estos cambios ordinamentales y, en consecuencia, se concreta, a través de sistemas estructurados en distintos niveles, cuyas respectivas instancias jurisdiccionales, en términos generales, actúan en un mismo espacio geográfico, aunque de acuerdo con distintas pautas competenciales, teniendo como destinatario a un mismo grupo de individuos, de modo que la práctica judicial en esta materia debe reflejar esta interconexión de ordenamientos, entre los que se incluye el orden internacional representado en particular por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, además de los nacionales y el de la Unión Europea.

Por otro lado, debemos subrayar que estos diferentes niveles normativos, de forma diferente a lo que se observa en sistemas claramente federales, no se encuentran verticalmente integrados conforme a criterios jerárquicos o según una regla de competencia que solvete en definitiva los problemas de relación entre estos ordenamientos.

⁶³⁹ En este sentido, véanse HÄBERLE, Peter, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 13, y BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “La Constitución Europea en el camino hacia el derecho constitucional europeo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, p. 48.

⁶⁴⁰ Véase “La Constitución Europea en el camino hacia el derecho constitucional europeo”, *op. cit.*, p. 48.

De este modo, cabe destacar una vez más, que cada uno de los ordenamientos que articulan hoy el espacio constitucional europeo cuenta con su respectiva fuente máxima de validez de las demás normas y con principios propios para resolver de los conflictos normativos – por parte de la gran mayoría de los Estados, el de la supremacía de las Constituciones nacionales; por parte de la Unión Europea, el de la primacía del Derecho de la Unión – que, si se aplican rigurosamente, sólo contribuirán a ahondar en los conflictos normativos inherentes al proceso de integración europea y por consiguiente, al surgimiento de un sistema jurídico supraconstitucional.

En efecto, como decíamos en la primera parte del presente capítulo, el ordenamiento constitucional europeo está estructurado por capas normativas complementarias, que están interconectadas y son interdependientes, de tal manera que cada una de ellas no puede ser leída y entendida completamente sin considerar el contenido de las demás. Así pues, al analizar las cuestiones intrínsecamente constitucionales, entre las que destacan los casos de derechos fundamentales, debemos tener en cuenta que ya no pueden ser solucionadas según una óptica autorreferencial que, en términos absolutos, conduzca a la supremacía constitucional o a la primacía del Derecho de la Unión.

Si, por un lado, los Estados no pueden actuar al margen del Derecho de la Unión, o de la doctrina que ha ido construyendo el Consejo de Europa, tampoco se puede reconocer al ordenamiento jurídico de la Unión Europea una autonomía plena que lo desvincule por completo de los mandatos constitucionales de los Estados miembros. Por lo tanto, apoyados en la opinión de MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ, sostenemos que la configuración jurídico-política de la integración europea no podrá centrarse exclusivamente en uno de los vértices de estos sistemas jurídicos como si se pudiera prescindir de cada una de sus jurisdicciones⁶⁴¹.

Cualquier intento de aislar a cada uno de los elementos normativos de esta “comunidad constitucional sui generis”⁶⁴² y decidir las controversias iusfundamentales según un *iter* interpretativo que considere los Derechos nacionales ajenos e irrelevantes

⁶⁴¹ Cfr. *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, op. cit., pássim.

⁶⁴² HÄBERLE; Peter, "El proceso constitucional en Europa", en GARCÍA HERRERA, MIGUEL A. (ed.), *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España. (Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Bilbao, 2005, p. 40.

para la formación y aplicación del Derecho de la Unión - y viceversa - dará lugar a fallos inadecuados y, sobre todo, desconectados del proyecto europeo, de modo que nos parece más adecuado afrontarlos desde una perspectiva plural que reconozca la importancia de cada una de las comunidades jurídicas en la ordenación de la interconstitucionalidad europea, y permita una coordinación coherente de las distintas jurisdicciones de derechos fundamentales⁶⁴³.

En efecto, un planteamiento de las cuestiones de derechos fundamentales congruente con el presente escenario normativo europeo pasa por la necesaria articulación de estos dos principios normativos y el consenso de que, en realidad, no existe una única respuesta correcta que determine, en todos los casos, la aplicación absoluta de uno de ellos.

Cada controversia y su contexto concreto suministrarán a los actores jurídicos los elementos para que puedan, teniendo en cuenta tanto los ideales de la integración europea, como las exigencias de un constitucionalismo centrado en la protección del ser humano, ponderar lo más armónicamente posible los principios de la primacía del Derecho de la Unión y de la supremacía de las Constituciones nacionales.

Además, el Derecho de la Unión ha alcanzado en los días de hoy un grado de madurez que permitiría al Tribunal de Justicia desvincular la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea de la pretensión de asegurar, por encima de todo, su propia autoridad normativa y/o institucional. Tampoco nos parece adecuado seguir postulando, en asuntos de naturaleza constitucional, la autonomía del Derecho de la Unión en cuanto único canon de validez que permita controlar las medidas adoptadas por la Unión Europea o por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

Por último, debemos reconocer que el constitucionalismo plural conduce a la superación de un modelo judicial autocentrado, estructurado en torno a unos guardianes exclusivos del ordenamiento jurídico que se consideran en condiciones de imponer a todos su entendimiento unilateral sobre lo que es y lo que necesita esta Europa unida.

⁶⁴³ Véanse, otra vez, AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, así como también GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid, Civitas, 2010.

A las jurisdicciones constitucionales se les impone un cambio de paradigma semejante y, por ende, que tomen conciencia de que ahora son una pieza, aunque de innegable relevancia, de una comunidad más vasta de actores jurídicos. De esta manera, el ordenamiento jurídico europeo adquiere una perspectiva dialéctica de mutua colaboración y limitación, con la finalidad de integrar, conforme señala MIGUEL POIARES MADURO, ambas reivindicaciones normativas, es decir, tanto la primacía del Derecho de la Unión como la supremacía de las Constituciones nacionales.

Es cierto que esta visión plural y pragmática de los conflictos normativos que ahora presentamos no conlleva soluciones jurídicas del todo seguras, pero, según nuestro criterio, es la que permite garantizar el equilibrio, aunque sea frágil, de un derecho constitucional que todavía tiene como fundamento de validez – en especial de sus normas de derechos fundamentales – un “modelo positivo y crítico”⁶⁴⁴ y que, por ende, no recibe influencia de una única norma fundamental⁶⁴⁵.

Así las cosas, entendemos que la primacía del Derecho de la Unión y la supremacía de las Constituciones nacionales, como expresiones respectivas del reconocimiento del Derecho de la Unión como la “higher law” del ordenamiento jurídico europeo y de la afirmación de la soberanía político-jurídica de los Estados, no sólo constituyen, *per se*, instrumentos inadecuados, sino también insuficientes para orientar la interpretación de la CDFUE – incluso de sus disposiciones horizontales – y, por ende, para encaminar las eventuales divergencias relacionadas con el contenido concreto de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta e igualmente protegidos, aunque con intensidades variables, por los espacios constitucionales nacionales.

A este respecto, consideramos que el marco político todavía indefinido de la Unión Europea y su actual estructura prefederal⁶⁴⁶ exige una modulación determinada, entre los niveles de protección de los derechos fundamentales tanto internamente, así como también entre los propios sistemas de protección existentes en Europa, lo que, tal y como hemos señalado en la primera parte del presente capítulo, no eximiría a los

⁶⁴⁴ MENÉNDEZ, Agustín José, "Algunos elementos para una teoría de los derechos constitucionales europeos", *op. cit.*, p. 223.

⁶⁴⁵ A propósito, como hemos antes señalado, el artículo 6 del TUE, como manifestación del propio “derecho constitucional común europeo”, reconoce a las tradiciones constitucionales comunes un papel relevante en el desarrollo del espacio europeo de derechos fundamentales.

⁶⁴⁶ En este sentido, véase HÄBERLE, Peter, “Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - una perspectiva alemana”, *op. cit.*, p. 19.

distintos actores jurídicos de actuar hacia una prosecución concertada de intereses y desde una consideración recíproca de las distintas perspectivas que expresan.

La coexistencia en un mismo territorio de diferentes normas sobre derechos fundamentales dirigidas a unos mismos titulares y/o destinatarios nos llevaría a adoptar la tesis del federalismo cooperativo que, buscando el equilibrio de la actuación de los distintos centros de poder a los que se les reconoce autonomía de gestión y decisión al tiempo que propugna la necesaria colaboración en el ejercicio de dichas actividades y competencias, conduce a una unidad de criterio en el sistema político y una interpretación uniforme de los derechos fundamentales⁶⁴⁷.

No obstante, quizá la Europa de hoy y el actual estadio de desarrollo del Derecho de la Unión nos lleva a pensar que los derechos fundamentales protegidos en la Unión Europea y en los Estados miembros no se tratan de idénticos derechos reconocidos por partida doble, sino de derechos con contenidos variables que pueden ser tutelados por vías judiciales paralelas y, por lo tanto, interpretados según grados diferenciados. Una realidad seguramente compleja que, dependiendo de la metodología seguida por los respectivos órganos jurisdiccionales y de la persuasión argumentativa de sus fallos, no revelará divergencias irreconciliables sin más, sino que permitirá la construcción de un camino más sólido para la progresiva equiparación de las situaciones jurídicas y condiciones de vida en todo el territorio de la Unión Europea.

A fin de cuentas, una Europa unida en la diversidad, a nuestro parecer, no puede estar guiada por una concepción acrítica de los estándares más elevados de protección para determinar la solución de todas las cuestiones sobre derechos fundamentales, sino que debe seguir una visión cultural. Esta visión debe estar encaminada a la superación de posturas exclusivas y autosuficientes de cada uno de los espacios constitucionales parciales y, por ende, orientada hacia a la armonía y coordinación entre la forma de interpretar el contenido de derechos fundamentales concretos en la Unión Europea con los distintos niveles de protección establecidos por las Constituciones nacionales y el CEDH.

⁶⁴⁷ Al respecto, nos remitimos a AAVV (Juan Carlos Gavara de Cara Coord.), *Los derechos como principios objetivos en los estados compuestos*, Barcelona, Librería Bosch, 2010.

En este contexto, entendemos que también en el ámbito de la Unión Europea, como ya es praxis del Tribunal de Justicia⁶⁴⁸, el margen de apreciación nacional desempeña un papel relevante para la acomodación de las relaciones entre los distintos regímenes de derechos fundamentales en Europa que, tal y como hemos observado, no se rigen por criterios de jerarquía, constituyéndose, pues, como un relevante instrumento jurídico-político de cooperación de los tribunales nacionales y europeos entre sí.

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina por la Unión Europea debe vincularse a razones muy distintas de las que han fomentado su desarrollo en el seno del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en realidad, tiene como punto de partida una concepción propia de los sistemas internacionales de que los Estados detentan la responsabilidad primaria por la tutela de los derechos fundamentales, correspondiéndoles a los tratados de derechos humanos una labor subsidiaria que permita suplir las deficiencias y/u omisiones estatales sin entrar en conflicto con la autonomía de las decisiones judiciales de los Estados⁶⁴⁹.

Así que no es la naturaleza misma del sistema de protección de la Unión Europea, sino propiamente cómo se forma y opera el Derecho de la Unión, lo que exige la incorporación a la práctica judicial del TJUE del margen de apreciación nacional como un instrumento de interacción entre los ordenamientos. Por un lado, dicha doctrina podría ser utilizada para conceder una mayor libertad de normalización en aquellos supuestos que una armonización jurídica mínima en torno a concepciones compartidas se muestra suficiente para la consecución de los objetivos de la Unión. Por otro, el margen de apreciación permite manejar con una mayor sensibilidad aquellas situaciones marcadamente caracterizadas por diferencias culturales en aras de preservar las identidades constitucionales de los Estados miembros en sus elementos fundamentales.

La deferencia exigida a la Unión Europea en relación con los ordenamientos nacionales demuestra el respeto que corresponde a la realidad plural de Europa, y

⁶⁴⁸ Remitimos aquí al trabajo de María Díaz Crego “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TJCE referida a los derechos fundamentales”, en AAVV (Javier García Roca Y Pablo Antonio Fernández Sánchez Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 55-79.

⁶⁴⁹ Sobre el tema, véase GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010.

además permite la concreción de la Carta efectivamente como un texto permeable, cuya aplicación debe consolidarse a partir de un comprometido diálogo de fuentes y sus intérpretes.

En situaciones en las que el Tribunal de Justicia carezca de una *opinio iuris* compartida, obstáculo que no permita que construya un consenso europeo respecto a la materia en discusión, en especial frente a temas delicados para la identidad constitucional de los Estados miembros – como, por ejemplo, la dignidad humana en Alemania; el derecho al aborto en Irlanda; y la laicidad en Francia – tendría que reconocerse a los ordenamientos nacionales como elementos centrales en la determinación del contenido de un derecho fundamental, con el fin de impulsar una articulación armónica entre los sistemas de protección.

En este contexto, compartimos el entendimiento de ANGELO SCHILLACI de que, pese a la naturaleza defensiva de los contralímites, se les puede concebir como un instrumento encaminado a desempeñar una función integradora en el espacio interconstitucional europeo, en la medida en que determinan la progresiva conciencia de la relevancia central de las identidades constitucionales nacionales en la construcción del proceso de integración⁶⁵⁰.

De este modo, siempre y cuando el TJUE no esté en condiciones de inclinarse por la respuesta más adecuada entre las diversas respuestas correctas que ofrece el ordenamiento plural europeo, se muestra conveniente reconocer a los jueces nacionales, en cuanto jueces de la Unión Europea, la responsabilidad de promover el juicio concreto sobre la adecuación de la medida impugnada con grados variables según las circunstancias del caso, o, lo que es lo mismo, la obligación de ponderar los bienes y valores en colisión, dictando la solución final a una determinada controversia de derechos fundamentales.

La doctrina del margen de apreciación en el ámbito de la Unión Europea se manifiesta, por un lado, como un instrumento mediador de las diferencias cuando el escenario jurídico-político europeo no es propiamente idóneo para que el TJUE elabore una interpretación consensuada de la Carta y, por otro, como un medio para resguardar

⁶⁵⁰ En este sentido, véase “Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 9, núm. 17, enero-junio de 2012.

lo que se revela como excepcionalmente propio de cada una de las culturas constitucionales que participan de la Unión Europea.

En suma, representaría una vía de actuación para el Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, que permitiría dar una respuesta adecuada y plural a la cuestión sobre qué nivel de protección debe prevalecer en la Unión Europea cuando se interprete un derecho fundamental que, aunque provenga de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, presente grados diferentes de protección de acuerdo a cada orden jurídico.

