

SOBRE LA NECESIDAD DE BUSCAR EL ESTÁNDAR O NIVEL MÁS ALTO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA DE TUTELA MULTINIVEL EN LA UNIÓN EUROPEA

Joaquín Sarrión Esteve

Profesor Ayudante Doctor.

Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración.

Universidad de Valencia

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don FRANCISCO MONTERDE FERRER, don JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MORALES, don JOSÉ MANUEL PALAU NAVARRO, doña REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ y don RICARDO DE VICENTE DOMINGO.

EXTRACTO

La protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo exige de criterios hermenéuticos que posibiliten la delimitación del contenido y extensión del derecho fundamental en juego. Así, debemos considerar los derechos fundamentales reconocidos a nivel nacional (Constituciones), internacional (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y de la Unión Europea (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Es necesario delimitar los criterios de interconexión más adecuados para llegar a los criterios de interpretación de los que se deriven las exigencias y garantías de los derechos fundamentales. En el marco de los países miembros de la Unión Europea, que son a su vez parte del Consejo de Europa, es donde se da este sistema multinivel a tres bandas, donde será necesario analizar los criterios de interconexión desde el derecho de la Unión Europea, que es el que consagra el criterio del máximo nivel de protección aplicable, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, y que como veremos es compatible con los límites constitucionales consagrados en la doctrina constitucional de los Estados miembros, así como con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (teniendo en consideración la futura adhesión de la UE), puesto que este criterio implica que a la hora de tutelar los derechos fundamentales habrá que buscar el nivel más alto de protección de los mismos.

Palabras claves: derechos fundamentales, estándar de protección, Unión Europea y sistema multinivel.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

ABOUT THE NEED TO FIND THE HIGHER STANDARD OR LEVEL OF FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION IN THE MULTILEVEL SYSTEM IN THE EUROPEAN UNION

Joaquín Sarrión Esteve

ABSTRACT

The protection of fundamental rights in the European multilevel system requires hermeneutical criteria in order to allow the definition of the content and scope of any fundamental right in conflict. Therefore, we must consider fundamental rights recognized at national (national constitutions), international (European Human Rights Convention) and European Union (Charter of Fundamental Rights of European Union) levels.

We must define the most appropriate criteria of interconnection to interpret the requirements and guarantees of fundamental rights. Regarding EU member countries which are also part of the Council of Europe, the multilevel system gives three relevant bands where we must analyze the interconnection criteria from EU law. It enshrines the maximum level of protection criteria after Lisbon Treaty entered into force on 1 December 2009. And this criteria is compatible with constitutional limits doctrine of EU Member States, as well with the European Convention of Human Rights (taking into account the future EU accession to it), because this approach implies the quest of the highest level of fundamental rights protection.

Keywords: fundamental rights, standard of protection, European Union and multilevel system.

Sumario

1. Motivación
2. La configuración de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea tras Lisboa: el estándar o nivel más alto de protección como criterio llave
 - 2.1. El reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
 - 2.2. Afirmar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales
 - 2.3. El mandato de adhesión al CEDH
3. Los límites constitucionales y el estándar o nivel más alto de protección
4. Sobre la adhesión al CEDH y el estándar o nivel más alto de protección
5. Conclusiones

Bibliografía

1. MOTIVACIÓN

En la actualidad vivimos en un sistema multinivel de derechos fundamentales europeo, lo que hace necesario «una interpretación específica de las relaciones entre ordenamientos»¹.

Así, es obvio que debemos tener en consideración que los Estados miembros de la Unión Europea (UE) son a su vez miembros de la UE y también parte en el Consejo de Europa, con lo que podemos hablar de tres niveles: nacional, europeo y convencional².

Esto es así con independencia de que asumamos una posición pluralista (existencia de ordenamientos autónomos diferentes) o constitucionalista (integración progresiva de ordenamientos); y es que la existencia de un sistema multinivel hace necesario que asumamos una posición concreta respecto a las relaciones entre ordenamientos de diferentes niveles cada vez más entrelazados³.

En nuestra opinión es conveniente partir de la perspectiva teórica del constitucionalismo multinivel o *multilevel constitutionalism*⁴, sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha implicado la apertura de un nuevo horizonte constitucional en el espacio europeo⁵.

Desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico mantiene su unidad, pero está caracterizado por una naturaleza compleja, al estar compuesto de diferentes niveles, con una pluralidad de normas emanadas por diversos órganos, ya sean estos internos o externos⁶.

¹ Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Sanz y Torres, 2011, pág. 20.

² E incluso dentro del sistema multinivel habría que hablar también del nivel regional en algunos Estados miembros, como por ejemplo el español. No obstante, por razones de espacio, tiempo y temática más general de este trabajo no vamos a ocuparnos del nivel regional en este trabajo.

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, cit., pág. 20.

⁴ BILANCIA, P. y DE MARCO, E. (coord.): *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problema aperti, momento di stabilizzazione*, Giuffrè, Milán, 2004. Precisamente, la teoría del sistema jurídico multinivel «permite analizar el ordenamiento complejo español en el que se integran y entrelazan normas producidas en diferentes niveles normativos». GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, cit. pág. 20.

⁵ Sobre el nuevo horizonte constitucional, véase SARRIÓN ESTEVE, J.: «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», *CefLegal. Revista Práctica de Derecho*, n.º 121, 2011, págs. 53-102.

⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, cit. págs. 55-59.

Esto es importante, puesto que la protección efectiva de los derechos fundamentales⁷ en cualquier sistema requiere que dispongamos de las herramientas hermenéuticas más adecuadas para que el operador jurídico delimite el derecho aplicable, incluidos los derechos fundamentales, su contenido, extensión y nivel de protección o tutela⁸.

En un sistema multinivel como el que vivimos, donde la interconexión es tan clara, además de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, tenemos que tener en consideración los derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional (Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–) y de la Unión Europea (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea); así como su ámbito de aplicación y los criterios de interconexión más adecuados para llegar a los criterios de interpretación de los que se deriven las exigencias y garantías que buscamos identificar.

En cada uno de estos tres niveles, podemos identificar un garante de los derechos fundamentales y máximo intérprete de su aplicación en su nivel respectivo. En el nivel nacional será

⁷ No entramos en la cuestión del concepto de «derechos fundamentales» y su distinción con el de «derechos humanos»; se suele utilizar la expresión «derechos fundamentales» en el ámbito de los ordenamientos constitucionales, y la de «derechos humanos» en el derecho internacional. En el derecho de la UE, por sus peculiaridades, se suele utilizar la expresión «derechos fundamentales». Vid. DIEZ PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2.ª edición, 2005, pág. 389.

Como acertadamente indica ALGUACIL, conviene distinguir entre el espacio del Convenio y el de la UE, «el internacional del supranacional. Mientras que el primero se caracteriza por seguir regido por principios clásicos del Derecho Internacional, el segundo contempla la existencia de instituciones por encima de los Estados que imponen sus decisiones directamente a los ciudadanos». Vid. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J.: «Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos», *Revista General de Derecho Europeo*, 2011, n.º 25, pág. 3, nota a pie 8.

Como en este trabajo hablamos de un sistema multinivel de derechos es conveniente buscar la utilización de una única expresión o utilizarlas en sentido equivalente, y ese es nuestro propósito, utilizaremos la expresión «derechos fundamentales», predominantemente, pero también «derechos humanos» en sentido equivalente para tratar la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo.

Para un estudio más profundo del concepto remitimos a: BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991; ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993; PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1997; TORRES DEL MORAL, A.: «Fundamento, naturaleza y sujeto de los derechos», en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007, págs. 75-100.

Ciertamente es discutible que se pueda hablar, en sentido estricto, de un sistema de protección de derechos humanos en la UE, puesto que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, no existía un catálogo de derechos que tuviera carácter vinculante, ni mecanismos específicos de protección de los mismos. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M.: «La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): la obra de las comunidades europeas y de la Unión Europea», en BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M.: *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 196. Pero es indudable que la tutela «pretoriana» o «casuística» que ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia ha contribuido a su construcción, que entendemos se está produciendo de forma progresiva pero imparable.

⁸ También sería importante valorar los límites o restricciones a los que se pueden someter dichos derechos fundamentales, pero esto es una cuestión que excede del propósito de este trabajo. Hay un estudio muy interesante que trata de delimitar precisamente el concepto de restricciones a los derechos fundamentales, al que nos remitimos, véase CABEZUDO BAJO, M. J.: «La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 77, 2010, págs. 143-182.

el tribunal constitucional o supremo con competencia para ello; en el nivel de la UE, el Tribunal de Justicia⁹; y en el nivel convencional del Consejo de Europa, tenemos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que garantiza los derechos y libertades reconocidos en el CEDH de 1950.

