

## LA DECLARACIÓN 1-2004 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Fernando SILVA GARCÍA\*

### I. INTRODUCCIÓN

La DTC 1-2004, de 13 de diciembre de 2004, tiene origen en el requerimiento<sup>1</sup> del gobierno español acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española (CE) y algunas disposiciones del tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCUE).<sup>2</sup> La DTC 1-2004 es de interés común, porque representa una de las formas constitucionales de articulación normativa entre un ordenamiento jurídico nacional y uno de carácter supranacional. Dicha decisión aborda diversos temas cuyo estudio requiere de un entendimiento profundo del sentido de la CE de 1978. Por esto, nos limitaremos a comentar, de modo general, sólo dos temas: primero, las tensiones entre supremacía constitucional nacional y primacía del derecho de la UE y, segundo, el problema de la coexistencia de tribunales encargados de la protección de derechos fundamentales en Europa.

\* Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>1</sup> El artículo 95.2 de la Constitución española prevé un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, que pretende evitar, *en la medida de los alcances de la solicitud respectiva*, que llegue a sustanciarse una contradicción entre la Constitución y una norma internacional incorporada al ordenamiento, lo cual se ha visto, en cierto grado, como una dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado.

<sup>2</sup> Es un tratado internacional, formal y materialmente, sin que pueda por ello negarse que tiene también, por su contenido general, muchas características de un texto constitucional. La ratificación y la revisión posterior del tratado requieren la expresión unánime del consentimiento de todos los Estados miembros.

## II. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA ANTES DEL TCUE

El origen de las tensiones entre supremacía constitucional nacional y primacía del derecho de la UE parece radicar en que, mientras al Tribunal Constitucional nacional o equivalente corresponde definir los contornos de las normas constitucionales que autorizan la cesión del ejercicio de competencias soberanas, al Tribunal de Justicia de la UE (Tribunal de Justicia) le toca definir los términos de la recepción de soberanía cedida.<sup>3</sup>

Como es sabido, hasta el momento, las normas comunitarias son adoptadas por los poderes ejecutivos de los Estados (Consejo de Ministros), no por un cuerpo electo por la ciudadanía europea (Parlamento Europeo).<sup>4</sup> Esa particularidad del proceso decisorio ha hecho posible dos cosas: por un lado, el desarrollo del proceso de integración; por otro, la aceptación, por los Estados miembros, de la constitucionalización de los tratados comunitarios.<sup>5</sup> Este déficit de legitimación democrática del sistema<sup>6</sup> produjo también una respuesta firme de los tribunales constituciona-

<sup>3</sup> Alonso García, Ricardo, *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2003, p. 116.

<sup>4</sup> El procedimiento para adoptar el derecho comunitario secundario —antes del tratado constitucional— ha consistido, a grandes rasgos, en lo siguiente: La comisión tiene el monopolio de iniciativa de la normatividad, junto con la facultad de retirar sus propuestas. El Consejo de Ministros decide si adopta o no dicha propuesta normativa. El parlamento interviene mediante alguno de los siguientes procedimientos, según el caso específico: 1) Procedimiento de consulta: el consejo se encuentra obligado a consultar al parlamento, pero la opinión que éste emita, no lo vincula jurídicamente; 2) Procedimiento de cooperación: en este caso, si el parlamento rechaza la postura por mayoría absoluta, el consejo sólo puede aprobarlo por unanimidad; 3) Procedimiento de codecisión: en este supuesto, el parlamento puede rechazar por mayoría absoluta la posición del consejo y se considerará no adoptado el acto. Además, el parlamento puede proponer enmiendas; 4) Procedimiento de dictamen conforme: el parlamento no puede formular enmiendas, pero sí puede rechazar definitivamente la postura del consejo.

<sup>5</sup> Véase Weiler, Joseph H. H., “The transformation of Europe”, *The Constitution of Europe. “Do the new clothes have an emperor?” And other essays on European integration*, Cambridge University Press, UK, 1999, pp. 10-96.