En relación con esto, analizaremos, aunque brevemente, los Asuntos Omega⁶⁵¹ y Grogan⁶⁵² en los que colisionan la dignidad humana y la regulación del derecho al aborto con la libertad de prestación de servicios.

En la primera situación, tal y como hemos podido analizar anteriormente en este capítulo, el TJUE no se opuso a la prohibición alemana de comercializar determinado producto de origen británico, lo que, a nuestro criterio, no determina que esta solución – la más adecuada para el contexto jurídico-cultural de Alemania – se adoptara de manera idéntica por los otros Estados miembros, en particular, aquí, el Reino Unido donde se producía el producto sin objeciones legales.

La segunda controversia versaba sobre un grupo de estudiantes irlandeses que había hecho una campaña de información, dentro de la universidad, de clínicas del Reino Unido habilitadas para practicar la interrupción voluntaria del embarazo. Dado que el aborto es ilegal en Irlanda en virtud de un imperativo constitucional, esta campaña fue suspendida por las autoridades judiciales de Irlanda. Por más que la solución ofrecida por el Tribunal de Justicia no nos dice mucho, porque, en realidad, acabó entendiendo que la materia discutida no se mostraba relevante para el entonces derecho comunitario dado que los estudiantes habían difundido las informaciones al margen de cualquier actividad económica, el asunto revela en sí la complejidad de una protección de derechos fundamentales a diferentes niveles que exige la conciliación de la aplicación del Derecho de la Unión con los valores esenciales de las distintas comunidades jurídicas

⁶⁵¹ Véase la Sentencia de 14 de octubre de 2004 en el Asunto C-36/02, Omega Spielhallen/Autoridad Gubernativa de Bonn.

⁶⁵² Véase la Sentencia de 4 de octubre de 1991 en el Asunto C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd/Stephen Grogan y otros.

que lo hacen posible. Además, el caso configura, a nuestro criterio, un ejemplo palpable sin que entremos en una discusión paralela sobre el posible análisis del caso por el TJUE, sobre todo con la fuerza vinculante de la Carta, bajo el aspecto de la libertad de expresión de los estudiantes irlandeses y no de la libertad de prestación de servicios de las clínicas británicas, de una controversia singular que justificaría que el Derecho de la Unión abriera paso a lo dispuesto por una de las Constituciones nacionales en deferencia a un elemento esencial de la propia identidad constitucional de un Estado miembro.

Más recientemente el Tribunal de Justicia, en los Asuntos Achbita⁶⁵³ y Bougnaoui⁶⁵⁴, tuvo que afrontar la cuestión del uso del velo islámico en empresas privadas respectivamente de Bélgica y Francia que conllevó el despido de las empleadas. El Tribunal, en ambos casos, se vio abocado a posicionarse sobre la necesaria acomodación de creencias religiosas en las relaciones laborales, a tenor de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Aunque en una primera lectura las decisiones podrían ser vistas como una especie de deferencia a la importancia que la laicidad ocupa en determinados Estados miembros, como pilar fundamental de su identidad constitucional, como es el caso de Francia, la propia manifestación del Gobierno francés en los casos citados nos conduce a una conclusión diferente. En esta oportunidad, el representante francés subrayó que la estricta prohibición del uso de símbolos religiosos estaría encaminada, en realidad, al ejercicio de la función pública, sin dejar, no obstante, de señalar que, en la sociedad francesa, se muestran aceptables determinadas limitaciones también en el sector privado para evitar que las convicciones religiosas manifestadas públicamente por una trabajadora con su vestimenta puedan ser relacionadas con la empresa o a los clientes a quienes presta sus servicios⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Véase la Sentencia de 14 de marzo de 2017, Asunto C-157/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV.

⁶⁵⁴ Véase la Sentencia de 14 de marzo de 2017, Asunto C-188/15, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole SA.

⁶⁵⁵ Al respecto, véanse las Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 31 de mayo de 2016, en el Asunto C-157/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV.

El posicionamiento del Tribunal de Justicia de considerar como legítima, en principio, una prohibición general del uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el ambiente laboral quizá no haya tenido como principal motivación el respeto a principios constitucionales que afectan en particular a la identidad nacional de algún Estado miembro y podría estar más bien relacionado con el riesgo de colocar a la Unión en un curso de colisión constitucional con los Estados miembros en un sentido más amplio, lo que justificaría la opción de no imponer un patrón en concreto en un área muy sensible, permitiendo así un grado de variación de la legislación y la práctica relacionadas con el uso de símbolos religiosos, pero sin dejar de establecer unas pautas necesarias para el escrutinio de la proporcionalidad de una eventual política de neutralidad llevada a cabo por las empresas en los distintos Estados miembros⁶⁵⁶.

Por otra parte, sin adentrarnos a fondo en el análisis de los Asuntos Achbita y Bougnaoui, lo que nos alejaría del propósito último del presente apartado, interesa señalar que, aunque se considere que el Tribunal de Justicia ha seguido la senda del TEDH en la Sentencia Eweida⁶⁵⁷, en la que se reconoce a los Estados un cierto margen de apreciación para decidir si y en qué medida una injerencia a la libertad de religión en el lugar de trabajo es necesaria, pero estimando que este margen va acompañado de un control europeo de proporcionalidad que abarca tanto la legislación como las decisiones que la aplican, el enfoque liberal del Tribunal de Justicia contrasta de modo evidente con el claro contenido humanístico del fallo del TEDH que tiene en cuenta la debida importancia para la dignidad y autonomía personales de la posibilidad del individuo de poder manifestar su religión llevando visibles los símbolos de sus creencias⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Al respecto, véanse SPAVENTA, Eleanor, "What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? Some further reflections on the Achbita case", disponible en «<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/what-is-point-of-minimum-harmonization.html>», así como McCREA, Ronan, "Faith at work: the CJEU's headscarf rulings", disponible en «<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/faith-at-work-cjeus-headscarf-rulings.html>».

⁶⁵⁷ Véase la Sentencia de 15 de enero de 2013, Asunto Eweida y otros c. Reino Unido.

⁶⁵⁸ A este respecto, interesa señalar la línea seguida, no obstante, por la Abogada General Eleanor Sharpston para no considerar, a tenor del art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, una presunta neutralidad de la empresa como un "requisito profesional y determinante" para excepcionar la prohibición de un trato desigual por motivos de religión. Así argumenta la Abogada General: "[...] *Los valores que subyacen a la igualdad son la dignidad humana y la autonomía personal. En su expresión más simple, la dignidad humana supone que se reconoce a cada individuo el mismo valor. La autonomía personal, por su parte, exige que (para emplear sus palabras) «los individuos [sean] capaces de planear y dirigir el curso de su vida a través de una sucesión de elecciones entre diferentes opciones válidas». Características como la religión, edad, discapacidad u orientación sexual no deberían tenerse en cuenta cuando se trata de*

Así que el Tribunal de Justicia ha reconocido, a tenor del art. 16 de la Carta sobre la libertad de empresa, que los empleadores tienen el derecho fundamental a ofrecer una imagen neutra a sus clientes que, por lo tanto, restringiría, aunque con algunas limitaciones, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en razón de la religión que manifiesten, lo que, según algún autor, ha sido una forma de privilegiar el interés del negocio en detrimento de conceder una mayor protección a las minorías frente a comportamientos basados en prejuicios de posibles clientes⁶⁵⁹.

En este sentido, la ponderación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia entre los derechos fundamentales a la libertad de empresa y libertad de religión podría conducir, pese a la flexibilidad controlada que se ha buscado ofrecer a los Estados miembros en la materia, a una situación opuesta y poco congruente con la equidad que se busca alcanzar con políticas de igualdad de trato, pues, si un Estado miembro desea ofrecer una protección más amplia para garantizar que los empleados no sean

determinar si es justo o no tratar a alguien de un modo menos favorable. [...] Cuando un empresario firma un contrato de trabajo con un trabajador, no compra el alma de esta persona. Sin embargo, sí compra su tiempo. Por esta razón, hago una clara distinción entre la libertad de una persona de manifestar su religión —cuyo alcance y posible limitación en el ámbito laboral constituyen el objeto principal del procedimiento ante el juez nacional— y el hecho de hacer proselitismo de su religión. Como demostraré a continuación, conciliar la libertad de una persona de manifestar su religión con la libertad de empresa requerirá un difícil ejercicio de equilibrio entre dos derechos en conflicto. A mi modo de ver, el proselitismo simplemente no tiene lugar en el ámbito laboral. El empresario está por lo tanto legitimado a imponer y poner en práctica reglas que prohíben el proselitismo, tanto para asegurarse de que el tiempo por el que ha pagado se emplee para su negocio como para crear unas condiciones de trabajo armoniosas para su personal. Dejaré claro que considero que el uso de vestimenta religiosa en el marco de la práctica religiosa pertenece totalmente a la primera categoría, y no a la segunda. Asimismo, hago una clara distinción entre, por una parte, reglas legítimamente adoptadas por una empresa por las que se especifican determinadas formas de conducta deseadas («ser siempre cortés con los clientes») o prohibidas («no fumar, mascar chicle o beber alcohol cuando se representa a nuestra empresa en reuniones con clientes») y, por otra, reglas que invaden los derechos personales de una determinada categoría de trabajadores en atención a una característica prohibida (que se trate de la religión o de cualquier otra característica prohibida por el legislador como base de una discriminación). El carácter pernicioso del argumento «puesto que nuestra trabajadora X lleva un pañuelo islámico» (o porque tal trabajador lleva la kipá o el dastar) (o porque tal trabajador es negro, homosexual o porque tal trabajadora es mujer) «no puede tener un comportamiento correcto con nuestros clientes» no requiere mayor desarrollo». Véanse las Conclusiones presentadas el 13 de julio de 2016, en el Asunto C- 188/15, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole SA. No obstante, el Tribunal de Justicia parece haber optado por la visión claramente opuesta expresada por la Abogada General Juliane Kokott en las citadas conclusiones presentadas en el Asunto Achbita de que, “desde una consideración objetiva y teniendo en cuenta el margen de apreciación empresarial, no parece en absoluto descabellado que una recepcionista deba desarrollar su actividad respetando unas determinadas normas sobre la indumentaria (en este caso, renunciando a su velo islámico)”.

⁶⁵⁹ En este sentido, véase “Achbita v. G4s: Religious Equality squeezed between Profit and Prejudice”, disponible en «<https://europeanlawblog.eu/2017/04/06/achbita-v-g4s-religious-equality-squeezed-between-profit-and-prejudice/>».

discriminados por su creencia religiosa, algo que está permitido por la Directiva 2000/78, podría estar impedido de hacerlo, en la medida en que infringiría el derecho a dirigir un negocio protegido por la Carta, tal y como se ha interpretado por el Tribunal de Justicia⁶⁶⁰.

De todos modos, no obstante – o justamente en razón de – los posibles inconvenientes que una interpretación orientada hacia lo económico pueda revelar para Europa sobre todo en tiempos de recrudecimiento de la intolerancia y de la xenofobia, entendemos que habrá casos de derechos fundamentales que revelen aspectos diferenciados y/o singulares que permitirán o exigirán, incluso por fuerza del mandato de respeto a las identidades constitucionales de los Estados miembros, considerar viables distintas concepciones de un derecho determinado en el ámbito del sistema de protección de la Unión Europea, así como también distintos equilibrios entre este derecho con otros derechos y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento de la Unión, conforme el contexto cultural específico de cada realidad constitucional nacional.

Habrán momentos, no obstante, en que el Tribunal de Justicia tendrá que echar mano de una valentía dosificada para avanzar, teniendo en cuenta las distintas realidades constitucionales que conforman el espacio jurídico europeo y no simplemente un discurso basado en la pura primacía del Derecho de la Unión, hacia la construcción de una *communis opinio* europea sobre un determinado derecho fundamental.

Nos referimos aquí especialmente a derechos que pueden estar más directamente relacionados con la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia que presuponen la existencia de unas bases comunes para el reconocimiento mutuo y confianza recíproca entre los Estados miembros, o bien a derechos que posibiliten una mayor vinculación de los individuos con el proyecto europeo y una mayor concienciación de los beneficios que esta comunidad les puede ofrecer. Se trataría, en nuestra opinión, del grupo de derechos vinculados, por un lado, a la consecución de políticas comunes

⁶⁶⁰ Cfr. SPAVENTA, Eleanor, “What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? Some further reflections on the Achbita case”, disponible en «<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/what-is-point-of-minimum-harmonization.html>».

de asilo e inmigración o de la cooperación judicial y, por otro, a la ciudadanía europea y al propio principio de no discriminación, que incluso posibilitarán, según demuestran Asuntos como Tanja Kreil⁶⁶¹ o Römer⁶⁶², la reapertura de debates jurídicos sobre cuestiones y/u opciones jurídico-políticas que puedan parecer consolidadas en los espacios constitucionales nacionales⁶⁶³, tales como son el acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas o la protección especial que se concede a la figura del matrimonio y de la familia en relación con parejas del mismo sexo.

De este modo, debemos tomar conciencia de que la diferenciación estará, una y otra vez, presente en la teoría y dogmática de los derechos fundamentales de la Unión Europea como una muestra concreta de su compromiso de unir a los pueblos en su diversidad. En definitiva, la realidad interconstitucional de Europa a que hacíamos referencia en la primera parte de este capítulo, exige un planteamiento intercultural de los conflictos que surjan en su seno. De ahí que no consideremos verdaderamente preocupante que el espacio europeo de los derechos no se estructure en torno a concepciones estrictamente uniformes.

Por lo tanto, entendemos que “unidad” y “diversidad” deberán oscilar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las condiciones que nos señala MARKUS KOTZUR, es decir, “tanta unidad como sea necesaria para la coherencia europea común de los derechos fundamentales; tanta diversidad como sea posible en una comunidad jurídica plural que quiere preservar su voluntad de integración en una comunidad con toda la heterogeneidad”⁶⁶⁴.

Sin embargo, subrayamos que deben estar reservados al TJUE el examen y la consiguiente decisión – es cierto que con el necesario auxilio de las distintas comunidades científicas que dan forma a la Unión Europea y atendiendo a sus peculiaridades constitucionales, a las que se suma la realidad iusfundamental construida por el CEDH – sobre si la controversia se traduce en un interés legítimo que justifique que un contexto constitucional determinado predomine sobre el Derecho de la Unión,

⁶⁶¹ Véase la Sentencia de 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98, Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland.

⁶⁶² Véase la Sentencia de 10 de mayo de 2011, Asunto C-147/08, Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg.