Dado que queremos delimitar nuestro campo de estudio al sistema de protección de los derechos fundamentales, como hemos anticipado, en la UE, es decir, teniendo en cuenta a los Estados miembros de la Unión, y los tres niveles (nacional, UE y convencional), vamos a centrarnos en los criterios de interconexión establecidos en el derecho de la UE, que es el que consagra el criterio del máximo nivel de protección aplicable, como vamos a ver a continuación, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

2. LA CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA TRAS LISBOA: EL ESTÁNDAR O NIVEL MÁS ALTO DE PROTECCIÓN COMO CRITERIO LLAVE

Respecto a la protección de los derechos fundamentales conforme al Tratado de Lisboa, sin duda, es el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) el que es determinante:

«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

⁹ Vid. SARRIÓN ESTEVE, J.: *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2013.

fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales»¹⁰.

De este artículo se deduce que la protección de los derechos fundamentales en la UE tras el Tratado de Lisboa se configura a través de tres ejes o vías¹¹.

Las dos más relevantes serían: 1) el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE); y 2) afirmar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE). Estas dos vías se completarían con el mandato de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.2 TUE).

Pero antes de entrar a valorar cada una de estas vías o ejes, hay que apuntar varias reflexiones generales que se han apuntado con acierto:

- La primera es que la protección de los derechos, principios y libertades se basaría en una «paradoja», en la medida en que reconoce derechos fundamentales cuyas fuentes son externas al propio Tratado, la Carta (art. 6.1, párrafo primero), el CEDH y las tradiciones constitucionales nacionales (art. 6.3); como también se refiere a normas de interpretación de los derechos, principios y libertades de la Carta externos, las disposiciones del Título VII de la Carta y las explicaciones referidas en la misma (art. 6.1, párrafo tercero).
- La segunda, que estamos ante un reconocimiento que realiza el artículo 6 del TUE, por lo que estos instrumentos no tendrían un carácter constitutivo, esto es, gozan de una existencia independiente, pero no determinan su propio estatus jurídico en el derecho de la Unión¹².
- En tercer lugar, debemos notar que el reconocimiento que se realiza es diverso: en un caso se reconocen los derechos, principios y libertades de la Carta, precisamente en cuanto tales «derechos, principios y libertades» (art. 6.1, párrafo primero); y en otro, los derechos fundamentales del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes como «principios generales» (art. 6.3).

¹⁰ Podemos encontrar la versión consolidada del TUE tal y como queda con el Tratado de Lisboa, así como el TFUE, en <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML> (último acceso el 10 de diciembre de 2010).

¹¹ De nuevo CASTILLO DAUDÍ, M.: «La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): la obra de las comunidades europeas y de la Unión Europea», cit.; y CASTILLO DAUDÍ, M.: *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 209-213.

¹² CHALMERS, D., DAVIES, G. y MONTI, G.: *European Union law: text and materials*, 2.ª edición, Cambridge University Press, 2010, pág. 230.

2.1. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS, LIBERTADES Y PRINCIPIOS DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Encontramos un reconocimiento del estatus jurídico de los derechos, principios y libertades contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales, en la versión de 2007, si bien quizá con una desafortunada redacción del apartado primero del artículo 6 del TUE. No había necesidad de hacer referencia expresa a la Carta de 7 de diciembre de 2000, para después añadir que se dota de eficacia a dicha Carta «tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007». Hubiera sido suficiente con mencionar la última versión proclamada¹³.

En cualquier caso, lo cierto es que se atribuye eficacia jurídica a la Carta, en su versión de 2007, de una forma clara¹⁴, ya que ha sido calificada como una «incorporación por referencia»¹⁵, sin perjuicio de la existencia de los conocidos protocolos sobre su aplicación:

- Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido¹⁶.

¹³ El artículo 6.1 del TUE atribuye fuerza jurídica a 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».

¹⁴ Quizá hay una sombra reseñable respecto a la Carta que apunta GARCÍA ROCA, al referirse a la publicación de la Carta en el Diario Oficial de la Unión Europea dentro del capítulo de «informaciones» y no en el de «legislación» como hubiera sido lógico. Para GARCÍA ROCA es producto del interés en mantener una «calculada –y torturante– ambigüedad típicamente comunitaria» *Vid.* GARCÍA ROCA, J.: «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?» en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales; de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pág. 44. Sin embargo, lo cierto es que el propio Tratado de Lisboa también se publicó en dicho capítulo de comunicaciones, y es que tanto uno como otro, en el momento de su publicación, estaban pendientes de su entrada en vigor; máxime si tenemos en cuenta que la vigencia de la Carta depende directamente de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por otro lado, ROSSI se plantea si «potrebbe promuovere un ricorso in infrazione contro uno Stato che la viola? Dalla lettura del trattato sembrerebbe di no, perché questo ricorso è limitato a lla "violazione del Trattato"». E ancora: in che modo (e da chi) la Carta potrebbe essere in futuro modificata?». *Vid.* ROSSI, L. S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», pág. 2. Accesible en www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/Rossi.doc. *Vid.* también su trabajo «I principi enunziati dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?», *Rivista di diritto internazionale*, n.º 4, 2009, págs. 993-1.019.

¹⁵ En este sentido, *vid.* PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pág. 5. La fuerza jurídica vía remisión podría tener incluso, paradójicamente, un efecto positivo al poder aumentar la identificación y la utilización de la misma por parte de los ciudadanos. En este sentido, *vid.* ROSSI, L. S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», *op. cit.*, pág. 1.

¹⁶ Protocolo n.º 30 sobre Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, anexo a los tratados.

- Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa¹⁷.

En el primero de ellos, Polonia y Reino Unido declaran que la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles pero no crea nuevos derechos ni principios.

En primer lugar, llamó la atención que dos Estados miembros con intereses a priori divergentes pudieran llegar a concluir dicho protocolo¹⁸. En segundo lugar, la doctrina se planteó los posibles efectos del mismo con temor por la posible exclusión de la fuerza jurídica de los derechos contenidos en la Carta¹⁹. Respecto al segundo, hay que decir que está formalizado por la República Checa, y supone la unión de este país a los *opt outs* polaco y británico.

Ambos protocolos pueden constituir la sombra más larga que recae sobre la fuerza jurídica de la que goza la Carta, puesto que los protocolos y anexos de los tratados forman parte integrante de los mismos²⁰.

Del estudio de los mismos, la mayor parte de la doctrina ha entendido que supondrían un *opt out*, que privaría a los ciudadanos de dichos países de solicitar en vía jurisdiccional la tutela de los derechos fundamentales contenidos en la Carta frente a normas o actos estatales en el ámbito del derecho de la Unión²¹. Sin embargo, curiosamente el comité relativo a la constitución de la Cámara de los Lores no llegó a esta conclusión²².

¹⁷ Incluido en el Anexo I a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, de 29 y 30 de octubre de 2009, estableciendo que el Protocolo n.º 30 será de aplicación también a la República Checa.

¹⁸ Con independencia de que los objetivos de uno y otro fueran diferentes, lo bien cierto es que en un primer momento la posición de ambos países se concretó en la introducción de este Protocolo n.º 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, que incluye la previsión de que «nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». Es curiosa, sin embargo, la necesidad que ha tenido Polonia de añadir dos declaraciones anejas al Tratado, las números 62 y 63, en las que formula reservas a la Carta respecto de la legislación estatal en materia de moral pública, derecho de familia, protección de la dignidad y el respeto de la integridad física y moral; pero desmarcándose de la posición del Reino Unido en materia de derechos sociales.

¹⁹ Esta declaración se ha interpretado en el sentido de establecer unas excepciones a la aplicación de la Carta que podrían suponer que los jueces polacos y británicos no podrán controlar leyes y actos de sus respectivos estados en relación con la Carta, salvo en la medida en que Polonia y el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional. Vid. MANGAS MARTÍN, A.: «El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 2, 2008, págs. 28 y 29.

²⁰ Artículo 51 del TUE.

²¹ A favor de la consideración del Protocolo como un *opt out* que limitaría la eficacia de la Carta se reflexiona en PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «La Carta de Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pág. 12; MANGAS MARTÍN, A.: «El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa», *op. cit.*, pág. 28, entre otros.

²² Vid. HOUSE OF LORDS, CONSTITUTION COMMITTEE: *European Union (amenalment) bill and the Lisbon Treaty: implications for the UK Constitution*, 19 de marzo de 2009, págs. 20-23.

Quizá cabe destacar la reflexión realizada por PASTOR RIDRUEJO, quien afirma que, estudiadas sus disposiciones, «más que eximir al Reino Unido y Polonia de la obligación de cumplir la Carta, lo que hace el Protocolo es exceptuar a esos dos Estados de la judiciableidad de los derechos y libertades enunciados, y no solo ante el Tribunal de la Unión sino también ante las respectivas jurisdicciones nacionales», en otras palabras, «estaríamos ante obligaciones jurídicas ciertas, pero no susceptibles de ser invocadas ante instituciones jurisdiccionales»²³.