<sup>6</sup> Contribuye el hecho de que el Parlamento Europeo no ha tenido un control sobre el Consejo de Ministros, en su actuación como Ejecutivo (como en los sistemas parlamentarios europeos); a que no existe un verdadero sistema de partidos políticos a nivel europeo (cuya actuación tienda a respaldar ciertas corrientes políticas y no la postura del Estado); y a que no ha existido una influencia efectiva del Parlamento Europeo en el sistema presupuestario. Véase Woodard, Stephen, “The 1996 IGC: the chance to shape a democratic European Union”, *European Business Journal*, 7, 3, 1995; Eriksen, Eric, “Governance or Democracy?”, *The White Paper on European Governance*,

les nacionales, principalmente, por causa de la doctrina jurisdiccional comunitaria competencialmente expansiva. De esta forma, mientras que el Tribunal de Justicia ha dejado claro que el sistema comunitario constituye un nuevo ordenamiento autónomo de derecho que, por esta razón, prima incluso sobre las Constituciones nacionales,<sup>7</sup> varios tribunales constitucionales nacionales, desde antes del TCUE, han limitado la primacía del derecho comunitario sobre sus Constituciones, considerándose órganos revisores genéricos, en última instancia, de la actuación de las instituciones comunitarias, directa o indirectamente, basándose en dos aspectos interconectados: derechos fundamentales<sup>8</sup> y principio democrático.<sup>9</sup>

symposium Responses to the European Commission's White Paper on Governance, *Jean Monnet Working Paper*, New York University School of Law, núm. 6-01.

7 La única excepción del principio de primacía resulta de la adopción de medidas para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un Estado a través de un tratado internacional adoptado antes de su entrada en la Comunidad. STJCE, *Levy*, 1993 (C-158-91).

8 Por el TC alemán, las sentencias conocidas como Solange I, Solange II y Maastricht, principalmente (37 *BverfGE* 271, 29 de mayo de 1974; 73 *BverfGE* 339, 22 de octubre de 1986; y 20 *EuGRZ* 429, 12 de octubre de 1993, respectivamente). Kokott, Juliane, The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context, Report on Germany. *EUI Working Paper RSC*, Florence, European University Institute, núm. 95-25, pp. 13-17. Por el TC español, la sentencia *APESCO*, 22 de marzo de 1991 (64-91). En Italia, la sentencia *Frontini v. Ministero delle Finanze*, 27 de diciembre de 1973 (183-73). Sentencia *Granital*, 8 de junio de 1984 (170-84). Sentencia *SpA Fragd v. Ministero delle Finanze*, 21 de abril de 1989 (232-89). Saiz Arnaiz, Alejandro, "El derecho comunitario. ¿Parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia núm. 384 de 1994, de la *Corte Costituzionale* italiana)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 2, 1995, p. 573; Pinelli, Cesare, "La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de derecho comunitario: puntos de partida para su reconstrucción", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, 1983, p. 60.

9 No fue lo mismo para los Estados soportar la doctrina constitucionalizante del TJCE y la abstracción de los límites competenciales de la Comunidad sin su poder *automático* de veto en la toma de decisiones. La vaguedad de los límites de competencia material del sistema derivó un segundo límite constitucional al derecho comunitario basado, esencialmente, en el principio democrático. A través de la sentencia Maastricht, dictada el 12 de octubre de 1993, el TC alemán estableció un segundo límite constitucional al desarrollo del proceso de integración, al reservarse la jurisdicción para declarar inaplicables en Alemania los actos *ultra vires*, es decir, los emitidos por las instituciones comunitarias en exceso de la competencia que les fue transferida. Véase Bloom, Steve J., "The European Union after the Maastricht Decision: Is Germany the 'Virginia of Europe'?", *Jean Monnet Working Paper*, Harvard Law School, núm. 5-95.

### III. MEDIDAS DE FORTALECIMIENTO CONTENIDAS EN EL TCUE

El TCUE contiene algunas medidas tendentes a lograr una mayor aceptación del proceso por los Estados miembros, que son, entre otras:<sup>10</sup>

a) La generalización del proceso de codecisión como procedimiento legislativo ordinario: la necesidad, como regla general, del acuerdo del consejo y del parlamento europeos para adoptar normas de derecho derivado.

b) La previsión de un nuevo papel para los parlamentos nacionales a la hora de verificar el cumplimiento del principio de subsidiaridad.<sup>11</sup>

c) La integración, en el tratado, de la Carta de Derechos Fundamentales, con carácter jurídicamente vinculante cuando se aplique el derecho de la UE, así como la inclusión de una cláusula habilitante que permitirá a la UE adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

d) El artículo II-113 impide que las disposiciones de la carta puedan interpretarse como limitativas o lesivas de los derechos y libertades reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la UE, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la UE o todos los Estados miembros, en particular, el convenio europeo, *así como por las Constituciones de los Estados miembros*.