⁶⁶³ Al respecto, véase POIARES MADURO, Miguel, *A Constituição plural*, op. cit., pp. 282-283/326-327.

⁶⁶⁴ Cfr. “Los derechos fundamentales en Europa”, op. cit., p. 92.

aunque el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la llamada Sentencia Solange III⁶⁶⁵, ya haya ejercido su auto-reserva a favor de su competencia última (Kompetenz-Kompetenz) para determinar el alcance de su identidad nacional como límite constitucional a la propia atribución de poderes a la Unión Europea⁶⁶⁶.

De todos modos, entendemos que cabría al TJUE la responsabilidad del fallo sobre los casos que requieran la aplicación de la doctrina del margen de apreciación también en los supuestos relacionados con las identidades nacionales, determinando de qué modo y con qué amplitud este reenvío deberá ser concretado por las autoridades nacionales, con el fin de que este instrumento del reconocimiento máximo del pluralismo constitucional europeo no represente una forma de usurpación indebida de las competencias jurisdiccionales atribuidas al Tribunal de Justicia, y evitando así que el Derecho de la Unión sea desplazado en favor de una específica realidad constitucional nacional por una decisión exclusiva e individual del juez nacional.

Así que deberíamos reconocer la deferencia como un mecanismo de doble vía que insta a los jueces nacionales, incluidos también los de los Tribunales constitucionales, a mantener un diálogo tanto institucional, por la vía de la cuestión prejudicial si se encuentran frente a situaciones encuadradas en el ámbito de las competencias atribuidas a la Unión Europea, como espontáneo, en aquellos otros supuestos que aunque queden fuera del marco del Derecho de la Unión, ya no puedan ser decididos sin considerar la praxis europea, habida cuenta de la referida relatividad y consecuente interconexión de los espacios constitucionales.

De esta manera, si, por un lado, no podemos privar a los Estados miembros de su derecho al respeto de los pilares de sus sistemas constitucionales, por el otro, los juicios que les sean reenviados no podrán configurar una especie de afirmación de poder, debiendo convencer por medio de argumentos jurídicos de por qué el Derecho de la Unión debe ceder su primacía, de modo que se reconozca que, en un determinado

⁶⁶⁵ Véase BVerfG, 2 BvR 2735/14.

⁶⁶⁶ En este sentido, véase ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pp. 67 y ss.

supuesto, serán los valores esenciales de una cultura constitucional los determinantes para la resolución de una cuestión de derechos fundamentales⁶⁶⁷.

En definitiva, la solución dejada a cargo de las autoridades judiciales nacionales, así como también se le exige al Tribunal de Justicia, no puede revelar una postura de resistencia que conduzca a un juicio unilateral del caso concreto que no tome en cuenta el derecho europeo en su sentido más amplio⁶⁶⁸.

Como hemos observado anteriormente, los distintos actores de esta vasta comunidad constitucional que es Europa no pueden restringirse a su mundo jurídico y dictar decisiones teniendo en cuenta únicamente su propia lógica interna; todo lo contrario, deben ser conscientes, tal como nos enseña MIGUEL POIARES MADURO, de que las sentencias que emiten formarán parte del Derecho de la Unión y, por ello, deben preocuparse por interiorizar en estas decisiones el impacto que las mismas tendrán no sólo en el sistema jurídico como un todo, sino también para el propio proceso de integración europeo⁶⁶⁹.

Una postura de mutua deferencia de los Tribunales europeos posibilita concebir una práctica jurisdiccional que dirima las cuestiones de derechos fundamentales desde una perspectiva de conjugación de las realidades constitucionales de la Unión Europea y de los Estados miembros que, al fin y al cabo, permitirá a los individuos percibirse como parte de un proyecto común, mientras preservan lo propio de su cultura jurídica.

De la misma forma que se observa en el seno del CEDH⁶⁷⁰, el margen de maniobra concedida por el Tribunal de Justicia para que los Estados miembros concedan la tutela de un derecho fundamental según una interpretación consecuente con sus ordenamientos nacionales no configura un poder ilimitado de apreciación, de modo que

⁶⁶⁷ En este sentido, véase GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid, Civitas, 2010.

⁶⁶⁸ En relación con los modelos de resistencia, convergencia y articulación de sistemas jurídicos, véase JACKSON, Vicki C., "Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement", en *Harvard Law Review*, Vol. 119, núm. 1, noviembre de 2005, pp. 109-128. Al respecto, véase igualmente ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

⁶⁶⁹ En este sentido, véase *A Constituição Plural*, op. cit., p. 46.

⁶⁷⁰ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia Handyside c. Reino Unido de 7 de septiembre de 1976. Sobre el tema, nos remitimos una vez más a GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010.

no excluye, sino que más bien impone un control europeo sobre su justificación y su efectivo alcance en aras de dotar con unos valores comunes mínimos a la diversidad normativa existente, y de preservar los intereses esenciales de la Unión Europea para que no se vean afectados de un modo adverso por la implementación del Derecho de la Unión llevada a cabo por los Estados miembros.

En este contexto, el principio de proporcionalidad surge como elemento central para la debida estructuración de los límites del margen de apreciación nacional ya sea para delimitar la actuación de los Estados miembros cuando no haya una armonización completa en la materia por el Derecho de la Unión, o bien para determinar el alcance de la propia identidad nacional ante los objetivos de la Unión Europea⁶⁷¹.

No obstante, a diferencia de lo observado en el seno del Convenio de Europa, en razón del propio carácter incluso sancionador y/o de reparación individual de las sentencias del TEDH, el Tribunal de Justicia podrá dejar a cargo del órgano jurisdiccional nacional el escrutinio de la proporcionalidad, indicando, en la gran mayoría de las situaciones, únicamente una responsabilidad genérica de comprobar si la medida cuestionada es necesaria para la protección de los intereses que la normativa nacional pretende proteger y si es proporcionada respecto al objetivo legítimamente perseguido.

En otras circunstancias, tal y como se ha podido observar en el Asunto Léger⁶⁷², el Tribunal de Justicia determinó el uso de criterios técnicos, basados en datos médicos, científicos y epidemiológicos actuales, para definir la existencia de métodos que fuesen menos coercitivos que la prohibición permanente de la donación de sangre para la

⁶⁷¹ En relación con la primera hipótesis, véanse, verbigracia, las Sentencias de 29 de abril de 2015, Asunto C-528/13, Geoffrey Léger/Ministre des Affaires sociales et de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang; de 6 de octubre de 2015, Asunto C-650/13, Thierry Delvigne/Commune de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde, así como también de 14 de marzo de 2017, en los Asuntos C-157/15 y C-188/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV y Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole SA. Respecto a la segunda variante, véanse, a modo de ejemplo, las Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien, de 12 de mayo de 2011, Asunto C-391/09, Malgožata Runevič/Vardyn y Łukasz Paweł Wardyn/Vilniaus miesto savivaldybės administracija y otros, y de 16 de abril de 2013, Asunto C-202/11, Anton Las/PSA Antwerp NV. Al respecto, véase ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pp. 67 y ss.

⁶⁷² Véase la Sentencia de 29 de abril de 2015, Asunto C-528/13, Geoffrey Léger/Ministre des Affaires sociales et de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang.

totalidad de un grupo determinado de personas, en un intento, por lo tanto, de controlar el respeto al principio de proporcionalidad, en el sentido del art. 52.1 de la Carta.

En el Asunto DEB⁶⁷³, el Tribunal de Justicia, al analizar la negativa de concesión de la asistencia jurídica gratuita a personas jurídicas, teniendo en cuenta sobre todo que la falta de esta asistencia podría hacer ineficaz la garantía de la tutela judicial efectiva consagrada por el art. 47 de la Carta, ha fijado igualmente unas pautas más concretas para el control de la proporcionalidad de las medidas nacionales en los siguientes términos:

“Corresponde a este respecto al juez nacional comprobar si los requisitos para la concesión de la asistencia jurídica gratuita constituyen una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar a la propia esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Al realizar esta apreciación, el juez nacional puede tomar en consideración el objeto del litigio, la existencia de posibilidades razonables de que el demandante salga vencedor del proceso, la importancia que para éste tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y del procedimiento aplicables, así como la capacidad del demandante de defender eficazmente su causa. Para valorar la proporcionalidad, el juez nacional puede también tener en cuenta el importe de las costas de procedimiento que deben abonarse por anticipado y si éstas pueden representar o no un obstáculo insuperable al acceso a la justicia.

Por lo que respecta más concretamente a las personas jurídicas, el juez nacional puede tomar en consideración la situación de las mismas. De este modo, puede tener en cuenta, en particular, la forma de la persona jurídica en cuestión y si ésta tiene o no ánimo de lucro, los recursos económicos de sus socios o accionistas y la posibilidad de que éstos consigan las cantidades necesarias para ejercitar la acción.”

⁶⁷³ Véase la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland.

La utilización de criterios de esta naturaleza era la esperada por parte del Tribunal de Justicia también en los citados Asuntos Achbita⁶⁷⁴ y Bougnaoui⁶⁷⁵, pues en casos de discriminación, sobre todo la indirecta, la carga de la prueba es considerada crucial. Así que hubiese sido conveniente que el Tribunal de Justicia hubiera instruido al órgano jurisdiccional nacional para que, por un lado, exigiera a los demandados que cumplieran este deber de prueba con cierto rigor y para que, por otra parte, tuvieran en cuenta algún análisis estadístico del efecto de las políticas de neutralidad sobre las minorías religiosas para cumplir con el debido control de la proporcionalidad de la desigualdad de trato llevada a cabo por las empresas⁶⁷⁶.

Ante el panorama jurisdiccional expuesto, nos planteamos si el carácter diferenciado de estas soluciones a las controversias iusfundamentales permitirá encaminar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea hacia una deseable sistematicidad que asegure la aplicación de la Carta según unos criterios dotados de unidad y de la precisión debida.

Primeramente, cabe incluso indagar si decisiones como las ya antes comentadas, por ejemplo, en el citado Asunto Omega conducirían a una verdadera ruptura sistémica del ordenamiento de la Unión Europea o al direccionamiento del Derecho de la Unión hacia una comprensión particular de los derechos fundamentales según el contexto cultural de un ordenamiento nacional determinado. Nos arriesgamos a decir que en situaciones como éstas, no estaríamos ante un casuismo pretoriano que genere distorsiones inconciliables para la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea, sino más bien ante una exigencia del mismo ordenamiento jurídico multinivel que, en definitiva, no se ajusta a un criterio de absoluta uniformidad, o incluso, a una niveladora igualdad.

En efecto, tenemos que reconocer que una lectura de la Carta conforme a la interconstitucionalidad de Europa reclama una convivencia fluida entre los espacios

⁶⁷⁴ Véase la Sentencia de 14 de marzo de 2017, en el Asunto C-157/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV.

⁶⁷⁵ Véase la Sentencia de 14 de marzo de 2017, en el Asunto C-188/15, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole SA.

⁶⁷⁶ En este sentido, véase SPAVENTA, Eleanor, "What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? Some further reflections on the Achbita case", disponible en «<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/what-is-point-of-minimum-harmonization.html>».

constitucionales y, por consiguiente, una práctica judicial necesariamente sensible para que no iguale “determinadas diferencias relevantes”⁶⁷⁷. De ahí que entendamos que lo esencial no es concebir la Carta como propulsora de una protección estrictamente uniforme de los derechos fundamentales para toda Europa, sino como creadora de unos fundamentos comunes que permitan el desarrollo gradual de una teoría europea de los derechos fundamentales que pueda proporcionar, con el paso del tiempo, una protección más simétrica a cada uno de los individuos en Europa.

Por lo tanto, el contexto normativo actual que observamos en Europa requiere del TJUE una postura flexible que, en determinadas situaciones, le permita abrirse a la posibilidad de afirmar una identidad constitucional frente a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Sin embargo, esta flexibilidad exigiría, a cambio, un refuerzo argumentativo del Tribunal con el fin de observar el presupuesto de equidad propio del Derecho.

De este modo, el Tribunal de Justicia, en aras de la seguridad jurídica, tendría que estructurar sus fallos de modo que se obtenga, tal como afirma ROBERT ALEXY, una regla de decisión relativamente concreta que pueda ser extendida a los casos suficientemente semejantes⁶⁷⁸. Consideramos, por lo tanto, que supuestos de hecho similares exigirían “prima facie” respuestas equivalentes que promuevan una igualdad material entre aquellos que se sometan a la jurisdicción del TJUE sin olvidarnos, no obstante, de que la propia dinámica evolutiva de los derechos fundamentales podrá conducir a un resultado diferenciado, lo que exigirá una carga argumentativa reforzada para evitar el riesgo de un indeseable subjetivismo jurídico.

Una posible diferenciación, presente no sólo dentro del sistema de la Unión, sino entre los tres sistemas de protección existentes en Europa a los que hacíamos referencia en el segundo capítulo del presente estudio, ha de ser resuelta racionalmente de manera que, aunque no signifique la coherencia plena del ordenamiento europeo,

⁶⁷⁷ En este sentido, véase PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*, op. cit., p. 47.

⁶⁷⁸ Al respecto, véase *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 535 y ss.

permita a los individuos sometidos a este solapamiento de realidades jurídico-políticas una comprensión coherente de estas variaciones⁶⁷⁹.

En este sentido, nos parece que la argumentación jurídica cobra gran importancia en el contexto constitucional plural y multinivel de Europa, de modo que propugnamos que el TJUE debería extenderse en la motivación de sus decisiones. A nuestro ver, la actual parquedad argumentativa del Tribunal de Justicia no se revelaría idónea – aunque pueda ser considerada propia de un órgano obligado a aunar diversas culturas jurídicas⁶⁸⁰ – para resolver los diferentes conflictos inherentes a las controversias iusfundamentales en el seno de la Unión Europea⁶⁸¹.

De esta manera, vislumbramos que una exposición argumentativa más amplia, que exprese de forma explícita la deferencia y apertura del Tribunal de Justicia a los demás espacios constitucionales, sería importante para dirimir las posibles contradicciones entre los distintos sistemas de protección, a la vez que permitiría a la “sociedad abierta de los intérpretes” europeos comprender con mayor claridad el camino racionalmente seguido por el TJUE, bien sea para permitir contenidos diferenciados de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, bien para avanzar en la formación de una “opinio communis” europea.

Como es sabido, la argumentación se muestra relevante no sólo para la estructuración interna de las sentencias en sí, de manera que muestre el encadenamiento lógico de las premisas expuestas hacia la conclusión expresada por el órgano jurisdiccional, sino también para la construcción de la legitimidad externa de sus decisiones, y para la aceptación y/o adhesión, a través de la persuasión, de las conclusiones que ellas expresan.