Por su parte, MANGAS MARTÍN entiende que estas excepciones son un peaje a cambio de la obligatoriedad de la Carta y supondrían que los jueces polacos y británicos no podrán controlar leyes y actos de sus respectivos Estados en relación con la Carta, salvo en la medida en que Polonia y Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en sus legislaciones nacionales. Y cuando alguna disposición de la Carta haga referencia a prácticas y legislaciones nacionales, solo será de aplicación en Polonia y Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que se reconozcan estén reconocidos en la legislación o prácticas de Polonia y Reino Unido²⁴.

Otros autores han defendido que estábamos ante un instrumento de mera compensación hacia unos países con un temor hipotético de utilización de los derechos de la Carta en la vía judicial contra ellos²⁵; dudando muchos de su eficacia, pero entendiendo que la fuerza y extensión de la misma dependerán del Tribunal de Justicia, y por tanto también la naturaleza de *opt out* o no de la misma²⁶.

Lo cierto es que, al fin y al cabo, los derechos que se han introducido en la Carta están inspirados en los que contiene el Convenio de Roma y los propios de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que seguirán constituyendo principios generales de derecho de la Unión, vía reconocimiento del artículo 6.3 del TUE, que posteriormente estudiaremos, y por tanto aplicables a todos los Estados miembros, también a aquellos que han realizado los *opt-out*²⁷.

²³ Vid. PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «La Carta de Derechos...», *op. cit.*, pág. 12.

²⁴ Vid. MANGAS MARTÍN, A.: «El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa», *op. cit.*, págs. 27-28.

²⁵ Señala LASO PÉREZ que las excepciones no son sino un elemento de compensación «que permite en ocasiones una apariencia de haber salvaguardado ciertos intereses. La imposibilidad de que se pueda impugnar una norma nacional por ser contraria a la Carta de Derechos Fundamentales parecía una preocupación para algunos Estados, aunque este temor puede considerarse hipotético». Vid. LASO PÉREZ, J.: «La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 2, 2008, pág. 14.

²⁶ BAQUERO CRUZ, J.: «¿Qué queda de la Carta?», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 15, 2008, pág. 3; LASO PÉREZ, J.: «La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional», *op. cit.*, pág. 14.

²⁷ En este sentido, ROSSI razona respecto de los Estados del *opting out* que «although the force of the Charter is limited as far as their legislations are concerned, these States are still fully engaged by the general principles of EU law envisaged by the Court of Justice, such as the protection of human rights». Vid. ROSSI, L. S.: «How fundamental are fundamental principles?...», *op. cit.*, págs. 79.

Por ello se ha planteado la posibilidad de que el Tribunal de Justicia construya dos sistemas diferenciados de protección de los derechos fundamentales: el primero estaría basado en su jurisprudencia constante, que se aplicaría a los Estados que han realizado el *opt-out*; y el segundo se basaría en la Carta de Derechos Fundamentales, aplicable al resto de Estados²⁸.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, conforme al párrafo segundo del artículo 6.1, la Carta no supone una ampliación de las competencias de la Unión previstas en los tratados²⁹. Y el párrafo siguiente, el tercero del mismo artículo 6.1 del TUE, establece que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán de conformidad con el Título VII de la Carta y teniendo en cuenta las explicaciones de la misma³⁰.

Por ello debemos acudir al texto de la Carta. Respecto del ámbito de aplicación³¹, hay que entender que la Carta vinculará solo a las instituciones y órganos comunitarios en el ámbito de sus

²⁸ Vid. a este respecto DOUGAN, M.: «The Treaty of Lisbon 2007: winning minds not hearts», *Common Market Law Review*, v. 45, n.º 3, 2008, págs. 617 y ss.

De hecho, se ha planteado, de una interpretación del artículo 6 del TUE, que se entiende posible tanto esta posición como la de que el Tribunal de Justicia mantenga su actual doctrina sobre la protección de los derechos fundamentales y considere la Carta como una de las fuentes de inspiración a utilizar.

²⁹ También se establece así en el artículo 51.2 de la Carta, que dispone que «(l)as disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados».

Esta previsión confirma en palabras de GÓMEZ SÁNCHEZ «una conclusión obligada de la aplicación del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión solo disponga de competencias de atribución». Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho constitucional europeo. Derechos y libertades*, Madrid, Sanz y Torres, 2008, pág. 507.

³⁰ Así, el artículo 51.1 de la Carta establece que las disposiciones de la Carta se dirigen a las instituciones y órganos de la UE, y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión.

Como consecuencia jurídica de esta previsión los derechos fundamentales de la Carta solo serían efectivos en el marco de las competencias atribuidas por los Tratados a la UE, cuando se aplica el derecho de la Unión; y que a la vez la Carta no crea por sí misma ninguna competencia ni misión nueva, ni supone modificación en las competencias y misiones que están definidas en los tratados.

Además, conforme a las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, la finalidad del artículo 51 de la Carta es precisar que la misma se aplica a las instituciones y órganos de la Unión respetando el principio de subsidiariedad; y a los Estados miembros, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se les impone esta obligación de respetar los derechos fundamentales en el marco de la Unión, que se impone cuando actúan en el ámbito del derecho de la Unión (DOUE C 303 14 de diciembre de 2007).

En las propias explicaciones se dice que «(si) bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta», pero la consecuencia lógica de esta norma contenida en el artículo 6 del TUE sí supone atribuir cierto valor jurídico al menos para la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta, a las explicaciones antes referidas. A estas explicaciones también se hace alusión en el Preámbulo de la Carta, donde se insiste en que los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones referidas.

³¹ Así, el artículo 51.1 de la Carta establece que las disposiciones de la Carta se dirigen a las instituciones y órganos de la UE, y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión.

Como consecuencia jurídica de esta previsión los derechos fundamentales de la Carta solo serían efectivos en el marco de las competencias atribuidas por los tratados a la UE, cuando se aplica el derecho de la Unión; y que a la vez la Carta no crea por sí misma ninguna competencia ni misión nueva, ni supone modificación en las competencias y misiones que están definidas en los tratados.

competencias, así como también a los Estados miembros en el ámbito relacionado con el derecho comunitario, es decir, aquellas materias que estén reguladas por el derecho europeo³².

En cuanto al alcance e interpretación de la Carta (art. 52 de la Carta) es importante tener en cuenta que del artículo 6.1 se deduce claramente el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la misma. La Carta no tendría únicamente «derechos», a pesar de su denominación como «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», sino también libertades y principios.

Una aproximación a su diferenciación es compleja, puesto que la formación dogmática del concepto de «derecho fundamental» en el derecho de la Unión es una tarea inacabada³³. Más aún si tenemos en cuenta que en la Carta no encontramos una clara distinción ni por el tipo de derecho tutelado ni por la ubicación sistemática en el texto, y es que, si bien en muchas rúbricas encontramos que se intitulan como «derechos» o «libertades», no encontramos en general que se intitulen preceptos con el término de «principios», a excepción del principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49), el único que aparece enunciado como principio, y sí preceptos que se refieren de forma general al contenido del artículo sin intitulación, sin que sea fácilmente precisable si estamos ante un principio o un derecho.

A este respecto, se ha tratado de realizar una clasificación, entendiendo que existían derechos fundamentales, derechos ordinarios y lo que serían principios o cláusulas políticas³⁴. Sin embargo, no es una cuestión sencilla, y habrá que esperar a que la jurisprudencia y la doctrina desarrollen la cuestión.

Además, conforme a las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, la finalidad del artículo 51 de la Carta es precisar que la misma se aplica a las instituciones y órganos de la Unión respetando el principio de subsidiariedad; y a los Estados miembros, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se les impone esta obligación de respetar los derechos fundamentales en el marco de la Unión se impone cuando actúan en el ámbito del derecho de la Unión (DOUE C 303 14 de diciembre de 2007).

Para un estudio de este artículo *vid.* MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 51. Ámbito de aplicación», en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 809-825.

³² De esta vinculación de las instituciones a los derechos contenidos en la Carta, se ha llegado a concluir que estamos ante un *habeas corpus* contra la Unión. En este sentido ROSSI entiende que «(I)e istituzioni europee sono chiaramente vincolate al rispetto della Carta e si potrà chiedere l'annullamento di un atto dell'UE che sia con essa incompatible: si tratta dunque di un *habeas corpus* contro l'Unione. Acquisizione di grande importanza innanzitutto dal punto di vista giuridico, perché allo stato attuale le Costituzioni nazionali e la Cedu difficilmente raggiungono il campo di applicazione del diritto comunitario» *Vid.* ROSSI, L. S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», *op. cit.*, pág. 1.