<sup>10</sup> Otras medidas importantes son: La inscripción clara de ciertos principios reguladores de las relaciones entre la UE y sus miembros (principio de atribución de competencias, de cooperación leal, de primacía, de respeto a la identidad nacional); el reconocimiento de una personalidad jurídica única a la UE, facilitado por la “fusión” de los tratados en un solo texto, y por la desaparición de la estructura de “pilares” creada por el Tratado de Maastricht de 1992; la ordenación del sistema normativo secundario, en actos legislativos (ley y ley marco europeas), actos no legislativos (reglamentos y decisiones europeos) y actos no obligatorios (recomendaciones y dictámenes); y la clasificación de las competencias de la Unión en tres categorías: exclusivas, compartidas y medidas de apoyo.

<sup>11</sup> Se pretende que todas las propuestas de naturaleza legislativa de la comisión deban ser remitidas directamente a los parlamentos nacionales, para que éstos puedan emitir un dictamen a la atención de la comisión, del consejo y del Parlamento Europeo. Si al menos un tercio de los parlamentos nacionales (un cuarto en el caso de propuestas en el ámbito de los asuntos de justicia, libertad y seguridad) emitiera dictámenes motivados, apreciando el incumplimiento del principio de subsidiariedad, la comisión deberá reexaminar su propuesta. Asimismo, el TJCE es competente para conocer de los recursos por violación del principio de subsidiariedad interpuestos por los Estados miembros, a instancia, si procede, de sus parlamentos nacionales, de acuerdo con sus respectivos ordenamientos constitucionales.

Como es posible apreciar, estas medidas se encuentran dirigidas a reforzar el principio democrático, así como la protección de los derechos fundamentales. Por esto, pudiera pensarse que dichas medidas, junto con la puesta en práctica del referéndum del TCUE en los Estados miembros, tendrán por efecto vaciar de sustento los límites constitucionales impuestos por algunos tribunales nacionales, generando un cambio de actitud de éstos hacia el sistema. Sin embargo, la DTC 1-2004 podría evidenciar que esto no será automático ni absoluto.

#### IV. PRIMACÍA UE *VS* SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, EN LA DTC 1-2004

La DTC 1-2004 da respuesta a la cuestión de si el principio de primacía del derecho de la UE, reconocido expresamente en el tratado, es o no contrario al principio de supremacía de la Constitución española. El TC español concluyó dicho planteamiento en sentido negativo, básicamente, por lo siguiente:

a) La primacía del TCUE y su derecho derivado se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la UE y, por ende, respecto de competencias soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo I-60 del TCUE.

b) La cesión del ejercicio de competencias a la UE no es ilimitada, pues es aceptada en tanto el derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de derecho establecidos por la CE. La cesión tiene límites materiales: el respeto a la soberanía del Estado, a las estructuras constitucionales básicas y al sistema de valores y principios fundamentales. Dichos límites, a juicio del TC, se respetan en el tratado.

c) El TCUE parte del respeto a la identidad de los Estados miembros y de sus estructuras constitucionales básicas, y se funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados (artículos I-2; I-5.1 y II-113, TCUE).

d) Los límites constitucionales impuestos por algunas jurisdicciones (con anterioridad al TCUE) aparecen proclamados por el tratado, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones nacionales.

e) La UE debe ejercer sus competencias no exclusivas conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo I-11.3 y 4), de manera que se racionaliza y limita el fenómeno de la expansividad competencial.<sup>12</sup>

f) La Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del derecho de la UE en un ámbito acotado.