Por todo ello, consideramos que un aparato argumentativo fuerte por parte del TJUE permitiría la reconstrucción, en términos lógicos, de un ordenamiento que, no

⁶⁷⁹ Véase ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 25 y ss.

⁶⁸⁰ Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho Comunitario Derivado*, op. cit., p. 34.

⁶⁸¹ Al respecto, véanse CARTABIA, Marta, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, en *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009, pp. 5-31; DE BÚRCA, Gráinne, “After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, 2013, pp. 168-184, así como también DE VISSER, Maartje, “Dealing with Divergences in Fundamental Rights” en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, 2013, pp. 576-588.

estará informado totalmente por el principio de la unidad mientras que la realidad jurídico-política de la Unión Europea siga estando reglada por un derecho interconstitucional.

Ahora bien, una actitud argumentativa más explícita exigiría del Tribunal de Justicia, en los casos de derechos fundamentales, no sólo una observación cuidadosa de los distintos espacios constitucionales que componen la Unión Europea, sino, además, la incorporación en su razonamiento jurídico de los eventuales puntos de disidencia existentes para, ponderándolos entre sí, presentar, al final, unas razones claras que justifiquen la elección de una de las soluciones que proponen los distintos sistemas, o incluso, para seguir un camino alternativo.

En la línea de lo anterior, la comparación jurídica, como hemos señalado en el segundo capítulo del presente estudio, surge como una importante herramienta metodológica para la conciliación y/o integración, desde la necesaria interacción y la consideración recíproca de los distintos sistemas de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa.

El recurso al derecho comparado de un modo más amplio, a los moldes como lo hace el TEDH, que incluso examina, aunque someramente, la realidad de Estados terceros⁶⁸², permitiría al Tribunal de Justicia de la Unión Europea construir sus fallos a partir de un lenguaje orientado a los derechos fundamentales, más allá del argumento de la primacía del Derecho de la Unión frente a las normas de Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional⁶⁸³, pues la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, así como el propio derecho constitucional europeo todavía se desarrollan a partir de las experiencias constitucionales estatales y la del CEDH en cuanto potentes vectores hermenéuticos e importantes elementos de legitimación⁶⁸⁴.

⁶⁸² Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de 15 de enero de 2013, Asunto Eweida y otros c. Reino Unido.

⁶⁸³ En este sentido, véanse, verbigracia, las Sentencias de 8 de septiembre de 2010, Asunto C-409/06, Winner Wetten GmbH/Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, y de 15 de enero de 2013, Asunto C-416/10, Jozef Križan y otros/Slovenská inšpekcia životného prostredia.

⁶⁸⁴ Al respecto de la necesaria orientación del derecho constitucional europeo al derecho comparado (el quinto método de interpretación jurídica según las tesis del maestro Peter Häberle) en razón de la necesaria relación dialéctica entre ordenamiento constitucional europeo y ordenamientos estatales, véase BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Perfis metodológicos do Direito Constitucional Europeu" en *O*

Es cierto que la primacía del Derecho de la Unión constituye sin duda una exigencia existencial del ordenamiento jurídico de una Comunidad de Derecho⁶⁸⁵, pero entendemos que no es suficiente con declarar que la Unión Europea y los ordenamientos jurídicos nacionales se apoyan en los mismos valores jurídicos fundamentales para dotar de sustancia al reconocimiento mutuo o a la armonización pretendida por la Unión Europea. Estos valores deberán ser precisados y desarrollados por el Tribunal de Justicia comparando los distintos espacios constitucionales, y teniendo en cuenta el texto y el contexto cultural, desempeñando de esta manera una labor esencial para poder extraer lo común y lo distinto de la realidad interconstitucional europea y, por lo tanto, fijar los fundamentos constitucionales comunes concretos en los que el Tribunal de Justicia podrá asentar una interpretación sobre el alcance y contenido de un derecho fundamental determinado.

En este sentido, entendemos que la jurisprudencia Melloni/Åkerberg Fransson aporta precisiones a la doctrina del margen de apreciación, del que antes hablábamos, y organiza la posible aplicación acumulativa de estándares de protección a través del criterio de la regulación completa o incompleta de la materia por el Derecho de la Unión. Por otra parte, la estructura del fallo del Tribunal de Justicia, en especial en el Asunto Melloni – que, desde el discurso de la primacía del Derecho de la Unión, ha construido una posible interpretación a la baja del derecho a tutela judicial efectiva – ha contribuido poco para el propio diálogo entre los Tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia por la vía de la cuestión prejudicial.

Sin querer mover aguas pasadas, pero con el propósito de lanzar una posible orientación hacia el futuro, si el Tribunal de Justicia, por un lado, hubiera utilizado de una forma consistente el método comparativo y reforzado la argumentación jurídica para demostrar la propiedad de la construcción de un estándar propio más adecuado a la realidad vivida por los Estados miembros en su conjunto, es decir, un estándar que reflejase más ampliamente las tradiciones constitucionales comunes y, por otro, hubiera

constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estatal, supranacional e global, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015.

⁶⁸⁵ En este sentido, véanse las Conclusiones del Abogado General Miguel Poaires Maduro presentadas el 21 de mayo de 2008, en el Asunto C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros/ Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable y Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

demostrado, desde la premisa del respeto a la dignidad humana, una preocupación mayor con la tutela de los derechos fundamentales en juego más que con los objetivos pretendidos por el legislador europeo, podría haber abierto el paso para reducir la tensión entre las relaciones ordinamentales en materia de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, entendemos que el Tribunal de Justicia demostraría su compromiso constitucional en unas bases de alteridad y, por lo tanto, su propósito de construir argumentativamente y no en términos de autoridad institucional o de la primacía absoluta del Derecho de la Unión la solución de una determinada controversia iusfundamental, lo que aplacaría muchas de las desconfianzas hacia la protección de los derechos fundamentales llevada a cabo en la Unión Europea, pues los otros actores jurídicos constatarían que sus problemas e intereses han sido tenidos en cuenta debidamente en el acto de aplicar la Carta y, por consiguiente, al concretar el contenido de un derecho fundamental en el seno de la Unión Europea.

Por otro lado, no podemos olvidar que, en medio de todo este entramado normativo, encontramos a un individuo posiblemente inseguro sobre sus derechos efectivos o de cómo y ante quién reclamar en caso de una presunta vulneración de los mismos.

La argumentación jurídica, también en este supuesto, cumple un papel importante, pues puede dejar aflorar con mayor intensidad el valor pedagógico de las sentencias del Tribunal de Justicia. En efecto, el titular de un derecho, a través de decisiones más inteligibles por medio de un mayor desarrollo argumentativo como el que aquí proponemos, podrá ser educado en el espacio europeo de derechos fundamentales, de suerte que, reconociendo las peculiaridades de los distintos sistemas y comprendiendo por qué se diferencian y revelan derechos con contenidos no necesariamente iguales, aprenderá a moverse en este triple marco de protección.

Además, una jurisprudencia clara por medio de la cual se discuta, argumente y exprese abiertamente la comprensión de un determinado problema permitiría que se entendiera cómo se ha llegado a la solución del caso en cuestión y, por ende, se comprendiera el alcance real y el significado de la decisión jurídica tomada, evitándose incluso reacciones de los demás intérpretes europeos en aras de afirmar su identidad constitucional, como se ha podido ver con la citada Sentencia Solange III del Tribunal

Constitucional Federal alemán en una clara respuesta, más que a la jurisprudencia Melloni desarrollada por del Tribunal de Justicia, a la forma en como el fallo se ha estructurado⁶⁸⁶.

Otro importante instrumento – que, a nuestro juicio, la madurez del proceso de integración ya permitiría que el Tribunal de Justicia haga uso – es la figura de los votos particulares en las sentencias. No se trata sólo de hacer públicos los eventuales disensos en la construcción de las decisiones jurídicas, sino sobre todo de poner de manifiesto toda discusión que haya conducido a una sentencia dada. Por ello, los votos particulares permiten una mejor comprensión del proceso argumentativo desarrollado en los tribunales y cumplirían un papel relevante para dilucidar la jurisprudencia emanada de Luxemburgo, aproximando, de esta manera, el Tribunal a sus verdaderos destinatarios: los ciudadanos⁶⁸⁷.

En consecuencia, un mayor número de actores jurídicos estarían habilitados para contraponer argumentativamente consideraciones que les son propias sobre determinado entendimiento del Tribunal de Justicia, lo que fomentaría el debate público e impulsaría la conversación y el intercambio entre ellos en un claro proceso de “cross fertilization”⁶⁸⁸, así como permitiría que el Derecho Constitucional Europeo también se desarrolle según un racionalismo crítico y una tolerancia práctica propios de una teoría constitucional de y para alternativas⁶⁸⁹.

Desde esta perspectiva, pensamos que la argumentación jurídica puede proporcionar una participación más amplia y consciente de la comunidad jurídica europea no sólo en pro del efectivo ejercicio de sus derechos, sino, en última instancia, en favor de una conducción del proceso de integración europeo acorde con los valores comunes expresados por la Carta.

⁶⁸⁶ Véase BVerfG, 2 BvR 2735/14

⁶⁸⁷ A propósito de la importancia de los votos particulares, véase CÁMARA VILLAR, Gregorio, *Votos particulares y Derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, Secretaría General del Ministerio de Justicia, 1993.

⁶⁸⁸ Al respecto, véase, a modo de ejemplo, LENAERTS, Koen y GUTIÉRREZ-FONS, José Antonio, “The place of the Charter in the EU Constitutional Edifice”, en en AAVV (Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner y Angela Ward Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, op. cit., p. 1560.

⁶⁸⁹ Véase, a modo de ejemplo, HÄBERLE, Peter, “Teoria da Constituição sem Direito Natural”, op. cit., pp 54-77.

Por lo tanto, entendemos que, a través de la modulación aquí propuesta para la comprensión del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y de la supremacía de las Constituciones nacionales y sus contralímites, unida al recurso al margen de apreciación estructurado desde el principio de proporcionalidad y a una reforzada argumentación jurídica no sólo sobre la base de la primacía del Derecho de la Unión, sino más bien en torno a una concepción de los derechos fundamentales en juego que coordine la diversidad jurídico-cultural de Europa, los casos de derechos fundamentales podrán conducir a un equilibrio constitucional entre la Unión Europea y los Estados miembros.

En efecto, un diálogo más estructurado entre las fuentes que conforman el espacio interconstitucional europeo y sus distintos intérpretes a partir de valores constitucionales conllevará una depuración recíproca tanto del Derecho de la Unión como de los Derechos de los Estados y el surgimiento gradual de un Derecho más justo en la Europa unida que, a su vez, conformará los propios valores compartidos en una especie de ciclo continuo de evolución⁶⁹⁰.

Así pues, la protección de los derechos fundamentales, aunque marcada por potenciales zonas de tensión en virtud del propio ambiente político de la Unión Europea y de la constante preocupación con la inherente fuerza centrípeta o federalizante de los derechos fundamentales, con el ejemplo de lo vivido en la historia norteamericana⁶⁹¹, podrá representar, más que conflictos o desacuerdos inconciliables, un disenso dialogado que, con la aportación de los debidos mecanismos de interpretación constitucional y de argumentación jurídica, abra el paso para un verdadero diálogo circular hermenéutico encaminado hacia un consenso legitimado que sentará los cimientos para la conformación del Derecho Constitucional Europeo.

⁶⁹⁰ En este sentido, véase SCHENK DUQUE, Marcelo, *Direito Privado e Constituição*, São Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2013, pp. 81 y ss.

⁶⁹¹ Al respecto, véase LENAERTS, Koen, "Exploring the limits of the Charter of Fundamental Rights", *op. cit.*, p. 376.

CONCLUSIONES

(I) El estudio que aquí se presenta tiene como objeto principal averiguar el significado de los derechos fundamentales en la Unión Europea, teniendo presente el actual marco político-jurídico, en especial la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como un instrumento de protección insertado en un escenario de interconstitucionalidad, y la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia a lo largo del proceso de integración europea.

Para ello, hemos tenido como constante referencial teórico el pensamiento pluralista del maestro PETER HÄBERLE y su teoría de la Constitución como ciencia de la cultura que nos recuerda siempre, con grande sensibilidad y visión de futuro, que las Constituciones no son mero texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores. Son obra viva de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta. Son también, en sus palabras, la expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas.

(II) El punto de partida de la investigación que por ahora se concluye ha sido la teoría general de los derechos fundamentales de cuño estatal que hemos presentado, desde la perspectiva comparada de las principales contribuciones de las doctrinas alemana, española, portuguesa y brasileña, como el primer capítulo del trabajo. Más que aportar una original y novedosa contribución sobre el tema, hemos tenido como propósito, en esta parte del trabajo, trazar un significado de los derechos fundamentales por sus funciones y su estructura dogmática a partir del cual apoyaremos nuestras reflexiones finales sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

De estas primeras consideraciones, podemos deducir que los derechos fundamentales, más que integrar una especie de moral jurídica universal propia de la concepción en torno a los derechos humanos, se presentan, desde una perspectiva jurídico-constitucional, como el conjunto de preceptos normativos que definen el estatuto fundamental de las personas en cuanto miembros de un ente político concreto.

Además, los derechos fundamentales constituyen los principios directivos del orden jurídico-constitucional, es decir, conforman los objetivos básicos del sistema jurídico del Estado de Derecho. Son, pues, factores para el ejercicio democrático del poder del Estado e instrumentos para el respeto y promoción de las posibilidades vitales de las personas y, como motores y frenos de los poderes públicos, cumplen un papel de legitimación y límite.

De este modo, se ha puesto de manifiesto, a lo largo del primer capítulo, la existencia de un estrecho nexo de interdependencia entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, en tanto en cuanto el Estado de Derecho exige e implica para serlo la garantía y promoción de los derechos fundamentales, mientras que éstos a su vez exigen e implican para su realización los presupuestos materiales y funcionales del Estado de Derecho.

Los derechos fundamentales son reconocidos no sólo como el marco de protección de situaciones jurídicas subjetivas. Son igualmente expresión de un conjunto de valores objetivos básicos. Así pues, lo que se atribuye o reconoce como derechos fundamentales no debe consistir en un ámbito de la personalidad únicamente relevante para el titular del derecho, sino también para el bien común como pilares de la convivencia en una comunidad política, con lo que pasan a ser igualmente comprendidos como elementos fundamentales de todo el orden jurídico que definen materialmente los fines que el Estado y la sociedad deben perseguir.