³³ En este sentido, RODRÍGUEZ IGLESIAS afirmaba en 1999 que «en el derecho comunitario, el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo, en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental [...] con mucha frecuencia el Tribunal de Justicia tutela derechos de los particulares sobre la base de un principio general de derecho tal como el de la proporcionalidad o el de la confianza legítima sin clasificarlos como derechos fundamentales». *Vid.* RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 200, 1999, pág. 17, nota 28.

³⁴ Y lo hizo estudiando la Carta de Derechos Fundamentales en la versión de Niza. *Vid.* MENÉNDEZ, J. A.: «"Rights to solidarity" balancing solidarity and economic freedoms», en ERIKSEN, E., FOSSUM, J. y MENÉNDEZ, J. (eds.), *Char-*

No obstante, es relevante, ya que afecta a la eficacia, pues, conforme al artículo 52.5 de la propia Carta, las disposiciones de la misma que contengan principios «solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de los actos».

Más aún, el apartado primero del artículo 52 dispone que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta se establecerá por ley y deberá respetar el contenido esencial de los mismos, mientras que «dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Por tanto, los derechos y libertades gozan de mayores garantías que los principios.

En esta línea, el apartado tercero del mismo artículo 52 de la Carta estipula que, en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan con los garantizados por el CEDH, «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»; y en el siguiente apartado, que, en la medida en que la Carta reconozca derechos resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, se interpretarán en armonía con las mismas³⁵.

En estos dos apartados citados del artículo 52, el tercero y el cuarto, se está estableciendo la vinculación de los derechos contenidos en la Carta con el CEDH y con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, que son las fuentes de los derechos fundamentales que han sido reconocidos por parte del Tribunal de Justicia como principios generales del derecho de la Unión. Se trata de excluir cualquier tipo de conflicto entre estándares de protección de los derechos fundamentales, introduciendo un criterio de armonización de los derechos, principios y libertades contenidos en la Carta en relación con el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes³⁶.

Alguna doctrina ha sugerido que de estos dos apartados se sugiere que, en caso de disputa, habría una preferencia por el CEDH y las tradiciones constitucionales, que serían las que la regirían³⁷.

tering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its constitutional implications, Nomos, Baden-Baden, 2003, págs. 183-186.

³⁵ Vid. MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios», en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, op. cit., págs. 826-850.

Así, el artículo 52.3 se establece que, cuando contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio de Roma, su sentido y alcance «serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», pero que esto «no impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa», por lo que el Tribunal de Justicia está llamado a garantizar una protección equivalente a la del Convenio, pero pudiendo ser más garantista.

³⁶ En este sentido, ya en 2001 LIISBERG planteaba que la Carta podía suponer una amenaza para la primacía del Derecho comunitario. Vid. LIISBERG, J. B.: «Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of community law», *Common Market Law Review*, v. 38, n.º 5, 2001, págs. 1171-1199.

³⁷ CHALMERS, D., DAVIES, G. y MONTI, G.: *European Union Law*, op. cit., pág. 248.

Sin embargo, esto es discutible puesto que, como a continuación sostenemos, la interpretación del artículo 52.2 y 4, en relación con el artículo 53, parece sugerir más bien un criterio a favor del máximo estándar o nivel de protección, sea este el de la Unión, el del Convenio o el de las tradiciones constitucionales.

Por tanto, se puede entender que el artículo 53, al disponer 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 [...]», no solo establece una limitación al ámbito de aplicabilidad de la Carta, impidiendo una reducción en el nivel de protección de los derechos fundamentales o estableciendo un *bed of rights*³⁸; sino que además (al interpretarlo en relación con el art. 52.3 y 4) está introduciendo un criterio a favor del máximo estándar de protección.

Por tanto, la Carta consagraría un criterio a favor del máximo estándar de protección, o también llamado «principio de no regresión»³⁹; y consecuentemente implicará que solo producirá efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en caso de que los mismos no garantizaran un nivel superior de protección, en cuyo caso debería aplicarse este⁴⁰.

Esto quizá pueda zanjar la conocida disputa doctrinal sobre el estándar de protección de los derechos fundamentales en la UE⁴¹ entre quienes entendían que debía seguir el criterio del mayor nivel de protección que se ofreciera al individuo en cualquier Estado miembro, sugiriendo una tradición liberal⁴², y quienes sostenían que esta concepción de los derechos fundamentales

³⁸ Ídem, pág. 242.

³⁹ Para MANGAS MARTÍN al garantizarse el más elevado nivel de protección no cabría una «reformatio in peius» en materia de derechos fundamentales. Vid. MANGAS MARTÍN, A.: «Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios», *op. cit.*, pág. 829; ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2.ª edición, 2010, págs. 312-314; RIDOLA, P.: «La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e la "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri», en PANUNZIO, S. P. y SCISO, E.: *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè, Luiss Edizioni, Milán, 2002, pág. 92.

⁴⁰ Vid. RIDOLA, P.: «La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e la "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri», *op. cit.*, pág. 92, que entiende que el artículo 53 de la Carta introduce una reserva a favor del mayor nivel de protección de los derechos fundamentales, asegurado por las constituciones de los Estados miembros, y que puede constituir un dique de contención frente a una reducción del estándar de protección por parte del Tribunal de Justicia, incluso entendiendo que podría otorgar al Tribunal un papel subsidiario en la tutela de los derechos fundamentales; en contra, PANUNZIO, S. P.: *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Nápoles, 2005, págs. 20 y ss., que entiende que este criterio no es suficiente para resolver los problemas.

⁴¹ Y es que existió un gran debate doctrinal desde que el Tribunal de Justicia declaró en la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* que la protección de los derechos fundamentales debía interpretarse según un razonamiento autónomo y según el sentido de los derechos particulares determinados a la luz de los objetivos de la Unión (STJUE de 17 de diciembre de 1979, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70).

⁴² BESSELINK, L.: «Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, v. 35, n.º 3, 1998, pág. 629.

era excesivamente formal e individualista, y que la Unión debía desarrollar su propio modelo de protección de los derechos fundamentales⁴³.

Ahora bien, para los casos en los que la mayor protección esté atribuida por la Carta, se ha argumentado que esta podría tener una «vis expansiva», que se vería potenciada a través de la interpretación por los tribunales de los Estados miembros de los catálogos internos de derechos fundamentales con base en la mayor protección derivada de la Carta, inclusive en ámbitos internos fuera del derecho de la UE⁴⁴.

Pero es evidente que surgen problemas relacionados con la determinación del nivel de protección más alto en términos comparativos. En este sentido, conviene seguir a ALONSO GARCÍA, que apunta que sin excluir estas dificultades habría que partir de la base de que el discurso de los derechos fundamentales es en esencia «un discurso de exigencias del individuo frente el poder público [...] en cuyo contexto cabrá considerar como sistema de mayor protección el que mayor grado de exigencias presente a favor precisamente del individuo y no del poder público, por mucho interés general que respalde las intervenciones de este último»⁴⁵.

Esta técnica sería idónea para resolver conflictos en los que se trate de determinar el alcance de un derecho frente a una intervención del poder público, y no tanto respecto de conflictos entre derechos fundamentales diferentes⁴⁶.

Sin embargo, lo cierto es que, como tratamos de aclarar en el epígrafe tercero de este primer capítulo, al tratar la relación entre libertades de mercado y derechos fundamentales, ambas categorías constituyen valores fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo. ¿Podríamos utilizar la técnica del nivel de protección para su resolución?

Para ALONSO GARCÍA, dado que la ponderación entre derechos es, muchas veces, una ponderación entre valores, y la Unión constituye precisamente una comunidad de valores donde se asume la posibilidad de limitación de los derechos a favor del interés general, siempre que se vinculen a objetivos de interés general que estén supeditados a los valores superiores de la Unión (la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad) habría bases suficientes para la utilización de esta técnica, y se articularía otorgando a los sistemas nacionales un margen de deferencia al sistema de la Unión⁴⁷.

⁴³ WEILER, J.: «Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights», en NEUWAHL, N. y ROSAS, A.: *The European Union and human rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, págs. 51 y ss.; AVBELJ, M.: «The European Court of Justice and the question of value choices», *Jean Monnet Working Paper*, 6/04, www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf

⁴⁴ Vid. ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1.ª edición, 2007, págs. 270-271.

⁴⁵ Vid. ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.ª edición, *op. cit.*, págs. 312-313.

⁴⁶ Ídem, pág. 314.

⁴⁷ Ídem, págs. 313-314.

Así, entiende ALONSO GARCÍA que poco importaría que las libertades del mercado estuvieran en el Preámbulo de la Carta, puesto que no constituyen los valores superiores, que son la sociedad democrática y el Estado de derecho, con

El problema puede surgir cuando la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Carta (art. 6.1 TUE) o de los contenidos en el CEDH o en tradiciones constitucionales comunes (art. 6.3 TUE) no responda al estándar de protección que se ofrezca en los ordenamientos jurídicos nacionales; si es mayor, pues no estará respetando el máximo estándar o nivel de protección.