### *Objeciones y posibles problemas*

Se ha pensado que la integración europea incide no sólo sobre el contenido constitucional de cada Estado, sino sobre el propio *constitucionalismo*, entendido en un sentido tradicional, en tanto que asume una Constitución, sin una comunidad política definida y presupuesta.<sup>13</sup> Por esto, es posible encontrar más de un argumento para objetar la posición consistente en que la primacía del derecho comunitario europeo sobre la Constitución nacional no afecta al principio de supremacía constitucional, desde el punto de vista democrático y de los derechos fundamentales: porque las Constituciones nacionales reflejan una noción de la identidad de la colectividad y de sus elecciones morales, y porque los tribunales constitucionales nacionales se han instaurado para proteger esa expresión cultural de la colectividad respectiva, podría plantearse la cuestión de si el parlamento nacional cuenta con el poder para autorizar la celebración de un tratado que pueda propiciar la relativización de dichos contenidos constitucionales. Varias objeciones de este tipo se formularon en los tres votos particulares de la DTC 1-2004.<sup>14</sup> Los magistrados disidentes, entre

12 Porque en lo sucesivo, y en virtud de la “cláusula de flexibilidad”, tal y como es hoy recogida en el artículo I-18 del tratado, a falta de poderes específicos para emprender acciones necesarias para la consecución de sus objetivos, la Unión sólo podrá actuar a través de medidas adoptadas por el Consejo de Ministros, por unanimidad, a propuesta de la comisión y previa aprobación de los parlamentos nacionales en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el artículo I-11.3 del tratado.

13 Poiares Maduro, Miguel, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, 1998, p. 175.

14 Se manifestó que el artículo 93 CE autoriza a las cortes generales, a ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no a disponer de la Constitución, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones. “El desplazamiento de la Constitución por el derecho comunitario afecta tan profundamente a la esencia misma de la Constitución como norma jurídica suprema que llega a integrar una limitación de la soberanía del pueblo español (artículo 1.2,

otras cosas, no dejaron de subrayar que para admitir la primacía del derecho de la UE era necesario implementar el procedimiento de reforma agravada de la CE.<sup>15</sup>

Frente a esa línea de pensamiento, se ha argumentado que el llamado para una Constitución europea es una apuesta alternativa a la arquitectura constitucional de corte clásico. El constitucionalismo propuesto se encuentra basado en lo que se ha denominado el principio de tolerancia constitucional, que conlleva una apertura o cambio de la noción tradicional del Estado nación, que implica una aceptación y tolerancia a la diversidad moral y cultural. El constitucionalismo alternativo implica una apertura y un deseo de preservar la rica diversidad cultural e identidad que representa la UE.<sup>16</sup> La Constitución europea, y sus efectos en relación con las Constituciones nacionales, sólo pueden entenderse a partir de la distinción entre el conocido preámbulo de *We the People* por el de *an ever closer union among distinct peoples*, que viene a desafiar frontalmente la premisa del constitucionalismo tradicional.<sup>17</sup> Los Estados miembros se obligan a una autoridad comunitaria, liberándose, en cierta medida, de los aspectos negativos de la concepción extrema del constitucionalismo tradicional (intolerancia a lo exterior, y a las elecciones morales diversas).<sup>18</sup>

Al parecer, la DTC 1-2004 debe leerse a partir de este contexto alternativo y no a partir de una perspectiva normativista clásica. Este entendimiento alternativo, sin embargo, no sería conciliable o congruente con la consolidación de un Estado “nacional” europeo,<sup>19</sup> cerrado a la influencia de terceros países (inmigración) y ajeno a las políticas de carácter social

CE), que sólo puede producirse como efecto de una decisión del constituyente”. Voto de don Javier Delgado Barrio.

15 “Sería muy peligroso desde el punto de vista político proceder de manera constitucionalmente incorrecta a la hora de dar un paso tan importante como es el de la participación española en este nuevo reto de la integración europea; por mucha legitimidad que se pudiera obtener en un referéndum consultivo, sería una legitimidad viciada desde la perspectiva constitucional”. Voto de don Roberto García-Calvo y Montiel.

16 Véase Weiler, Joseph H. H., “Federalism and Constitutionalism: Europe’s Sonderweg”, *Jean Monnet Working Paper*, Harvard Law School, núm. 10-2000.