En este contexto, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales surge como una consecuencia innegable, en la medida en que informan, según unos patrones axiológicos superiores, la actuación del legislador, del ejecutivo, así como también de los jueces, que pasan todos ellos a vincularse materialmente a los derechos fundamentales, de modo que su práctica diaria deberá estar siempre guiada por lo que se revele más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales.

No obstante, los derechos fundamentales no pueden ser comprendidos desde la unidireccionalidad, sino que han de ser percibidos como un haz de diversas posibilidades. Debido a esta pluridimensionalidad de su contenido, un mismo derecho fundamental podrá manifestar diferentes funciones y, en cada supuesto concreto, su

ámbito de protección podrá oscilar según la función que esté llamado a desempeñar. Además, la propia imagen del ser humano ha mudado en la posmodernidad. Ahora es una persona socializada, a la vez que individualizada, con identidad y varios papeles en la sociedad. Para asegurar este sujeto plural, en toda su complejidad, los derechos fundamentales han de ser vistos desde una perspectiva igualmente múltiple.

De esta forma, los derechos fundamentales revelan diferentes significados, bien sean como elementos de defensa, bien como promotores de igualdad, o bien como factores de integración social o instrumentos para la transformación de la sociedad. De todas ellas, sobresale la necesaria reordenación de la relación entre Estado e individuo, que considerado ahora como su presupuesto o causa, ha de encontrar en los derechos fundamentales su *Leitmotiv*, unos derechos de los que ya que ni siquiera los representantes democráticamente elegidos pueden disponer, sino que deben respetar, garantizar y promover en pro de la libertad, seguridad social y desarrollo cultural de los individuos.

Por otra parte, con la normatividad superior de la Constitución, estructurada desde la jurisdicción constitucional y de un sistema de controles que establece vínculos formales y sustanciales con los poderes públicos, los derechos fundamentales sustraen de la autonomía política y, por tanto, de la decisión mayoritaria ciertas parcelas de poder, como las que se vinculan al contenido esencial de estos derechos, que no sólo funcionará como un límite último, sino que permitirá la aplicación directa de la Constitución en aras a suplir la inactividad del legislador.

Los derechos fundamentales imponen igualmente un deber de protección (*Schutzpflicht*) en doble perspectiva, es decir, frente al Estado y a través del Estado, lo que la doctrina alemana conceptualiza, respectivamente, como *Übermassverbot* (prohibición del exceso) y *Untermassverbot* (prohibición de protección deficiente), como dos versiones del principio de la proporcionalidad y sus subprincipios de adecuación o idoneidad, de necesidad, indispensabilidad o intervención mínima, y de proporcionalidad en sentido estricto.

Además, se ha evidenciado, tomando como ejemplo de la discusión acerca de la *Drittwirkung*, que el compromiso mayor con los derechos fundamentales que supone el

constitucionalismo fuerte inaugurado en la segunda posguerra no permite considerarlos como meras reglas hermenéuticas (*Auslegungsregeln*) o líneas directivas (*Leisätze*), sino como parámetros sustantivos de actuación de todos los actores, públicos o privados, que conforman el Estado y la sociedad y, con tal fin, se exige conceder una protección constitucional adecuada a los derechos fundamentales, aun cuando las amenazas o violaciones emanen de otros particulares.

Por último, se ha podido subrayar que la prerrogativa reconocida a cada individuo de hacer valer jurisdiccionalmente un derecho fundamental que le es atribuido refuerza su reconocimiento no sólo formal, sino también sustancial porque exige, para su plena eficacia, la existencia de medios procesales adecuados tanto para preservar su inclusión en un “coto vedado”(Ernesto Garzón Valdés) a la competencia gubernamental, en especial, a la legislativa, como también para promoverlo como expresión de un sistema de valores que encuentra su punto central en la personalidad humana que ha de desarrollarse libremente y con dignidad dentro de la comunidad política.

A este aspecto, el análisis del recurso de amparo ha mostrado toda su fuerza como garantía procedimental de los derechos fundamentales que permite hacer efectiva la simbólicamente elevada significación de los derechos fundamentales, a la vez que abre el paso para la integración cívica y la legitimación de la propia jurisdicción constitucional que la convierte, al expresar en sus decisiones el compromiso máximo con los derechos fundamentales, en una “jurisdicción de derechos fundamentales” y eleva el Estado constitucional a “Estado de derechos fundamentales” (Peter Häberle).

(III) Trazadas las líneas generales para la precomprensión del tema, así como definidos los elementos necesarios para establecer una posible comparación entre las realidades estudiadas, los capítulos siguientes del presente trabajo se han centrado en el análisis de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

En el capítulo segundo, se ha intentado bosquejar una posible teoría general de los derechos fundamentales a nivel supranacional teniendo en cuenta tanto su reconocimiento jurisprudencial inicial como principios generales del Derecho cuanto, posteriormente con la fuerza jurídica de la Carta, como derechos reconocidos en un texto jurídico. Sobre este punto en particular, nos ocupamos de los problemas relativos

a la titularidad, los destinatarios de la Carta, el nivel de protección, las limitaciones y sus límites, así como la protección, sobre todo judicial, conferida a los derechos fundamentales y la eventual necesidad de un amparo constitucional a nivel europeo.

En el capítulo tercero, apoyándonos en unos planteamientos iniciales sobre la interconstitucionalidad en Europa que demuestran la compleja articulación entre los ordenamientos constitucionales parciales en un proceso de necesaria interconexión, con fricción y acomodación permanentes, hemos tenido como propósito acercarnos a la multifuncionalidad de los derechos fundamentales en la Unión Europea a partir de relevantes sentencias del Tribunal de Justicia y a la luz de estas importantes relaciones entre Derecho de la Unión Europea, Derecho internacional y Derecho interno de los Estados miembros.

De ahí, surge como indagación primera, si serían los derechos fundamentales percibidos, también en la Unión Europea, como exigencia estructuradora de un modelo de legitimación y de ejercicio del poder político fundado en la idea nuclear del respeto de la dignidad de la persona. Por otra parte, corresponde examinar si los derechos fundamentales constituirían, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, verdaderas normas vinculantes dotadas de una protección jurídica reforzada que permitan tanto garantizar al individuo un ámbito de inmunidad frente a los poderes públicos, o incluso, a terceros, como también establecer directrices materiales al conjunto de la organización jurídico-política de la Unión Europea. Además, cabe preguntar si serían los derechos fundamentales igualmente reconocidos como expresión de un sistema de valores que irradian por todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y, como una especie de “filtro constitucional”, han de articular desde estos patrones axiológicos superiores la actuación de los poderes públicos y entes privados, como también determinar la propia articulación de los distintos bienes protegidos jurídicamente según una interpretación conforme con los derechos fundamentales.

(IV) En efecto, los derechos fundamentales, como principios de reconocimiento jurisprudencial, aparecen como una solución de compromiso para asegurar que la cesión de poderes de los Estados miembros no operase en detrimento de los ciudadanos que deberían seguir disfrutando de una esfera de autodeterminación libre de

interferencia de los poderes públicos, a la vez que permitía garantizar la autonomía y la coherencia del sistema jurídico de las entonces Comunidades Europeas.

Así que los derechos fundamentales, en la forma de principios generales de Derecho, se han revelado como herramientas para que la integración europea se desarrollara desde una suerte de continuidad ideológica entre los diferentes niveles de gobierno sin que las Constituciones nacionales fueran utilizadas como referencia directa del control de la legalidad de los actos comunitarios, lo que acabaría por afectar a la realización de los objetivos de los Tratados fundacionales según una aplicación selectiva de las normas comunitarias a tenor del ordenamiento constitucional de cada Estado miembro y, por ende, a la primacía en cuanto exigencia existencial del orden jurídico que se formaba.

De todos modos, si bien desde una perspectiva instrumental dirigida a la prioridad mayor de lograr los objetivos de la integración a través de la autonomía del Derecho de la Unión, que de algún modo todavía se ve reflejada en la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales han posibilitado el control judicial de actos tanto de las instituciones de la Unión Europea como de los Estados miembros cuando implementan el Derecho de la Unión, conllevando, en el caso de violación y contradicción con dichos derechos, la anulación de la legislación europea, como la inaplicación del derecho nacional.

Es cierto que aquí ya se puede notar como la tensión federal latente en el proceso de integración europea modula la labor del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales. Con independencia de la naturaleza misma de la injerencia verificada, se aplica un estándar más elevado de protección cuando analiza un acto de las instituciones de la Unión, mientras que, en lo tocante a la actuación de los Estados miembros, el grado del escrutinio no parece igualmente sólido e intensivo, debido al propio margen de apreciación que les concede, lo que, pese a su relevancia para permitir una cierta flexibilidad en el contexto de un constitucionalismo multinivel, puede dar un mensaje equivocado sobre el equilibrio de poderes entre los diferentes garantes de los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo.

En todo caso, la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión tiene como objetivo procurar que esos derechos no sean vulnerados en los ámbitos de las actividades de la Unión, sea por la acción de sus instituciones, órganos u organismos o al aplicar los Estados miembros el Derecho de la Unión.

(V) Sin embargo, los derechos fundamentales son más que una restricción a la actuación de los poderes públicos, son un conjunto de valores y fines que ordenan la comunidad política y la sociedad en torno a unas directrices materiales. De este modo, más allá de su condición de derechos subjetivos frente a la acción pública, los derechos fundamentales en la Unión Europea han de ser reconocidos como valores objetivos que irradian el orden jurídico que debe ahora ser aplicado desde los patrones axiológicos que expresan.

Dotada la Carta del mismo valor jurídico de los Tratados constitutivos y, por lo tanto, reconocida como parte del Derecho primario de la Unión (art. 6.1 del TUE), los derechos fundamentales allí recogidos, como expresión de un sistema de valores, no sólo determinan verticalmente que las normas del Derecho secundario sean interpretadas y aplicadas conforme a sus disposiciones, sino que, en un ámbito horizontal, imponen la necesaria concordancia práctica entre ellos y las demás normas del mismo rango. En este aspecto, no podemos alejarnos de la metodología construida en el derecho constitucional nacional (Lothar Michael y Martin Morlok) para que, también en la Unión Europea, se pueda promover la unidad del Derecho de la Unión, ahora desde el prisma de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, rechazamos el entendimiento de que los derechos fundamentales no son relevantes para el propósito de determinar el alcance del Derecho primario de la Unión, incluidos los derechos de ciudadanía reconocidos directamente en los Tratados fundacionales, como expresión de una especie de salvaguardia política del federalismo contenida en el art. 25.2 del TFUE (Koen Lenaerts).

De algún modo, el Tribunal de Justicia trabajaba en este sentido. Pese a mencionar la CDFUE como algo a tener en cuenta en materia de ciudadanía europea, en Asuntos como, por ejemplo, Rendón Marín (C-165/14) y CS (C-304/14), tal afirmación parecía constituir más retórica que realidad, pues no la utilizaba como criterio interpretativo

para determinar, desde la protección de los derechos fundamentales en ella contemplados, el alcance del estatuto de la ciudadanía europea más allá de la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión Europea. No obstante, la reciente decisión en el Asunto Chávez-Vílchez (C-133/15) presagia nuevos aires, en la medida en que el Tribunal de Justicia pasa a determinar que una eventual privación del disfrute efectivo de los derechos que confiere el art. 20 del TFUE a los ciudadanos europeos ha de ser examinada a luz del derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el art. 7 de la Carta, que, a su vez, debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el art. 24.2, también de la Carta.

A fin de cuentas, no se interpreta el Derecho de manera fragmentaria; no se interpretan textos normativos aisladamente, sino más bien el Derecho en su conjunto (Eros Grau), de modo que no se puede negar que los derechos fundamentales, dotados de una innegable fuerza expansiva, constituyen piezas claves para una interpretación sistemática de todo el orden jurídico europeo.

(VI) Asimismo, el estudio desarrollado nos permite concluir que no es de todo posible entender los derechos fundamentales en la Unión Europea aplicando los conceptos propios de la teoría general analizados a lo largo del capítulo primero, sean los relacionados con la multifuncionalidad de que hablábamos, sean los que se vinculan al régimen jurídico. En realidad, entendemos que estaríamos ante unas mismas nomenclaturas, pero con contenidos y alcances diferenciados o bien todavía indefinidos.

Es cierto que no se trata de intentar definir lo que sea un derecho fundamental desde una perspectiva universal e independiente de todo ordenamiento jurídico, lugar y tiempo, sino de pretender confrontar el significado trazado comparativamente en la primera parte de este estudio como una categoría que goza de una tutela reforzada y trae aparejadas consecuencias importantes para todo el orden jurídico, en razón del propio hecho de presuponer el estatuto básico de la persona y el ciudadano en una comunidad política dada, sin el cual no se puede hablar de un Estado democrático de derecho. Una categoría que, además de la fuerte carga simbólica derivada de las luchas o incluso de las violaciones severas que, con el paso de la historia, han contribuido a

forjarla en cuanto tal, constituye un conjunto de poderes y contrapoderes jurídicos indisponibles a la autonomía política tanto en la forma de vínculos negativos que no podrán ser infringidos por ninguna mayoría como también en cuanto vínculos positivos que ninguna mayoría puede ya dejar de satisfacer.

En este sentido, tenemos que resaltar la importancia del desarrollo de una interpretación sistemática de las normas de derechos fundamentales en la Unión Europea desde una construcción estructurada de los fallos del Tribunal de Justicia para, más allá de la retórica, dotar de concreción y racionalidad al sistema de protección de derechos fundamentales a nivel europeo, de modo que se pueda de forma clara y asertiva dar cuenta y razón de qué son y qué lugar ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Pues bien, no podemos entender como una cuestión baladí el poco ahondamiento del Tribunal de Justicia en la discusión, sea en razón de una eventual postura matizada o bien por la parca argumentación jurídica utilizada, sobre cuestiones acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el alcance de la garantía del contenido esencial, la propia determinación de qué efectivamente compone el contenido esencial de un derecho fundamental dado, los contornos específicos de la reserva de ley, la definición concreta de quién constituye el legislador sobre derechos fundamentales en la Unión Europea o la diferenciación entre derechos y principios y sus respectivas funciones en el ordenamiento jurídico.