Además, obsérvese que el artículo 6.3 del TUE se refiere a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, pero puede suceder que en algunos Estados miembros se reconozcan derechos o principios constitucionales que no sean comunes o que no respondan a esa tradición común. De ahí la importancia que adquiere la tutela de los derechos fundamentales por parte de los tribunales constitucionales frente a las obligaciones del derecho de la UE.

Y cobran una mayor relevancia en los supuestos que nos ocupamos de estudiar en el capítulo 2, es decir, de conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales.

En cambio, en principio, no parece que pueda existir posibilidad de que surgieran problemas con respecto al nivel de protección del CEDH, puesto que se erige como un estándar o nivel mínimo de protección (art. 52.3 de la Carta).

En cualquier caso, sería esencial un diálogo a tres bandas entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el TEDH y los tribunales constitucionales para garantizar la mejor tutela de los derechos fundamentales frente a una realidad de interacción recíproca multinivel entre los respectivos ordenamientos jurídicos⁴⁸.

Sin embargo, aparte de lo dificultoso de un diálogo de estas características, parece que el TJUE ha optado finalmente por un reforzamiento de la fuerza de la primacía del derecho de la Unión y de una interpretación uniforme del mismo que no dejaría hueco a la aplicación del máximo estándar fundamental en derechos fundamentales de ámbito constitucional nacional, como se pone de manifiesto en su Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*⁴⁹; frente a la que mantenemos la posición desarrollada en este trabajo⁵⁰.

lo que «debe también asumirse que existe una base sólida para poder operar en «términos comparativos con la técnica del nivel de protección».

⁴⁸ Vid. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «Artículo 53. Nivel de protección» en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pág. 868; y CARRILLO, M.: «El diálogo entre tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales», en LÓPEZ BOFIA, H. (ed.), *La Constitución europea*, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 196.

⁴⁹ Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11. Sobre este diálogo entre tribunales y un análisis muy sugestivo de esta sentencia y sus implicaciones véase el excelente trabajo de TENORIO SÁNCHEZ, P. J.: «Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 31, 2013.

⁵⁰ Esta sentencia es posterior a la realización de este trabajo. Nosotros sostenemos precisamente la posición contraria a esta sentencia.

2.2. AFIRMAR QUE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE GARANTIZA EL CEDH Y LOS QUE SON FRUTO DE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES A LOS ESTADOS MIEMBROS FORMARÁN PARTE DEL DERECHO DE LA UNIÓN COMO PRINCIPIOS GENERALES

De esta previsión del apartado 3 del artículo 6 del TUE se deduce el mantenimiento del sistema jurisprudencial de tutela de los derechos fundamentales como principios generales del derecho de la Unión, y que es el que estudiaremos en el siguiente apartado⁵¹.

Además, como hemos dicho antes, este precepto facilitará la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia incluso en los Estados miembros que han introducido los *opting out*, puesto que el Tribunal de Justicia seguirá tutelando los derechos fundamentales garantizados en el Convenio de Roma, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros; que precisamente han inspirado la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Y por ello se ha planteado, como también hemos apuntado ya, la posibilidad de que se generaran dos tipos de jurisprudencia en la tutela de los derechos fundamentales: una nueva jurisprudencia basada en la Carta, y una segunda que seguiría la línea tradicional respecto de los Estados que han introducido los *opting out*⁵².

2.3. EL MANDATO DE ADHESIÓN AL CEDH⁵³

Por primera vez se introducen las bases legales necesarias para el acceso de la UE al CEDH, y como hemos visto se lleva a cabo a través del apartado segundo del artículo 6 del TUE, cuando establece que «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»⁵⁴.

Este precepto puede considerarse un «mandato claro» en la medida en que su redacción es taxativa⁵⁵. Esta adhesión implicará un gran paso para la protección de los derechos funda-

⁵¹ Así lo entiende LIÑÁN NOGUERAS, *vid.* MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6.ª edición, Tecnos, 2010.

⁵² DOUGAN, M.: «The Treaty of Lisbon 2007: winning minds not hearts», *op. cit.*, págs. 617 y ss.

⁵³ Artículo 6.2 de la TUE dispone que: «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».

⁵⁴ Negrita añadida.

⁵⁵ CASTILLO DAUDÍ, M.: «La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): la obra de las comunidades europeas y de la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 212. Y efectivamente hay un proceso de adhesión abierto al que no podemos atender en este trabajo.

mentales, aunque podría implicar una articulación judicial más compleja⁵⁶. Pero no excluye la aplicabilidad del principio del máximo estándar de protección, como luego comentaremos con más detenimiento.

3. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y EL ESTÁNDAR O NIVEL MÁS ALTO DE PROTECCIÓN

Como es sabido, el TJUE concibe el derecho de la Unión⁵⁷ como un ordenamiento autónomo que se rige por una serie de principios entre los que destacan los de primacía y eficacia directa respecto al derecho nacional de los Estados miembros⁵⁸. Sin embargo, la autoridad formal que puede revestir el derecho de la Unión Europea en los sistemas jurídicos nacionales no depende en exclusiva de la jurisprudencia de dicho tribunal, sino que está condicionada, en gran medida, por las características de cada ordenamiento nacional, y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o supremos nacionales⁵⁹.

Tanto si nos aproximamos a la relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional desde una perspectiva monista como si lo hacemos desde una perspectiva dualista, podemos observar que los derechos y principios fundamentales no son idénticos en el derecho de la Unión y en los ordenamientos nacionales, y que, por tanto, en gran medida, mantendrán cierto carácter nacional y serán definidos por el tribunal nacional competente⁶⁰.

⁵⁶ ROSSI, L. S.: «How fundamental are fundamental principles?...», *op. cit.*, pág. 81.

⁵⁷ El antaño derecho comunitario se desvanece tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el pasado 1 de diciembre de 2009, que queda como derecho de la UE.

⁵⁸ Sentencias de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, asunto C-26/62; y de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel*, asunto C-6/64. Nótese que el antaño Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha cambiado su denominación por el de Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009. La primacía implica la prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho nacional, de tal forma que el derecho nacido del tratado no podría dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea, entendiéndose que ello afecta también al derecho nacional de carácter constitucional (como dejó asentado en *St. Michele*, Auto de 22 de junio de 1965, *Accierie St. Michele*, asuntos C- 9 y C-58/65). Primacía predicable no solo del derecho comunitario primario, sino también para el derecho derivado, para los actos de las instituciones directamente aplicables como especifica en las Sentencias *Internationale Handelsgesellschaft* (Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70) y *Politi c. Italia* (Sentencia de 14 de diciembre de 1971, *Politi v. Italia*, asunto C-43/71).

⁵⁹ En este sentido, la autoridad formal del derecho de la Unión dependerá de la forma en que la doctrina del principio de primacía es asumida en los Estados miembros. *Vid.* CHALMERS, D., DAVIES, G. y MONTI, G.: *European Union law: text and materials*, *op. cit.*, pág. 189.

⁶⁰ ROSSI, L. S.: «How fundamental are fundamental principles? Primacy and fundamental rights after Lisbon», *Yearbook of european law*, 2008, pág. 69.

Y esto tanto desde una aproximación monista como dualista:

- Desde una aproximación monista, porque, considerando que las constituciones nacionales se integran dentro del orden legal europeo, la relación intraordinamental será jerárquica, y para los tribunales constitucionales o supremos nacionales serán los principios y derechos fundamentales nacionales jerárquicamente superiores al derecho de la Unión⁶¹.
- También, desde una aproximación dualista, si entendemos la relación basada no en un sistema jerárquico, sino en la atribución de competencias, la palabra final en la delimitación de las competencias será propia de los tribunales constitucionales o supremos nacionales⁶².

Ahora bien, la asunción del principio de primacía del derecho comunitario no ha sido uniforme en todos los Estados miembros, pues ha sido limitada, bien en los textos constitucionales (límites formales), bien en la propia jurisprudencia de los tribunales nacionales (límites materiales)⁶³.

En relación con los límites construidos por la jurisprudencia nacional, que es la que nos parece más interesante a efectos de este trabajo, se ha hablado de «contralímites» o de «reservas constitucionales»⁶⁴.

Podemos localizar su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano y su llamada doctrina de los *controlimiti*, así llamada al entender que la primacía del derecho comunitario constituye un límite a la eficacia del derecho constitucional nacional, y los de-

⁶¹ Ídem.

⁶² Íbidem.

⁶³ Se suele partir de una diferenciación previa, distinguiendo entre los «límites formales» o procedimentales a la primacía, esto es, límites que estarían incorporados en los ordenamientos jurídicos nacionales y en concreto en las constituciones o normas supremas, y que afectarían a la recepción o incorporación del derecho comunitario en el ordenamiento nacional; y los «límites materiales», aquellos límites que no estando incorporados o establecidos en los textos constitucionales se aplican en la práctica, en la aplicación del derecho comunitario, CELOTTO, A. y GROPPI, T.: «Derecho UE y derecho nacional: *primauté* vs. contralímites», en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P. (Dir.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 292.