17 Mancini, Federico G., “The Making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 26, núm. 4, 1989, p. 596.

18 Weiler, Joseph H. H., “Federalism...”, *cit.*, nota 16.

19 Ese resultado sería irónico de acuerdo con los fines del proceso. Weiler, Joseph H. H., “The transformation...”, *cit.*, nota 5.

o propiamente “comunitarias”. El motor eminentemente económico del proceso de integración tendrá en algún momento que ceder frente a las exigencias sociales, si se busca su verdadera aceptación,<sup>20</sup> con independencia de los resultados del referéndum en torno al TCUE que, mediado a través de una impresionante publicidad, ha comenzado a tener éxito.

## V. COEXISTENCIA JURISDICCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Como se sabe, el Tribunal de Justicia se ha encargado de proteger los derechos fundamentales en el ámbito de la UE, incluso a falta de una declaración de derechos en los tratados. Actualmente, existe una carta de derechos que, además, se ha incorporado al TCUE, para adquirir carácter vinculante una vez que dicho tratado entre en vigor. Tanto en la doctrina del Tribunal de Justicia, como en el TCUE, se ha dejado claro que la protección de derechos fundamentales opera frente a las instituciones de la UE, así como frente a los Estados miembros únicamente cuando aplican derecho de la UE.<sup>21</sup>

La incorporación de la carta al TCUE ha generado diferentes tipos de problemas de articulación, que no es posible examinar en este trabajo. Parece que la principal inquietud académica radica en que la jurisprudencia

20 Existen fuertes críticas a la inclinación neoliberal que tiende a tomar la UE. Ramonet, Ignacio, “Vacilante democracia. La esperanza”, en varios autores, *Los 100 editoriales de Le Monde Diplomatique*, noviembre de 1995-febrero de 2004, edición española, pp. 9, 18. En general, véase Cabo de la Vega, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Alicante, Universidad de Alicante, 2000. Un estudio relativo a los problemas de la legitimidad del Tribunal de Justicia en la definición de los niveles de protección de las cuatro libertades de la UE y los derechos fundamentales en Avbelj, Matej, “European Court of Justice and the Question of Value Choices. Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods”, *Jean Monnet Working Paper*, New York University School of Law, núm. 06/04. Existen casos excepcionales en que el Tribunal de Justicia ha dado preferencia a los derechos fundamentales frente a libertades económicas. STJCE, *Eugen Schmidberger*, 12 de junio de 2003 (C-112/00), en donde el derecho de reunión prevalece sobre la libre circulación de mercancías.

21 STJCE, *Klensch*, 1986; STJCE, *Wachauf*, 1989; STJCE, *Elliniki Radiophonia Tileorasi*, 1991. De ese modo, en las materias no pertenecientes al ámbito del derecho de la UE, el ciudadano de la Unión estará sometido al régimen de derechos fundamentales propio de cada Estado, bajo cuya jurisdicción se encuentre. Aunque también se ha hecho referencia a las posibilidades expansivas de la extensión de los derechos de la Unión a materias no comunitarizadas. Véase López Guerra, Luis, “Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 65, II, 2003, pp. 191-204.



cia comunitaria puede propiciar que se aplique al nacional de un Estado miembro una protección inferior a la que reconoce en su favor el orden jurídico nacional o el propio Convenio de Roma.<sup>22</sup> El TCUE pretende resolver dicha problemática, en general, a través de algunas disposiciones.<sup>23</sup>

En la DTC 1-2004 se examinó precisamente la constitucionalidad del sistema de derechos del TCUE, que podría erigirse en parámetro determinante de la configuración de los derechos y libertades, no sólo en el ámbito del derecho europeo, sino, por su inherente vocación expansiva, también en el puramente interno. A este respecto, el TC aclaró, de entrada, que no era posible realizar un pronunciamiento abstracto y anticipado sobre la contradicción de los derechos reconocidos en el TCUE, en relación con los previstos en la Constitución de 1978. Luego de dicha aclaración, el TC resolvió que el tratado no contraviene la Constitución por prever una carta de derechos y un garante jurisdiccional de los mismos, basándose en dos fundamentos jurídicos, principalmente:

22 Véase un estudio sobre estos problemas en Bering Liisberg, Jonas, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?”, *Jean Monnet Working Paper*, Harvard Law School, núm. 4-01.