Además, un aspecto igualmente importante para la formación de una teoría general de los derechos fundamentales en la Unión Europea, es la definición de forma sistemática del ámbito de aplicación de la Carta, a tenor del art. 51.1, para establecer qué criterio de interpretación en fin prevalecerá: A) el amplio construido en el Asunto Åkerberg Fransson (C-617/10), considerado el *leading case* tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el sentido de que no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen los derechos fundamentales. Es decir, la aplicabilidad del Derecho de la Unión, aunque que se trate de incidencias indirectas en el Derecho nacional, implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta, o por el contrario, B) un criterio más estricto construido

posteriormente en Asuntos como, por ejemplo, Torralbo Marcos (C-265/13), Ymeraga (C-87/12) o Siragusa (C-206/13) que, retomando una jurisprudencia desarrollada en la década de noventa, exige que la normativa nacional tenga por finalidad expresa aplicar una disposición del Derecho de la Unión, o bien, que exista una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia llevada al examen del Tribunal de Justicia o que la pueda efectivamente afectar.

Así que, a nuestro juicio, una doctrina jurídica mejorada en torno a los derechos fundamentales en la Unión Europea, basada en una carga argumentativa reforzada, unida a la esperada precisión conceptual, constituye una condición imprescindible para un nivel adecuado de protección del individuo frente al propio proceso de integración europea, en la medida en que ofrece el debido instrumentario que permite buscar soluciones no arbitrarias o no casuísticas a los problemas de derechos fundamentales, a la vez que hace efectiva la existencia concreta de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo.

(VII) Por otra parte, no podemos olvidar que los derechos fundamentales traducen una idea de sociedad, son el reflejo de un modelo de comunidad política y sus deberes frente a los individuos y, desde esta perspectiva, articulan la propia relación entre la persona y los poderes públicos y la sociedad en su conjunto.

A este respecto, nos parece interesante una somera comparación entre la importancia dada por el Tribunal de Justicia al respeto a la vida privada, a la neutralidad negocial y al sufragio activo y a la libertad religiosa en Asuntos como, por ejemplo, Volker und Markus Schecke (C-92/09), Schrems (C-362/14), Delvigne (C-650/13) y Achbita (C-157/15), estos últimos objeto de comentarios específicos en el capítulo tercero del presente estudio.

De este modo, pensar los derechos fundamentales y su posible significado en la Unión Europea conlleva reflexionar igualmente sobre qué modelo de sociedad queremos construir con la Europa unida.

¿Un modelo en el que la privacidad o la libre iniciativa empresarial u otros derechos que de algún modo potencian el ejercicio de las libertades fundamentales son

tutelados de modo contundente frente a derechos de extrema relevancia para el libre desarrollo de la personalidad o la integración de los individuos en la comunidad, o por el contrario, un modelo que prima la justicia material entre sus ciudadanos, la protección de las posibilidades vitales de las personas, a la vez que modula la llamada Constitución económica hacia la búsqueda del bienestar social, afrontando las medidas financieras desde la perspectiva de la prohibición de retroceso social?

Además, el enfoque poco humanista del Tribunal de Justicia, unido al recurso constante al discurso de la primacía del Derecho de la Unión frente a las normas de Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional, nos lleva a indagar qué valor supremo guiará esta Europa unida en la labor de protección de los derechos fundamentales. En nuestra opinión, no se puede desatender la protección de la persona so pretexto de reforzar la autonomía de un ordenamiento jurídico o bien de soslayar la cuestión federal subyacente a la integración europea.

No se trata de abogar a favor de que las constituciones nacionales puedan ser alegadas para imponer una aplicación selectiva de las normas europeas en el territorio de la Unión que se muestre más conveniente a cada Estado miembro, pero, pasados ya casi cincuenta años de la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, el Tribunal de Justicia ha de reorientar el objetivo de la protección de los derechos fundamentales hacia la persona. Por tanto, teniendo en cuenta el actual marco jurídico de la Unión Europea dotado de su propio catálogo de derechos fundamentales con valor jurídico igual al de los Tratados fundacionales, no puede seguir condicionando la prosecución de este objetivo a la necesidad de evitar que una protección de los derechos fundamentales que pudiera variar según el Derecho nacional aplicado afectara a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión, como expresamente señala el Tribunal de Justicia en su fallo de 2014 en el Asunto *Siragusa* (C-206/13).

Como nos enseña el maestro PETER HÄBERLE, la verdadera premisa cultural antropológica del Estado constitucional es la dignidad humana y no puede ser otro el fundamento del sistema de protección de los derechos fundamentales existente en el seno de la Unión Europea so pena de defraudar la historia de los derechos

fundamentales entre generaciones y poner en jaque no sólo la legitimación de la Unión Europea, sino también su propia conformación como comunidad constitucional.

En efecto, entendemos que el compromiso inequívoco con la protección de los derechos fundamentales, fundado en la idea nuclear del respeto de la dignidad humana, determinará la verdadera vinculación constitucional de la Unión Europea.

Si, por un lado, la primacía del Derecho comunitario constituye una exigencia existencial del ordenamiento jurídico de una comunidad de Derecho, no se puede poner en duda, por otro lado, que los derechos fundamentales surgen como exigencia estructuradora de un modelo de legitimación y de ejercicio democrático del poder público, de modo que el compromiso con su tutela, en cuanto expresión máxima de la protección de la persona, debe constituir el presupuesto de esa misma comunidad de Derecho.

Así las cosas, los derechos fundamentales han de nutrirse de la normatividad del Derecho de la Unión en cuanto derecho preferente y de eficacia directa para que la Unión Europea pueda cumplir con sus objetivos superiores de conformar un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y de establecer un mercado interior, pero sin perder de vista la Europa de la libertad en igualdad, del pluralismo y del respeto a la dignidad humana. Al fin de cuentas, se trata de un proyecto de integración que debe cumplir con la democracia y el compromiso con el Estado de Derecho y, de este modo, podrá desplegar, desde un discurso para la ciudadanía, toda una carga humanista, sobre todo en tiempos de un preocupante fundamentalismo, una grave crisis de refugiados e importantes recortes de derechos sociales.

(VIII) Ahora bien, los derechos fundamentales en la Unión Europea son llamados a desempeñar un importante papel en la ordenación de esta intrincada realidad interconstitucional de la Europa de hoy. Así que, estarían orientados a promover, más que una integración territorial y social, una integración ordinamental que, dotando de mayor racionalidad a las relaciones centro-periferia que se forman con la integración europea, abrirá el paso para la construcción de un espacio europeo de derechos que ha de equilibrarse entre la unidad y la diversidad.

En efecto, entendemos que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, tal y como se estructura en el actual marco político europeo, en el que el pacto federal no se presenta como una realidad próxima, no permite que se trabaje en términos de absoluta uniformidad, sino más bien en razón de unos valores compartidos en su esencia que permitan aportar cierta armonía a la diversidad.

Por lo tanto, los derechos fundamentales en la Unión Europea, aunque no tengan todavía un contexto que propicie la creación de lazos de solidaridad cívica y política entre los pueblos europeos o una verdadera identidad colectiva europea, podrán funcionar como importantes factores de acomodación de los espacios competenciales y de la propia división de poderes entre Unión y Estados miembros. En este sentido, podrán fomentar una sinergia recíproca entre los distintos actores de este pluriverso normativo (Armin von Bogdandy) que configure, desde una convivencia coordinada, cooperativa y discursiva, el disputado territorio de derechos que se observa en Europa (Pedro Cruz Villalón) para que, en fin, el proceso de integración europea pueda desarrollarse a favor de sus verdaderos destinatarios: las personas.

(IX) En este contexto, hemos intentado demostrar que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea debe ser comprendida en el terreno normativo fluido y flexible del espacio constitucional plural europeo y, por lo tanto, concretada por la actuación del Tribunal de Justicia, con apertura y deferencia hacia el más amplio universo de intérpretes que conforman la “sociedad abierta” europea.

Por un lado, debemos tomar conciencia de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como parte de una realidad constitucional parcial, no puede ser aplicada de manera autónoma, como si fuera la única fuente de referencia en la materia, sino mediante un proceso de intercambio de opiniones relacionadas con distintos aspectos de un mismo dato de la realidad. Por otra parte, deberíamos reconocer que la construcción de un espacio europeo de derechos no requiere total convergencia de los distintos sistemas de protección, es decir, una única comprensión del contenido concreto de un derecho fundamental, excepto cuando estemos frente a parámetros mínimos de protección, que deben ser seguidos por todos.

En realidad, entendemos que una aplicación coherente y armoniosa de la Carta con las Constituciones nacionales y con el CEDH no equivale a postular una identificación material de los derechos fundamentales reconocidos en cada uno de los respectivos sistemas de protección que conduzca, por consiguiente, a una uniformización jurisprudencial en la materia. Las eventuales opiniones divergentes entre los Tribunales europeos constituirán elementos importantes para el enriquecimiento del diálogo que entablen entre sí, y, por ende, para el desarrollo y la progresiva adaptación de cada uno de esos sistemas, insertados en el espacio normativo abierto, evolutivo e inacabado que hoy es Europa.

Optamos, pues, por un modelo de articulación entre las jurisdicciones responsables de tutelar los derechos fundamentales en Europa, de modo que, sin imponer la primacía de alguna de ellas en detrimento de las demás, se pueda reconocer la posibilidad de divergencias interpretativas que, por sí solas, no ponen en riesgo la protección del individuo, sino que sólo dejan aflorar las peculiaridades intrínsecas de cada una de esas jurisdicciones, como también el momento histórico de sus fallos.

Por lo tanto, consideramos que lo más importante en todo este proceso no es preguntarse si todos los actores actúan efectivamente de consuno o expresan un mismo punto de vista sobre el contenido de un derecho fundamental, sino indagar cómo construyen sus decisiones en materia de derechos fundamentales.

A este respecto, reconocemos al método comparatista un papel central en la construcción del espacio europeo de derechos fundamentales. Los Tribunales europeos no pueden estructurar sus fallos al margen del derecho proveniente de las distintas realidades jurídico-culturales que conforman Europa. Deben, en cambio, incorporar en su proceso deliberativo, como parte de la *ratio decidendi*, las distintas perspectivas existentes sobre el tema, de modo que el Derecho europeo en su sentido más amplio sea considerado a los efectos de concretar conceptos jurídicos que, al fin y al cabo, determinarán el alcance de un derecho fundamental.

Propugnamos, además, que la argumentación jurídica ocupe una función clave en la articulación de las decisiones jurídicas. Un sólido aparato argumentativo que refleje la complejidad normativa europea sobre el tema en cuestión, que demuestre con

transparencia cómo los Tribunales – aquí destacamos sobre todo la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – se han movido entre las distintas concepciones de un derecho fundamental y que ponga de manifiesto la capacidad de situarse en la perspectiva del otro, es, en nuestra opinión, esencial para compatibilizar las eventuales divergencias jurisprudenciales, y así evitar que supongan puntos de ruptura de la articulación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa.

Por otra parte, cuestionamos la absoluta uniformidad del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales. En temas estrechamente relacionados a las identidades nacionales o más intensamente marcados por diferencias culturales, entendemos que la interpretación del Derecho de la Unión no debería perseguir una aplicación uniforme ni pretender afirmarse como Derecho autónomo y prevalente en relación a los Derechos nacionales, pues la imposición de un Derecho de contenido único e igualador en materia de derechos fundamentales en determinadas circunstancias no sería, a nuestro juicio, del todo congruente con las singularidades jurídico-culturales de los Estados miembros de la Unión Europea.

En consecuencia, la aplicación del Derecho de la Unión en cuestiones de esta naturaleza, debería más bien guiarse por una visión horizontal del ordenamiento jurídico europeo, que permita reconocer a los diversos actores del espacio jurídico europeo como iguales en importancia, aunque con aportaciones variables, para concretar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea. En definitiva, la interpretación de la Carta, en cuanto instrumento normativo verdaderamente plural, nos impone concebir la posibilidad de derechos fundamentales con contenidos diferenciados en el seno de una comunidad política en la que convergen culturas jurídicas diferentes.

Hablar de contenidos diferenciados de los derechos fundamentales, pese a la posible connotación disgregadora que pueda suponer, es, en realidad, hablar de la Unión Europea en cuanto espacio político que une pueblos no desde una perspectiva de igualación, sino de respeto y valoración de las diferencias jurídico-culturales. En este sentido, la Unión Europea posiblemente lograría que se adhirieran los diferentes grupos

que existen en su seno, en aras a concretar el proyecto europeo, fomentando entre ellos el sentimiento de que vale la pena luchar por el desarrollo de una comunidad que se construye sobre la tolerancia y la deferencia hacia el otro.

Desde esta perspectiva, la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea no debería concebirse necesariamente como un instrumento de conformación de una única concepción de determinado derecho fundamental para todos como una tabla rasa generalizada, sino como medio para sentar una base común a partir de la cual, desde una perspectiva interpretativa sensible a los contextos, podrán derivarse diferentes formas de ejercer un derecho fundamental, cuando sea necesario preservar las particularidades propias de cada uno de los pueblos europeos.

En este contexto, en el acto de concretar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cobra importancia la doctrina del margen de apreciación. En el seno de la Unión Europea, esta figura jurídica, inicialmente desarrollada en el ámbito de aplicación del CEDH, cumpliría una doble función: una, como vía de aproximación de las distintas concepciones jurídicas existentes en Europa sobre el contenido específico de un derecho fundamental, y otra, como instrumento en pro del pluralismo en aquellas situaciones relacionadas con aspectos singulares de la cultura constitucional de los Estados miembros.

En relación con el primer aspecto de la referida doctrina, es pertinente observar que no se puede concebir su aplicación con el fin de preservar determinado *status* de protección dentro de un Estado miembro, sino de conducir, dentro del marco de una interpretación evolutiva de la CDFUE, a un entendimiento cada vez más compartido de los derechos fundamentales en la Unión Europea, respetando los distintos estadios de desarrollo cultural de los Estados miembros. En efecto, entendemos que esta doctrina podría fomentar el diálogo en torno a la interpretación y aplicación de la Carta, lo que, a la postre, permitiría tender importantes puentes entre los actores del espacio normativo europeo y entrelazarlos en una red de cooperación y lealtad para facilitar el mencionado proceso de convergencia gradual de los distintos órdenes jurídicos imbricados en la integración europea.

Por otra parte, consideramos que la doctrina del margen de apreciación constituye instrumento idóneo para armonizar la diversidad jurídico-cultural de los Estados miembros de la Unión Europea, ya que posibilita modulaciones del alcance de un derecho fundamental, siempre que se observe el núcleo común de los valores expresados por la Carta, que finalmente permitirá que se avance con el proceso de integración, a la vez que se preserva la identidad cultural de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por ello, concluimos que la Carta también se manifiesta como un instrumento de futuro, esto es, como vehículo para una gradual aproximación de las distintas realidades político-jurídico-culturales que conforman la Unión Europea y, por lo tanto, para el florecimiento no de una vez, ni tampoco de una vez por todas (Norberto Bobbio) de un mayor consenso en torno a determinadas concepciones jurídicas que harán posible una protección de los derechos fundamentales en Europa en términos más universales que, de todos modos, deberá mantenerse diferenciada, en algunos ámbitos específicos, para permitir que la Unión Europea se consagre como comunidad política abierta y plural.