⁶⁴ El término de «contralímites» se usa por la Corte Constitucional italiana, sobre todo desde la sentencia *Frontini*, y posteriormente por una extensa doctrina, por ejemplo: CELOTTO, A. y GROPPI, T.: «Derecho UE y derecho nacional: *primauté* vs. contralímites», en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P. (Dir.): *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 287-372; ROSSI, L. S.: «How fundamental are fundamental principles? Primacy and fundamental rights after Lisbon», *op. cit.*, págs. 65-87. Todo ello sin perjuicio de que se hayan utilizado otros términos para identificar la misma doctrina, por ejemplo, «reservas de constitucionalidad» (LÓPEZ BASAGUREN, A.: «¿Réquiem por la Constitución? El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria», *Civitas Europea*, n.º 2, 1999, págs. 6-28); «límites internos a la integración» (ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.ª edición, *op. cit.*, págs. 254 y 260); o «reticencia nacional» (DÍAZ CREGO, M.: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Madrid, Reus, 2009, pág. 33).

rechos y principios fundamentales del orden constitucional se opondrían a dicha primacía, constituyendo, por tanto, «contralímites», si bien su éxito ha sido notorio en el ámbito europeo⁶⁵, pudiendo hablar con propiedad de una doctrina de «límites constitucionales a la integración europea»⁶⁶.

Por supuesto, no es nuestra intención un estudio pormenorizado de esta doctrina, sino simplemente verificar su compatibilidad con la del criterio del máximo nivel o estándar de protección de los derechos fundamentales.

La UE está formada actualmente por 28 Estados miembros⁶⁷. Y ciertamente, no en todos los Estados se ha desarrollado esta doctrina jurisprudencial⁶⁸. En cambio, sí es cierto que, de alguna manera, todos los altos tribunales han encontrado su propio camino para asumir y aceptar la primacía del derecho europeo, pero según las condiciones y términos de sus respectivas constituciones nacionales⁶⁹.

⁶⁵ La doctrina de los contralímites es una doctrina jurisprudencial construida por el Tribunal Constitucional italiano a partir de la Sentencia *Acciaierie San Michele c. CECA* (Corte Costituzionale Italiana, n.º 98/1965) donde la anuncia, y que se concreta en *Frontini* (Corte Costituzionale Italiana, N.º 177/1983) y se confirma en las Sentencias *Granital* (Corte Costituzionale Italiana, n.º 170/1984) y *Fragd* (Corte Costituzionale Italiana, n.º 232/1989). Quizá la idea de utilizar los derechos fundamentales como límite a la integración europea es originaria realmente de MORTATI, pues ya en 1952 había planteado que las limitaciones derivadas de la apertura italiana al Derecho internacional vía artículo 11 de la Constitución eran asumibles mientras no se impusieran modificaciones a la organización constitucional, mutaciones en las funciones de los órganos supremos o alteraciones en las declaraciones fundamentales relativas a la posición del ciudadano en el Estado (MORTATI, C.: *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1952, pág. 684); después tras la Sentencia Corte Costituzionale Italiana n.º 98/1965 en la que participa, razonará que la limitación está formada por todos los principios fundamentales, formales o materiales, escritos o implícitos de la Constitución, y por los principios del estado de derecho, democrático y social (la misma obra en la edición de 1969) citado por MIGUEL BÁRCENA, J. de, «Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal», Comunicación al VIII Congreso de la ACOES, www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf, págs. 2 y 3.

⁶⁶ Doctrina jurisprudencial que puede o no estar basada en límites formales constitucionales, conforme a la clasificación que se suele hacer de límites constitucionales materiales y formales. Véase. SARRIÓN ESTEVE, J.: «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, n.º 131, 2011.

⁶⁷ Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos (Holanda), que en 1951 firman el tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que entra en vigor el 23 de julio de 1952 por un periodo de 50 años; y en 1957 los tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA o EURATOM), que entran en vigor el 1 de enero de 1958. El resto, que se incorpora en diferentes ampliaciones, son: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (1973); Grecia (1981); España y Portugal (1986); Austria, Finlandia y Suecia (1995); República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia (2004); Rumanía y Bulgaria (2007); y Croacia (2013).

⁶⁸ Vid. SARRIÓN ESTEVE, J.: «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», cit.

⁶⁹ En cambio, el Tribunal de Justicia no ha aceptado los *controlimiti*. Como muy bien ha destacado ROSSI, el TJUE no ha reconocido la teoría de los contra límites, sino que lo que habría hecho es internalizar los derechos fundamentales y principios (externos) de los Estados miembros, absorbiéndolos en categorías de principios fundamentales de la Comunidad. Vid. ROSSI, L. S.: «How fundamental are fundamental principles? Primacy and fundamental rights after Lisbon», *op. cit.*, págs. 65-87.

Por ello, dicha aceptación de primacía ha ido acompañada en algunas ocasiones de la proclamación formal de los «contralímites» o reservas constitucionales, esto es, de la constatación de que dicha primacía no podría operar en lo concerniente a la tutela de los derechos fundamentales y principios cuya protección los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros están llamados a salvaguardar⁷⁰. En este sentido, incluso se puede observar cierto diálogo en la distancia, entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales o supremos nacionales, en el que parecen ignorarse mutuamente⁷¹.

El origen de la doctrina jurisprudencial de los derechos fundamentales y principios constitucionales como límites constitucionales a la integración europea hay que buscarlo en Italia y Alemania. Es allí donde los respectivos tribunales constitucionales buscaron los recursos constitucionales necesarios para reconocer la primacía del derecho comunitario, pero limitando su operatividad a través de los *controlimiti* o las reservas constitucionales.

Así, la Corte Constitucional italiana fue el primer alto tribunal que se pronunció de forma clara sobre los *controlimiti*, en la famosa sentencia *Frontini* (1973), donde consideró que la soberanía derivada del proceso de integración europea no podría conducir al otorgamiento a las instituciones europeas de un «poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana»⁷².

Posteriormente, se le unió el Tribunal Constitucional alemán, que afirmó que, ya que la Comunidad Europea carecía de un catálogo y un sistema de protección de derechos fundamentales, le correspondía la revisión de la validez de las normas comunitarias conforme a los derechos fundamentales de la ley fundamental en el famoso caso *Solange I*⁷³. Como es muy conocido, el Tribunal de Justicia reaccionó asumiendo la tutela de los derechos fundamentales en la Sentencia *Nold*⁷⁴. Lo que tuvo una respuesta del propio Tribunal Constitucional alemán, excluyendo un control o revisión de las normas comunitarias mientras se garantizara una «protección equivalente» en el ámbito comunitario, en *Solange II* del Tribunal Constitucional alemán⁷⁵.

⁷⁰ Vid. BESSELINK, L. F. M.: «Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union», *op. cit.*; ROSSI, L. S.: «How fundamental are fundamental principles? Primacy and fundamental rights after Lisbon», *op. cit.*, págs. 67 y ss.

⁷¹ Vid. ROSSI, L. S.: «Corte costituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007, of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008, with annotation», *Common Market Law Review*, v. 46, n.º 1, 2009, pág. 328.

⁷² Corte costituzionale n.º 183/1973. Doctrina que confirmaría posteriormente en las Sentencias *Granital* (N.º170/1984); y la Sentencia *Fragd* (n.º 232/1989). Hemos comentado con antelación que dicha doctrina se había anunciado en la Sentencia *Acciaierie San Michele c. CECA* (n.º 98/1965, ya citada).

⁷³ Decisión de 29 de mayo de 1974, *SOLANGE I*, 37 BVerfGE 271.

⁷⁴ Vid. Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 4/73.

⁷⁵ Esta doctrina de la protección equivalente es la que también parece haber asumido el Consejo Constitucional francés, en su decisión de 29 de octubre de 2004. Vid. ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 260.

Así, la doctrina de los límites constitucionales ha tenido un gran éxito, probablemente porque constituye una vía de flexibilización del principio de primacía sin una ruptura radical del mismo. Tanto es así que se ha ido generalizado, ganando nuevas voces y aumentando su relevancia⁷⁶. Así, se han incorporado a la misma tanto Estados fundadores que no la habían desarrollado (Bélgica y Francia) como nuevos Estados miembros que se han ido incorporando al proyecto de integración europeo⁷⁷.

El grupo de Estados en los que se ha identificado hasta el momento el desarrollo de la doctrina de los límites constitucionales, siguiendo el ejemplo de Italia y Alemania, sería el de Bélgica, Irlanda, España, Dinamarca, Reino Unido, Francia, Polonia, Chipre y la República Checa⁷⁸.