23 “1. Las disposiciones de la presente carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás partes de la Constitución. 2. La presente carta no amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás partes de la Constitución... 3. En la medida en que la presente carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho convenio. Esta disposición no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa. 4. En la medida en que la presente carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. 5. Las disposiciones de la presente carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”.

Como primer fundamento, el TC se limitó a recordar que, por virtud del artículo 10.2 constitucional,<sup>24</sup> el valor interpretativo que tendría la Carta de la UE no causaría mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma. Asimismo, el TC reconoció que la CE y el artículo II-112 del tratado erigen a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. El segundo fundamento de la respuesta consistió en la referencia por parte del TC al artículo II-113 del tratado, que establece que ninguna de las disposiciones de la carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y libertades reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la UE, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la UE o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo, *así como por las Constituciones de los Estados miembros*. El TC enfatizó que la carta se encuentra fundada en una comunidad de valores con las Constituciones nacionales, y que se concibe como una garantía de mínimos sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el derecho interno.

### *Objeciones y posibles problemas*

Pese a las manifestaciones del TC, la experiencia ha evidenciado que no puede descartarse que el Tribunal de Justicia, mediante su jurisprudencia, propicie que se aplique al nacional de un Estado miembro una protección inferior a la reconocida nacionalmente o por el CEDH. A este respecto, se ha llegado a afirmar, con gran sentido lógico, que un derecho fundamental garantizado en la Constitución de cualquier Estado miembro debe ser tutelado también en el ámbito comunitario, porque lo contrario significaría que los Estados miembros transfirieron al sistema de

<sup>24</sup> El artículo 10.2, CE, obliga al TC a interpretar los derechos y libertades de acuerdo a la jurisprudencia de los sistemas de producción externa que en dicho precepto se mencionan, que incluyen al TEDH y al Tribunal de Justicia. Véase Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999.

integración el poder para violar su ordenamiento supremo.<sup>25</sup> Esa línea de pensamiento supone que si el Tribunal de Justicia, en algún caso referente a un determinado derecho fundamental, adopta el nivel de protección nacional más elevado de todos los miembros, se encontrará lejos de la injerencia de los tribunales constitucionales de los Estados, ante el cumplimiento y superación de todos los demás niveles nacionales de protección. Alejándose de esa postura maximalista, la posición del TJCE en la protección de derechos fundamentales ha implicado una aproximación autónoma, comunitaria: sólo de esa forma es posible considerar los principios y valores de todos los nacionales de los Estados miembros, como integrantes del nuevo orden jurídico europeo.<sup>26</sup>

En la DTC 1-2004, al parecer, se estimó que varios elementos normativos presentes en la CE y en el TCUE hacían improbable o, cuando menos, casi intrascendente (no es tan claro) un choque de jurisprudencias entre ambos tribunales. Algunos casos prueban que dicha manifestación es inexacta,<sup>27</sup> considerando que el Tribunal de Justicia no parece dispues-

25 Conclusiones del abogado general Warner relativas a la STJCE, *Industria Romana Carni e Affini Spa v. Amministrazione delle Finanze dello Strato*, 7 de julio de 1977, 7/76. Véase Weiler, Joseph H. H., "Fundamental Rights and Fundamental Boundaries. On the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space", en *The Constitution of...*, cit., nota 5, pp. 102-129.

26 STJCE, *Nold (J.) KG v. Comisión*, 14 de mayo de 1974, 4/73. STJCE, *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, 13 de septiembre de 1979, 44/79. El balance entre los bienes individuales y los intereses colectivos es el factor que va a variar de una sociedad a otra, dependiendo el conjunto de valores que en cada orden se consideran prioritarios. Acoger el nivel máximo de protección de cierto derecho reconocido en determinado Estado significaría adoptar el balance de dicho Estado para toda la UE, es decir, establecer para todos los demás países la prioridad de valores y principios culturales elegidos por una minoría. Por esto, es erróneo que exista interés de los Estados miembros en contar con un nivel máximo de protección de todos los derechos fundamentales. Weiler, Joseph H. H., "Fundamental Rights and...", cit., nota 25, pp. 102-112.