Por lo tanto, entendemos que, a través de cierta modulación para la comprensión del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y de la supremacía de las Constituciones nacionales y sus contralímites, unida al recurso al margen de apreciación estructurado desde el principio de proporcionalidad y a una reforzada argumentación jurídica (no sólo sobre la base de la primacía del Derecho de la Unión, sino más bien en torno a una concepción de los derechos fundamentales en juego que coordine la diversidad jurídico-cultural de Europa) los casos de derechos fundamentales podrán conducir a un equilibrio constitucional entre la Unión Europea y los Estados miembros.

En efecto, un diálogo más estructurado entre las fuentes que conforman el espacio interconstitucional europeo y sus distintos intérpretes a partir de valores constitucionales, conllevará una depuración recíproca tanto del Derecho de la Unión como de los Derechos de los Estados y el surgimiento gradual de un Derecho más justo en la Europa unida que, a su vez, perfilará los propios valores compartidos en una especie de ciclo continuo de evolución.

Así pues, la protección de los derechos fundamentales, aunque marcada por potenciales zonas de tensión en virtud del propio ambiente político de la Unión Europea y de la constante preocupación por la inherente fuerza centrípeta o federalizante de los derechos fundamentales, a ejemplo de lo vivido en la historia norteamericana, podrá representar, más que conflictos o desacuerdos inconciliables, un disenso dialogado que, con los debidos mecanismos de interpretación constitucional y de argumentación jurídica, abra paso a un verdadero diálogo circular hermenéutico orientado hacia un consenso legitimado que sentará los cimientos para la conformación del Derecho Constitucional Europeo.

(X) Por último, nos podemos olvidar que el nuevo diseño dado a la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con el reconocimiento de la Carta de Derechos Fundamentales como texto vinculante con igual valor jurídico que los Tratados fundacionales, exige del Tribunal de Justicia un necesario cambio de paradigma a la hora de afrontar la protección de los derechos fundamentales.

El Tribunal de Justicia no se puede ya mover en los casos de derechos fundamentales como si todo hubiera cambiado para permanecer exactamente lo mismo. La Carta no es mero papel mojado. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia debe asumir con sensibilidad esta nueva y relevante competencia que se le atribuye en el Tratado de Lisboa, con la plena convicción de que los objetivos de la integración europea deben ser perseguidos ahora en el marco de los derechos fundamentales.

Un discurso centrado en la lógica de la defensa de la primacía y de la autonomía del Derecho de la Unión, desconectada de la finalidad última de protección de la persona desde el respeto de la dignidad humana, no se compadece con una comunidad política que tiene sus cimientos en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.

Así pues, el Tribunal de Justicia deberá, en un renovado momento constitucional, poner el debate sobre los derechos fundamentales en el orden del día y, consagrándolos

como punto de partida y meta del Derecho de la Unión, situar a la persona en la condición de fin último justificador de la propia existencia del proyecto europeo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO ZAMORA, Miguel, "La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", en *Revista de Derechos Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005.

AGUILAR CALAHORRO, Augusto, "La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto, 2014.

AGUILAR CALAHORRO, Augusto, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014.

ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2002.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgilio Afonso da Silva, 2ª Ed, São Paulo, Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 7ª ed., Suhrkamp Verlag, 1986.

ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, "Análisis crítico del veto judicial de la Unión Europea al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014", en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; LABAYLE, Henri (Dirs.), *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

ARENDT, Hannah, *Origens do totalitarismo. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*, Traducción Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2014.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Madrid, INAP, 2015.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 2007.

AUSÍN, Txetxu; PEÑA, Lorenzo (Coords.), *Conceptos y Valores Constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2016.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "Del Derecho Constitucional Común Europeo a la Constitución Europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2005.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, Civitas, 2002.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia", en CARMONA CONTRERAS, Ana María (Coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "Identidad Nacional y Legitimidad del Tribunal de Justicia", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "La autonomía del ordenamiento de la Unión y las 'funciones esenciales' de su sistema jurisdiccional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "La función de la Constitución en el contexto contemporáneo", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre de 2009.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, "Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, mayo-agosto 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, núm. 35.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Madrid, Editorial Dykinson, 2008.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "La Constitución Europea en el camino hacia el derecho constitucional europeo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "La contribución de Peter Häberle a la construcción del derecho constitucional europeo", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, núm. 13, enero-junio de 2010.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea*, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt5.htm>>.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio de 2007.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, 11 ed., Vols. I y II, Madrid, Tecnos, 2016.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Perfis metodológicos do Direito Constitucional Europeu", en *O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estatal, supranacional e global*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Prólogo", en AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, Civitas, 2002.

BARAGGIA, Antonia, L'ambito di applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali: nuovo itinerari interpretativi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia?, en TERUEL LOZANO, Germán M.; PÉREZ MIRAS, Antonio; RAFFAIOTTA, Edoardo C. (Directores), *Constitución e Integración Europea. Derechos Fundamentales y sus garantías jurisdiccionales*, Madrid, Dykinson, 2017.

BELTRÁN, Luz Helena, "Mercado común y libre comercio, ¿enfrentados a los derechos fundamentales?", en *Revista de Derecho y Economía*, núm. 23.

BENDA, Ernst, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (Orgs.). *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

BESSION, Samantha, "European Legal Pluralism after Kadi", en *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009.

BESSELINK, Leonard F. M., "Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union", en *Common Market Law Review* (1998), Vol. 35, núm. 3.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Trad. Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

BUSTOS GISBERT, Rafael, "La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

BUSTOS GISBERT, Rafael, "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos", en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

BROWN, C., "Case-note: Schmidberger", en *Common Law Market Review*, núm. 40, 2003.

CABALLEROM SÁNCHEZ, Rafael, La dignidad humana como fuente atributiva de derechos fundamentales no formalizados, en PUYOL MONTERO, José María (Coord.), *Studies on life, human dignity and law. Dignidad humana, vida y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

CABRERA RODRÍGUEZ, José, "Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, septiembre-diciembre de 2013.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, *Votos particulares y Derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, Secretaría General del Ministerio de Justicia, 1993.

CANARIS, Claus-Whilheim, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Traducción de Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução, estado atual e perspectivas", en *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOR, Iris, "My Brother's Keeper? Horizontal Solange: an ever closer distrust among the peoples of Europe", en *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Brançosos e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., Coimbra, Almedina, 2009.

CANOTILHO, Mariana; SILVEIRA, Alessandra (Coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013.

CANOTILHO, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2008.

CARROZZA, Paolo, "El «Multilevel Constitutionalism» y el sistema de fuentes del derecho", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 19, julio-septiembre de 2006.

CARTABIA, Marta (Coord.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, il Mulino, 2011.

CARTABIA, Marta, "Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously", en *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009.

CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R; OLIVER-LALANA, Daniel (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne, *The Evolution of EU Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2011.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *Comunión* constitucional europea", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, núm. 25, enero-abril de 1989.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Rights in Europe: The Crowded House", en *Working Papers in European Law – King's College London*, Working Paper 01/2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *A Constituição na vida dos povos. Da Idade Média ao Século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2010.

DAWSON, Mark; MUIR, Elise, “Enforcing fundamental values: EU Law and Governance in Hungary and Romania”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, núm. 4, 2012.

DE BÚRCA, Gráinne, “After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, 2013.

DE BÚRCA, Gráinne, “The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 1, 2010.

DE BÚRCA, Gráinne, “The language of rights and european integration”, disponible en <http://aei.pitt.edu/6920/01/de_b%C3%BArca_gr%C3%A1inne.pdf>.

DE CABO MARTÍN, Carlos, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010.

DE CABO MARTÍN, Carlos, “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998.

DE SCHUTTER, Olivier, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, en *Jean Monnet Working Paper 07/04*, New York University School of Law, disponible en <<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040701.pdf>>.

DE VISSER, Maartje, “Dealing with Divergences in Fundamental Rights”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, 2013.

DÍAZ CREGO, María, "El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TJCE referida a los derechos fundamentales", en ROCA, Javier García; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.

DÍAZ CREGO, María, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Madrid, Editorial Reus, 2009.

DIEZ-PICAZO, Luis María, "¿Una constitución sin declaración de derechos? Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, mayo-agosto de 1991.

DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Navarra, Civitas, 2008.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007.

DUARTE, Maria Luisa, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

DUARTE, Maria Luísa, "A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais - a chancela do Tratado de Lisboa", en MIRANDA, Jorge (Dir.), *O Tratado de Lisboa*, Cadernos O Direito, núm. 5, Coimbra, Almedina, 2010.

DUARTE, Maria Luisa, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem - uma defesa do «triângulo judicial europeu»*, disponible en <congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf>.

DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010.

DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais - no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006.

DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, Trad. Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, 2013.

ERIKSEN, Erik Oddvar, "Why a Charter of Fundamental Human Rights in the EU?", ARENA Working Papers 36/2002, disponible en <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2002/02_36.xml>.

ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Editorial Trotta, 1994.

FERRAJOLI, Luigi, "Democracia constitucional y derechos fundamentales: la rigidez de la Constitución y sus garantías", en FERRAJOLI, Luigi; JOAN MORESO, Josep; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão*, Trad. Ana Paula Zomer Sica et al., 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trad. Manuel Martínez Neira, 6ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

FONTANELLI, Filippo, "Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson", en *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 2, septiembre de 2013.

FRANTZIOU, Eleni, “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, en *European Law Journal*, vol. 21, núm. 5, septiembre de 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Navarra, Editorial Aranzandi, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Navarra, Civitas, 2009.

GARCÍA HERRERA, MIGUEL A. (ed.), *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España. (Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Bilbao, 2005.

GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna. *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuter-Aranzadi, 2017.

GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2009.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1989.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 0, 1998, disponible en <<http://www.uv.es/CEDFH>>.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos (Coord.), *Los derechos como principios objetivos en los estados compuestos*, Barcelona, Librería Bosch, 2010.

GENNUSA, Maria Elena, "Il caso Kadi: misure antiterrorismo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, diritti fondamentali e ruolo costituzionale dell'Unione europea", en CARTABIA, Marta(Coord.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bolonia, il Mulino, 2011.

GERARDS, Janneke, "Pluralism, Deference and Margin of Appreciation", en *European Law Review*, Vol. 17, núm. 1.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu, *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*, Campo Grande, Solivros, 1999.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Sanz y Torres, 2015.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo, "Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", en FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2000.

GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid, Civitas, 2010.

GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, CEPC, 2012.

GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio; TAPIA TRUEBA, Ariane, "Diálogos, Monólogos y Tertulias. Reflexiones a propósito del Caso Melloni", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 11, n. 22, julio-diciembre/2014.

GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio; MARTINICO, Giuseppe, "La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.

GOUCHA SOARES, António, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

GOZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Pamplona, Civitas, 2010.

GRAU, Eros, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002.

GRAU, Eros, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.

GROPPI, Tania, "La «primauté» del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado", Trad. Juan Francisco Sánchez Barrilao, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero-junio de 2006.

HÄBERLE, Peter, "Derecho Constitucional Común Europeo", Trad. Emilio Mikunda Franco, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, enero-marzo de 1993.

HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Hector Fix-Fierro, Ciudad de México, UNAM, 2001.

HÄBERLE, Peter, "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica", Trad. Emilio Mikunda Franco, en PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE (coord.),

Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, Madrid, Marcial Pons, 1996.

HÄBERLE, Peter, "El proceso constitucional en Europa", en GARCÍA HERRERA, MIGUEL A. (ed.). *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España*. (Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003), Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Bilbao, 2005.

HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ciudad de Mexico, FUNDAp, 2005.

HÄBERLE, Peter, "Europa como comunidad constitucional en desarrollo", Trad. Francisco Balaguer Callejón, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004.

HÄBERLE, Peter, "La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura", Trad. Miguel Azpitarte Sánchez, en el Congreso Internacional en Honor de Peter Häberle "Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo", realizado a Granada, el 11 de mayo de 2017.

HÄBERLE, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

HÄBERLE, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Trad. Jürgen Saligmann y César Landa, Lima, PUC-PERU, 1997.

HÄBERLE, Peter, "La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho", en *Dereito*. Vol. 5, núm. 2, 1996.

HÄBERLE, Peter, "La regresiva «Sentencia Lisboa» como «Maastricht-II» anquilosada", Trad. Francisco Balaguer Callejón, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2009.

HÄBERLE, Peter, "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas.", Trad. Francisco Balaguer Callejón, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, enero-junio de 2010.

HÄBERLE, Peter, "Métodos y principios de la integración constitucional. Un catálogo de problemas.", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo I, México, Editorial Porrúa, 2005.

HÄBERLE, Peter, "Palabras clave para el constitucionalismo de hoy – una perspectiva alemana", Trad. Roxana Jordan Radenovic, en *THÉMIS - Revista de Derecho*, núm. 67, 2015.

HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de la Teoría Constitucional de la Sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter, "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", Trad. Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero-junio de 2006.

HÄBERLE, Peter, "Teoria da Constituição sem Direito Natural", Trad. António Francisco Sousa e António Franco, en *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, Volume 12, núm. 66, 2015.

HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000.

HÄBERLE, Peter, "¿Tienen España y Europa una Constitución?", Trad. Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre de 2009.

HÄBERLE, Peter, *Verfassung als öffentlicher Process. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998.

HÄBERLE, Peter, *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis. Letzte Schriften und Gespräche*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.

HABERMAS, Jürgen, *Sobre a Constituição da Europa*, Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa y Rurión Melo, São Paulo, Editora Unesp, 2012.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J., *El Federalista*, Trad. Gustavo R. Velasco, 2ª ed, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

HART, H. L. A., *O conceito de direito*, Trad. Antonio de Oliveira Sette Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, SAFE, 1991.

HESSE, Konrad, "Constitución y Derecho Constitucional", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (Orgs.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

HESSE, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (Orgs.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

HINAREJOS, Alicia, "A missed opportunity: the Fundamental Rights Agency and the Euro Area Crisis", en *European Law Journal*, Vol. 22, núm. 1, enero de 2016.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M, "Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the *Kadi* Judgment", en *International Organizations Law Review*, vol. 5, núm. 2.

HONG, Mathias, "Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: *Solange III* and *Aranyosi*", en *European Constitutional Law Review*, núm. 12, 2016.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, "La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, septiembre-diciembre de 2013.