Ahora bien, esta doctrina no imposibilita ni impide la aplicabilidad del criterio del máximo nivel de protección, sino todo lo contrario. Al fin y al cabo, el criterio del máximo estándar o nivel de protección posibilita la aplicación del estándar de protección nacional, convencional o UE en función del cuál sea superior, por lo que se garantiza en todo caso la protección exigida a nivel nacional constitucional.

Sin embargo, como hemos apuntado anteriormente, el TJUE ha optado por hacer oídos sordos a esta doctrina dinamitando una eventual aplicación del estándar máximo de protección como criterio definidor de las relaciones entre ordenamientos, como parece indicar la Sentencia *Melloni*, y que, como sostiene el Prof. TENORIO, parece infligir un duro golpe a la aplicación de la metodología multinivel al ámbito de los derechos fundamentales⁷⁹; que es precisamente lo que hemos defendido en este trabajo.

4. SOBRE LA ADHESIÓN AL CEDH Y EL ESTÁNDAR O NIVEL MÁS ALTO DE PROTECCIÓN

Como hemos comentado ya, el artículo 6.2 del TUE prevé que la Unión se adhiera al Convenio de Derechos Humanos, estableciendo, además, que dicha adhesión no modificará las competencias de la Unión definidas en el Tratado⁸⁰.

⁷⁶ Vid. LÓPEZ BASAGUREN, A.: «¿Réquiem por la Constitución? El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria», *op. cit.*, pág. 17.

⁷⁷ RUGGERI, A.: «Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie», www.forumcostituzionale.it/contributi/RUGGERI.htm

⁷⁸ SARRIÓN ESTEVE, J.: «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», *cit.*

⁷⁹ TENORIO SÁNCHEZ, P. J.: «Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *op. cit.*, págs. 32-34.

⁸⁰ Artículo 6.2 del TUE: «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».

Con la inclusión de esta previsión (que se había incluido en términos similares en el fallido proyecto constitucional) se introduce una reforma de los tratados que incorpora una base legal para la adhesión, base que había negado el Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, del Tribunal de Justicia, y que ahora se cumple con la previsión.

Pretendemos aproximarnos aunque sea de forma breve a la cuestión de la adhesión y su interacción con el criterio del estándar o nivel más alto de protección de los derechos fundamentales.

La previsión de adhesión no regula propiamente el procedimiento de adhesión, sino que sencillamente prevé la posibilidad, y se refiere de forma genérica al Convenio, sin aludir a los protocolos anejos a la Convención, y que son de gran importancia. Habrá que considerar que la posibilidad de adhesión al Convenio implica también la posibilidad de firmar estos protocolos una vez la UE se haya adherido, en su caso, al Convenio de Roma.

El tema no es baladí, puesto que no todos los Estados miembros de la UE han firmado todos los protocolos, pudiendo destacarse por su relevancia, por ejemplo, el Protocolo n.º 1, que se refiere al derecho a la propiedad; y la prohibición de cualquier tipo de discriminación, en el Protocolo n.º 12⁸¹.

Ciertamente, el Tratado de Lisboa, a diferencia del proyecto constitucional por el que se establecía una Constitución para Europa, prevé que la decisión de la adhesión se tome por unanimidad, lo que necesariamente conllevará un retraso en la misma, teniendo en cuenta además que en todo caso es necesario conducir con cautela el proceso de adhesión de forma que se encuentre un difícil equilibrio entre la salvaguardia de las peculiaridades del ordenamiento comunitario y la relación de los Estados miembros en el sistema del Convenio de Roma⁸².

Es relevante señalar la importancia de preservar en el proceso de adhesión las competencias de la Unión definidas en los tratados (art. 6.2 TUE), así como las características de la UE y su derecho, debiendo el acuerdo de adhesión comportar disposiciones específicas relativas a la participación de la Unión en los órganos del Convenio, y mecanismos de garantía de que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros o bien contra la Unión, o incluso contra ambos (Protocolo sobre la Adhesión)⁸³.

Sobre el procedimiento de adhesión hay que tener en cuenta también que, según el artículo 218.8 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), el acuerdo para la adhesión se debe

⁸¹ Se puede ver el estado actual de ratificación del Convenio de Roma y sus protocolos en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=&CL=ENG>

⁸² ROSSI, L. S.: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», *op. cit.*, pág. 2.

⁸³ Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, DOUE, n.º C 306/11, de 17 de diciembre de 2007.

adoptar por unanimidad del Consejo; se exige, como en el Tratado Constitucional, la aprobación previa del Parlamento, por mayoría de votos; posteriormente estaría condicionada a la aprobación de todos los Estados miembros, conforme a sus normas constitucionales, lo que supone un retroceso puesto que no era así en el Tratado Constitucional.

Desde la perspectiva del Convenio de Roma, se ha aprobado el Protocolo 14 del CEDH para permitir la adhesión de la UE. Y el Comité de Ministros del Consejo de Europa encomendó la elaboración de uno o varios instrumentos jurídicos para la adhesión de la UE al Comité de Derechos Humanos, junto con la Comisión Europea. Por su parte, el Consejo de la UE adoptó el 4 de junio de 2010 una decisión que autorizaba a la Comisión a negociar el acuerdo de adhesión. Los frutos del trabajo han terminado en un proyecto de acuerdo de adhesión que fue remitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa⁸⁴. Por tanto, cabe afirmar que el proceso está en marcha.

En cualquier caso parece que ha sido un acierto la previsión de la adhesión, ya que en la situación actual, donde el Convenio de Roma vincula a todos los Estados miembros de la UE, pero no a la UE misma, se plantea una incertidumbre en la aplicación del Convenio, puesto que no es posible recurrir directamente contra la UE ante el Tribunal de Estrasburgo, sino que hay que recurrir contra los Estados miembros.

Con la adhesión al Convenio «todos los actos del poder público en Europa recuperarán el doble control en razón del respeto a los derechos fundamentales», siendo el control del Tribunal de Estrasburgo el control subsidiario tanto respecto del control judicial nacional como del derecho de la Unión⁸⁵.

Esto garantizará finalmente que la protección dispensada a nivel convencional se convierta en suelo o mínimo estándar a través del propio control del tribunal previsto por el Convenio, aunque sabemos que el TEDH reconoció en su sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus*, que la protección de los derechos humanos en la UE era equivalente a la del Convenio⁸⁶.

Pero tras la adhesión, el problema de no poder interponer un recurso frente a la UE quedará resuelto. Pero no debemos olvidar que el recurso directo contra la UE se podrá tramitar solo después de haber agotado los recursos dentro del sistema de la Unión.

⁸⁴ Vid. BLASCO LOZANO, I.: «Proceso de negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Fundamentales», en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, 2011, www.apdhe.org/quehacemos/documentos/Folleto_Adhesion_UE_APDHE.pdf

⁸⁵ BUSTOS GISBERT, R. «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, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, 2009, pág. 167.

⁸⁶ STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Ireland*, recurso n.º 45036/1998.

En relación con los límites de acceso al Tribunal de Justicia, hay que tener presente que el artículo 13 del Convenio de Roma exige que se asegure respecto de todos los derechos del Convenio un recurso eficaz dentro del sistema asegurado⁸⁷. Y es que el recurso ante Estrasburgo se configura como un recurso de carácter subsidiario, cuando los recursos internos no hayan conseguido solventar la violación del derecho o libertad fundamental⁸⁸.

Y es aquí donde encontramos un problema por las limitaciones existentes en el acceso a través de un recurso individual al Tribunal de Justicia. Límites que se encuentran en los artículos 240 bis y 240 ter del TFUE, y que permanecen a pesar de la ampliación de las facultades del individuo derivadas del nuevo Tratado de Lisboa (art. 230.4 TFUE)⁸⁹.

Sería conveniente corregir estas deficiencias en la UE de cara a la adhesión. En cualquier caso, lo cierto es que la misma no modificaría la aplicabilidad del criterio del estándar o nivel más alto de protección, todo lo contrario, pues convertiría con más razón al nivel convencional en un suelo o mínimo de protección a partir del cual el nivel nacional o nivel UE podrían incrementar su protección de los derechos fundamentales, pero no reducirla so pena de incurrir en violación de los derechos humanos garantizados en el Convenio Europeo y conforme a la jurisprudencia del TEDH.

5. CONCLUSIONES

Entendemos que en el contexto de sistema multinivel europeo en el que vivimos (nivel nacional, UE, convencional) es necesario buscar criterios de interconexión que nos permitan garantizar adecuadamente el respeto de los derechos fundamentales.

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, desde el punto del sistema multinivel es conveniente acudir al criterio del nivel o estándar máximo de protección buscando aplicar siempre el máximo o nivel más alto de protección si comparamos el nivel de protección nacional,

⁸⁷ El artículo 13 del Convenio de Roma establece que «(toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

⁸⁸ Aquí habrá que considerar que el Tribunal de Justicia no podrá considerarse como una instancia internacional, sino nacional, a los efectos del artículo 35.2 b) del Convenio de Roma, que recordemos que dispone que el tribunal «no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34» (demandas individuales) cuando «sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos». *Vid.* STJ de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05.