JACKSON, Vicki C., "Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement", en *Harvard Law Review*, Vol. 119, núm. 1, noviembre de 2005.

JACQUÉ, Jean Paul, "The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union", en PEERS, Steve; HERVEY, Tamara; KENNER, Jeff; WARD, Angela (Editores), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford y Portland, Oregon, CH Beck-Hart-Nomos, 2014.

JIMENA QUESADA, Luis, "La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundamental de la Unión Europea", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 50, 2014.

KANALAM, Ibrahim, "*Der EuGH in H.C. Chavez-Vilchez: Abgeleitetes Aufenthaltsrechts aus der Unionsbürgerschaft und die Bedeutung des Kindeswohl*", disponible en «<http://verfassungsblog.de/der-eugh-in-h-c-chavez-vilchez-abgeleitetes-aufenthaltsrecht-aus-der-unionsbuergerschaft-und-die-bedeutung-des-kindeswohls/>».

KONCEWICZ, Tomacz Tadeusz, *“Constitutional Capture in Poland 2016 and Beyond: what is next”*, disponible en <<http://verfassungsblog.de/constitutional-capture-in-poland-2016-and-beyond-what-is-next/>>.

KOTZUR, Markus, "Los derechos fundamentales en Europa", Trad. Cristina Elías Méndez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre de 2009.

LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª ed., Cizur Menor, 2015.

LECZYKIEWICZ, Dorota, "Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights", en *European Law Review*, núm. 38, 2013.

LENAERTS, Koen; CORTHAUT, Tim, "Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law", en *European Law Review*, Vol. 31, núm. 3, 2006.

LOCK, Tobias, "The future of European Union's accession to the European Convention on Human Rights after the Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable", en *European Constitutional Law Review*, núm. 11, 2015.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, "Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales", en CORCUERA ATIENZA, Javier (coord.), *La protección de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2002.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio (Directores), *Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales. Algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, en VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

LUCAS VERDÚ, Pablo, “Tener y Estar en Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 75-76, mayo-diciembre 2009.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

MANCINI, G. Federico, “The making of a Constitution for Europe”, en *Common Market Law Review*, Vol. 26, 1989.

MANGAS MARTIN, Araceli (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo, “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, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013.

MARTINICO, Giuseppe, “La autonomía del Derecho de la Unión Europea: una celebración conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos”, en *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 119, junio de 2016.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*,

recurso electrónico disponible en
<http://app.vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=6116>.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier, "Primacía del Derecho de la Unión y Derechos Constitucionales. En Defensa del Tribunal Constitucional, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, enero-abril 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; CARDUCCI, Michele, *Teoria Tridimensional das Integrações Supranacionais. Uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

McCREA, Ronan, "Faith at work: the CJEU's headscarf rulings", disponible en «<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/faith-at-work-cjeus-headscarf-rulings.html>».

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

MENÉNDEZ, Agustín José y ERIKSEN, Erik Oddvar (Eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

MICHAEL, Lothar, ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?, Trad. Cristina Elías Méndez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio de 2009.

MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Direitos Fundamentais*, Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo, Saraiva, 2016.

MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Grundrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

MORIIN, John, "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the light of the European Constitution", en *European Law Journal*, vol. 12, núm. 1, enero de 2006.

MÜLLER, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales*, Trad. de Alberto Oechling de los Reyes. Dykinson, 2016.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 19, núm. 50, 2015.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NIELSEN, Nikolaj, "Romanian judges report death threats", disponible en <<https://euobserver.com/justice/117188>>.

NOVAIS, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana*. Coimbra: Almedina, 2016, v. I.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e Justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

PACE, Alessandro, "¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares.", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001.

PECHAL, Sacha y PEERS, Steve. "Article 52", en PEERS, Steve; HERVEY, Tamara; KENNER, Jeff; WARD, Jeff (Editores), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford y Portland, Oregon, CH Beck-Hart-Nomos, 2014.

PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, septiembre-diciembre de 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2010.

PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIEREZ, Ignacio (eds), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PI LORENS, Montserrat, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*. Trad. António Franco y António Francisco de Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

POIARES MADURO, Miguel, *A Constituição plural - Constitucionalismo e União Europeia*, Estoril-Cascais, Principia, 2006.

PORRAS RAMÍREZ, José María, *Integração supranacional*, Traducción de Paulo Roberto Barbosa Ramos, São Paulo, Saraiva, 2016.

PUYOL MONTERO, José María (Coord.), *Studies on life, human dignity and law. Dignidad human, vida y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

RAWLS, John, *Uma Teoria de Justiça*, 3ª ed., São Paulo, Martins Editora, 2008.

RIDOLA, Paolo, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura*, Tecnos, Madrid, 2004.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “La «dignidad de la persona» como categoría conceptual en el Derecho de la Unión”, en CHUECA, Ricardo (Dir.), *Dignidad humana y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2015.

ROLDÁN BARBERO, Javier, “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional.”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7, núm. 16, septiembre-diciembre de 2003.

ROSAS, Allan; ARMATI, Lorna, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 81, mayo-agosto de 2011.

SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

SARMIENTO, Daniel, *Poder Judicial e Integración Europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004.

SARMIENTO, Daniel, "Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe", en *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013.

SCHEPPELLE, Kim Lane, "How to evade the Constitution: the Hungarian Constitutional Court's decision on judicial retirement ages", disponible en <http://verfassungsblog.de/evade-constitution-case-hungarian-constitutional-courts-decision-judicial-retirement-age/>.

SCHENK DUQUE, Marcelo, *Direito Privado e Constituição*, São Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 2013.

SCHILLACI, Angelo, "Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010.

SCHILLACI, Angelo, "Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 9, núm. 17, enero-junio de 2012.

SILVEIRA, Alessandra, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos. Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Coimbra, Almedina, 2007.

SILVEIRA, Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2009.

SKOURIS, Vassilios, "Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance", en *European Business Law Review*, vol. 17, núm. 2, 2006.

SHAW, Jo, "Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism", en GRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne (Eds.), *The Evolution of EU Law*, New York, Oxford University Press, 2011.

SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SPAVENTA, Eleanor, "What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? Some further reflections on the Achbita case", disponible en «<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/what-is-point-of-minimum-harmonization.html>».

STARCK, Christian, *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

TERUEL LOZANO, Germán M.; PÉREZ MIRAS, Antonio; RAFFAIOTTA, Edoardo C. (Directores), *Constitución e Integración Europea. Derechos Fundamentales y sus garantías jurisdiccionales*, Madrid, Dykinson, 2017.

TORRES PÉREZ, Aida, "En defensa del pluralismo constitucional", en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz (Coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EC Law*, New York, Oxford University Press, 2000.

UGARTEMENDÍA ECEIBARRENA, Juan Ignacio, “La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

UGARTEMENDÍA ECEIBARRENA, Juan Ignacio, “La eficacia ‘federalizante’ de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho Penal”, en GARCÍA ROCA, Javier; ALBERTÍ, Jeff (Coord.), *Treinta Años de Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

VECCHIO, Fausto, *Primacía del Derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.

VILLACORTA MANCEBO, Luis Quintín, “Aspectos de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales (I)”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, enero-agosto 2008.

VON BOGDANDY, Armin, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, Trad. de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas, en VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

VON BOGDANDY, Armin; BAST, Jürgen (Editores), *Principles of European Constitutional Law*, 2 ed., Oxford, Hart-CH Beck- Nomos, 2009.

VOSSKUHLE, Andreas, “La integración europea a través del derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal (Alemania)”, Traducción de Pablo Sánchez-Molina, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

WEILER, J. H. H., "Bread and circus: the state of European Union", en *Columbia Journal of European Law*, Vol. 4, 1998.

ZWEIGERT, K. y KORTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, Vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1987.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

ESPAÑA

- STC 11/1981
- STC 2/1982
- STC 15/1982
- STC 53/1985
- STC 115/1987
- STC 145/1991
- STC 94/1993
- STC 116/1993
- STC 242/1994
- STC 139/1995
- STC 292/2000
- STC 236/2007
- STC 26/2014

ALEMANIA

- BVerfGE 7,198
- BVerfGE 33, 303
- BVerfGE 39, 1
- BVerfGE 73, 339
- BVerfGE 75, 348
- BVerfGE 88, 203
- BVerfGE 123, 267
- BVerfG, 2 BvR 2735/14

EUROPA

TEDH

- Handyside c. Reino Unido de 7 de septiembre de 1976
- Burghartz c. Suiza, 22 de febrero de 1994
- Stjerna c. Finlandia, de 25 de noviembre de 1994
- Loizidou c. Turquía, de 23 de marzo de 1995
- Üner c. los Países Bajos, 18 de octubre de 2006
- Kaya c. Alemania, 28 de junio de 2007
- Boulgakov c. Ucrania, de 11 de septiembre de 2007
- Chair y J. B. c. Alemania, de 6 de diciembre de 2007
- S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008
- Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013

TJUE

- Asunto 1/58, Friedrich Stork & Cie/Alta Autoridad de la de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
- Asunto 26/62, NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen
- Asunto 29/69, Erich Stauder/Ciudad de Ulm, Sozialamt
- Asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel
- Asunto 4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung/Comisión
- Asunto 167/73, Comisión/República Francesa
- Asunto 36/75, Roland Rutili/Ministro del Interior
- Asunto 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato/SpA Simmenthal
- Asunto 44/79, Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz
- Asunto 115/79, AM&S Europe/Comisión
- Asunto C-283/81, Srl CILFIT/Ministero della Sanità y Lanificio di Gavardo SpA
- Asunto C-294/83, Parti écologiste "Les Verts"/Parlamento
- Asunto 5/88, Hubert Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (1989)

- Asunto C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia (ERT AE)/Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP)
- Asunto C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland
- Asunto C-370/90, The Queen/Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh
- Asunto C-168/91, Christos Konstantinidis/Stadt Altensteig, Standesamt y Landratsamt Calw, Ordnungsamt
- Asunto C-299/95, Kremzow
- Asunto C-285/98, Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland
- Asunto T-54/99, Max. Mobil/Comisión
- Asunto C-60/00, Mary Carpenter/ Secretary of State for the Home Departmen
- Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich
- Asunto T-315/01, Kadi/Consejo y Comisión
- Asunto C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn
- Asunto C-148/02, Carlos Garcia Avello/État Belge.
- Asunto C-200/02, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen/ Secretary of State for the Home Department
- Asunto C-131/03, Reynolds Tobacco/Comisión
- Asunto C-540/03, Parlamento/Consejo
- Asunto C-328/04, Vajnai
- Asunto C-380/05, Centro Europa 7 Srl/Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni y Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni
- Asunto C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión
- Asunto C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión
- Asunto C-135/08, Janko Rottmann/Freistaat Bayern
- Asunto C-388/08, Artur Leymann/Aleksei Pustovarov
- Asunto C-382/08, Michael Neukirchinger/Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen
- Asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEM)

- Asunto T-85/09, Yassin Abdullah Kadi/Comisión Europea
- Asunto C- 92/09, Volker und Markus Schecke GbR y Hartmut Eifert/ Land Hessen
- Asunto C- 93/09, Volker und Markus Schecke GbR y Hartmut Eifert/ Land Hessen
- Asunto C- 208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien.
- Asunto C-261/09, Gaetano Mantello
- Asunto C- 343/09, Afton Chemical
- Asunto C- 391/09, Malgožata Runevič- Vardyn y Łukasz Paweł Wardyn/Vilniaus miesto savivaldybės administracija,Lietuvos Respublikos teisingumo ministerija,Valstybinė lietuvių kalbos komisija y Vilniaus miesto savivaldybės administracijos Teisės departamento Civilinės metrikacijos skyrius
- Asunto C- 434/09, Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department.
- Asunto C-355/10, Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea
- Asunto C-411/10, N.S./Secretary of State for the Home Department
- Asunto C-493/10, N.S./Secretary of State for the Home Department y M.E., A.S.M, M.T., K.P., E.H/Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform
- Asunto C- 581/10 Nelson y otros
- Asunto C-584/10 P, Comisión, Consejo y Reino Unido/Yassin Abdullah Kadi
- Asunto C-593/10 P, Comisión, Consejo y Reino Unido/Yassin Abdullah Kadi
- Asunto C-595/10 P, Comisión, Consejo y Reino Unido/Yassin Abdullah Kadi
- Asunto C-617/10, Åklaragen/Hans Åkerberg Fransson
- Asunto C- 629/10, Nelson y otros
- Asunto C-71/11, Bundesrepublik Deutschland/ Y. y Z
- Asunto C-99/11, Bundesrepublik Deutschland/ Y. y Z
- Asunto C- 256/11, Murat Dereci,Vishaka Heiml,Alban Kokollari,Izunna Emmanuel Maduiké y Dragica Stevic/Bundesministerium für Inneres
- Asunto C- 283/11, Sky Österreich GmbH/Österreichischer Rundfunk
- Asunto C-396/11, Ciprian Vasile Radu
- Asunto C- 399/11, Procedimiento penal contra Stefano Melloni
- Asunto C- 426/11, Mark Alemo-Herron y otros/Parkwood Leisure Ltd.

- Asunto C- 176/12, Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône y Confédération générale du travail (CGT)
- Asunto C-176/12, Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT.
- Asunto C-199/12 Minister voor Immigratie en Asiel/ X.,Y. y Z.
- Asunto C-201/12, Minister voor Immigratie en Asiel/ X.,Y. y Z.
- Asunto C-356/12, Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern
- Asunto C- 370/12, Thomas Pringle/Government of Ireland, Ireland
- Asunto C-206/13, Cruciano Siragusa/Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo
- Asunto C-265/13, Emiliano Torralbo Marcos/Korota, S.A. y Fondo de Garantía Salarial
- Asunto C-333/13, Elisabeta Dano y Florin Dano/Jobcenter Leipzig
- Asunto C-67/14, Jobcenter Berlin Neukölln/Nazifa Alimanovic y otros
- Asunto C- 129/14, Zoran Spasic
- Asunto C- 165/14, Alfredo Rendón Marín/Administración del Estado
- Asunto C- 304/14, Secretary of State for the Home Department/C.S.
- Asunto C- 362/14, Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner
- Asuntos acumulados C- 8/15 P, Ledra Advertising Ltd y otros/Comisión Europea y Banco Central Europeo (BCE)
- Asunto C- 10/15 P, Ledra Advertising Ltd y otros/Comisión Europea y Banco Central Europeo (BCE)
- Asunto C- 133/15, H.C. Chávez-Vílchez y otros/Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank, College van burgemeester en wethouders van de gemeente Arnhem y otros
- Asunto C- 188/15, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole SA