⁸⁹ *Vid.* ZAGREBELSKY, V.: «La prevista adhesión de l'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo», en el *Observatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, www.europeanrights.eu, pág. 4.

UE o convencional respecto de un derecho fundamental concreto; y esto con independencia de que el TJUE se muestre reticente como ha puesto de manifiesto la sentencia *Melloni*.

Desde el punto de vista del derecho de la UE, y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha adquirido fuerza jurídica equivalente a los tratados (art. 6.1 TUE), y conforme a los apartados 3 y 4 del artículo 52, con relación al artículo 53 de la Carta, tanto los derechos contenidos en el CEDH como también los derechos contenidos en las constituciones nacionales constituyen ya un mínimo estándar de protección, por lo que la Carta consagra un principio de no regresión.

Esto, a la postre, debería implicar la asunción del criterio del nivel más alto de protección de los derechos, debiéndose optar por aquel nivel de protección más alto entre el estándar nacional, el convencional y el otorgado por el derecho de la Unión. Está claro desde el punto de vista del derecho de la Unión.

Pero teniendo en cuenta los otros dos niveles, esto es, el nivel convencional y el nacional, no parece que podamos llegar a una conclusión distinta, ni que la doctrina de los límites constitucionales desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o una futura adhesión al CEDH puedan invalidar o afectar a la aplicabilidad del criterio que defendemos.

En efecto, como hemos visto, en el nivel del CEDH, el TEDH se va a ocupar de garantizar los derechos humanos reconocidos en el Convenio como un mínimo y el contenido de los mismos como un estándar mínimo, a partir del cual los Estados parte en el Convenio (y la UE si finalmente accede al mismo) podrán garantizar un nivel de protección mayor.

Por lo tanto, a nivel nacional, se debería terminar optando por garantizar el nivel de protección mayor que implique el contenido de los derechos fundamentales en el Convenio y la jurisprudencia del TEDH; el contenido de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y el que implique el contenido de los derechos fundamentales en la Constitución nacional respectiva y la doctrina del tribunal constitucional o supremo competente, en su caso.

Por supuesto, esto tendremos que verlo, y probablemente el criterio de solución de los tribunales llamados a resolver conflictos donde intervengan derechos fundamentales que gocen de diferentes niveles o estándares de protección a nivel nacional, convencional y de la UE va a ser una de las cuestiones más interesantes para estudiar en el futuro inmediato en el marco de un sistema multinivel de protección de los derechos y principios fundamentales en el que estamos llamados a vivir.

Pero el criterio del máximo nivel de protección está llamado a convertirse en el criterio hermenéutico de interpretación a utilizar por los operadores jurídicos, puesto que implica la mayor garantía para los derechos fundamentales en un sistema multinivel como el europeo.

Si el TJUE quiere flexibilizar un diálogo entre tribunales o jurisdicciones, debería reflexionar seriamente sobre la conveniencia de aceptar los límites constitucionales o *controlimiti* precisamente cuando se trate de tutelar derechos fundamentales o principios constitucionales no existentes a priori a nivel de la UE o bien cuando la interpretación que de los mismos se hace a nivel UE es de un nivel de protección inferior al que se hace en el ámbito constitucional nacional (dejando atrás *Melloni*); de tal forma que se garantice siempre el nivel más alto de protección.

Esto es un criterio que permite un diálogo a tres bandas entre el TEDH, el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales donde no hay un ganador o, si se prefiere, no hay nadie jerárquicamente superior, sino que cada uno en el ámbito de sus competencias se dedica a garantizar la protección de los derechos fundamentales, y solo interviene en materia de derechos fundamentales si la protección que deben garantizar en su ámbito se ha visto vulnerada por una protección menor dispensada por los otros tribunales. En definitiva, garantizaría la búsqueda del mayor nivel de protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo.

Bibliografía

- ALEXY, R. [1993]: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.
- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. [2011] «Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos», *Revista General de Derecho Europeo*.
- ALONSO GARCÍA, R. [2007]: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 1.ª edición, Madrid.
- [2010]: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2.ª edición.
- AVBELJ, M. [2004]: «The European Court of Justice and the question of value choices», *Jean Monnet Working Paper*, 6/04, www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf
- BAQUERO CRUZ, J. [2008]: «¿Qué queda de la Carta?», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 15.
- BESSELINK, L. [1998]: «Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, v. 35, n.º 3.
- BILANCIA, P. y DE MARCO, E. (coord.) [2004]: *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problema aperti, momento di stabilizzazione*, Giuffrè, Milán.
- BLASCO LOZANO, I. [2011]: «Proceso de negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los derechos fundamentales y las libertades fundamentales», en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, www.apdhe.org/quehacemos/documentos/Folleto_Adhesion_UE_APDHE.pdf
- BOBBIO, N. [1991]: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.
- BUSTOS GISBERT, R. [2009]: «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, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC.

CABEZUDO BAJO, M. J. [2010]: «La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 77, págs. 143-182.

CARRILLO, M. [2006]: «El diálogo entre tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales», en LÓPEZ BOFIA, H. (ed.), *La constitución europea*, Tirant lo Blanch.

CASTILLO DAUDÍ, M. [2010]: «La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): la obra de las comunidades europeas y de la Unión Europea», en BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.ª edición.

CELOTTO, A. y GROPPI, T. [2005]: «Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites», en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P. (Dir.), *Constitución Europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CHALMERS, D., DAVIES, G. y MONTI, G. [2010]: *European Union law: text and materials*, Cambridge University Press, 2.ª edición.

DÍAZ CREGO, M. [2009]: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Madrid, Reus.

DÍEZ PICAZO, L. M. [2005]: *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2.ª edición.

DOUGAN, M. [2008] «The Treaty of Lisbon 2007: winning minds not hearts», *Common Market Law Review*, v. 45, n.º 3.

GARCÍA ROCA, J. [2009]: «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. [2008]: *Derecho constitucional europeo. Derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid.

– [2011]: *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Sanz y Torres.

LASO PÉREZ, J. [2008] «La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 2.

LIISBERG, J. B. [2001]: «Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of community law», *Common Market Law Review*, v. 38, n.º 5, págs. 1.171-1.199.

LÓPEZ BASAGUREN, A. [1999]: «¿Réquiem por la Constitución? El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria», *Civitas Europea*, n.º 2, págs. 6-28.

MANGAS MARTÍN, A. [2008]: «El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 2.

– [2008]: «Artículo 51. Ámbito de aplicación», en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, págs. 809-825.

MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. [2010]: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6.ª edición, Tecnos.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. [2008]: «Artículo 53. Nivel de protección» en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao.

MENÉNDEZ, J. A. [2003]: «"Rights to solidarity" balancing solidarity and economic freedoms», en ERIKSEN, E., FOSSUM, J. y MENÉNDEZ, J. (eds.), *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its constitutional implications*, Baden-Baden, Nomos.

De MIGUEL BÁRCENA, J.: «Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal», Comunicación al VIII Congreso de la ACOES, www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf

PANUNZIO, S. P. [2005]: *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Nápoles.

PASTOR RIDRUEJO, J. A. [2009]: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC.

PÉREZ LUÑO, A. E. [1997]: *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.

RIDOLA, P. [2002]: «La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e la "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri», en PANUNZIO, S. P. y SCISO, E., *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Giuffrè, Luiss Edizioni, Milán.

RODRÍGUEZ IGLESAS, G. C. [1999]: «Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 200.

ROSSI, L. S. [2008]: «How fundamental are fundamental principles? Primacy and fundamental rights after Lisbon», *Yearbook of European Law*.

- [2009] «Corte costituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007, of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008, with annotation», *Common Market Law Review*, v. 46, n.º 1.
- [2009]: «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona», pág. 2. Accesible en www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/Rossi.doc. Vid. también su trabajo «I principi enunziati dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?», *Rivista di diritto internazionale*, n.º 4, págs. 993-1.019.

RUGGERI, A.: «Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie», www.forumcostituzionale.it/contributi/RUGGERI.htm

SARRIÓN ESTEVE, J. [2011]: «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, n.º 121, págs. 53-102.

- [2011]: «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, n.º 131.
- [2013]: *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.

TENORIO SÁNCHEZ, P. J. [2013]: «Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 31.

TORRES DEL MORAL, A. [2007]: «Fundamento, naturaleza y sujeto de los derechos», en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex.

WEILER, J. [1995]: «Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights», en NEUWAHL, N. y ROSAS, A., *The European Union and human rights*, The Hague, Martinus Nijhoff.

ZAGREBELSKY, V.: «La prevista adesion dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo», en el *Observatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, www.europeanrights.eu