27 En la sentencia 137/1985, el TC español determinó: "nuestro texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas". STC 137/1985, 17 de octubre de 1985. Posteriormente, en los asuntos acumulados 46/87 y 227/88, resueltos el 21 de septiembre de 1989, el TJCE resolvió: "No puede extraerse una conclusión diferente del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo apartado 1 prevé que 'toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia'. El objeto de la protección de este artículo abarca el ámbito del desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede por tanto extenderse a los locales empresariales". STJCE, *Hoehchst AG v. Comisión*, 21 de septiembre de 1989 (46/87, 227/88). Años después, el TC español matizó su posición, considerando que si bien las personas jurídicas son titulares de ese derecho, su alcance es más restringido que para las personas físicas. STC 69/1999. Similares dificultades se presentaron a

to a sacrificar la uniformidad en el sistema y, en cierta medida, la primacía del derecho de la UE, en orden a respetar los contenidos constitucionales de algún Estado miembro en particular.<sup>28</sup> Sin embargo, aunque los tribunales nacionales han mantenido firme su posición, son excepcionales los casos en que han dejado sin efectos, por inconstitucionales, disposiciones comunitarias.<sup>29</sup>

Parte de la doctrina académica ha reconocido que la coexistencia de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales ha conducido a un diálogo constitucional necesario entre los tribunales respectivos.<sup>30</sup> Se ha hablado, así, de un condicionamiento supranacional del Estado y de un condicionamiento estatal de lo supranacional en Europa.<sup>31</sup> Esto ha tendido a crear las bases para la existencia de interacciones jurisdiccionales capaces de establecer una relación de influencia y control recíproco en el plano argumentativo,<sup>32</sup> tendente a configurar un sistema dinámico en la tutela de los derechos humanos, capaz de enriquecer sus

partir del Caso Kreil, en Alemania, que en cierta forma dio lugar a una reforma a la Ley Fundamental de Bonn para acoger el criterio jurisprudencial del TJCE. Véase Gambino, Silvio, “Los derechos fundamentales comunitarios: entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Tratados y *Bill of Rights*”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 65, II, 2003, pp. 173 y 174.

28 Bering Liisberg, Jonas, *op. cit.*, nota 22.

29 Mediante sentencia dictada el 25 de enero de 1995, el TC alemán estimó que los efectos de la aplicación de un reglamento comunitario referente a la comercialización del plátano (declarado válido previamente por el Tribunal de Justicia) eran contrarios a la Ley Fundamental de Bonn. En su sentencia, el tribunal germano no juzgó sobre la validez del acto comunitario; sin embargo, reconoció a la parte actora el derecho a medidas cautelares consistentes en la inaplicación del reglamento comunitario. Sentencia EuR 162, 25 de enero de 1995. Reich, Norbert, “Judge-made ‘Europe à la carte’: Some remarks on Recent Conflicts between European and German Constitutional Law provoked by the Banana Litigation”, *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, núm. 1, pp. 103-112.

30 Stone Sweet, Alex, “Constitutional dialogues in the European Community”, en Slaughter, Anne-Marie *et al.* (eds.), *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, UK, Hart Publishing, pp. 305-330.

31 Hesse, Honrad, “Constitución y derecho constitucional”, en Werner *et. al.*, “Integración europea y Ley Fundamental. Maastricht y sus consecuencias para el derecho constitucional alemán”, *Manual de derecho constitucional*, trad. de Antonio López Pina Madrid, IVAP, Marcial Ponds, 1996, p. 82.

32 De esa forma, en la DTC 1-2004 se reconoció la necesidad de establecer un diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, para la solución de las probables colisiones entre los derechos coincidentes proclamados por la Constitución española, en relación con los reconocidos en el TCUE.

contenidos a partir de dicha deliberación<sup>33</sup> y, por ende, de legitimar en mayor medida el ejercicio jurisdiccional de tales tribunales.<sup>34</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

En relación con el primer tema, como se ha visto, sigue imperando una cierta actitud de prudencia y cautela por parte del TC español en relación con la primacía del sistema de integración europeo, a pesar de los nuevos contenidos del TCUE. Destaca que el TC, por un lado, reconoce que el TCUE “ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros”, mientras que, por otro lado, termina imponiendo al proceso los límites constitucionales que ya venía manejando. Como se ha pensado, la primacía del derecho de la UE será tal cuando se termine por imponer desde el propio sistema europeo, sin depender de las Constituciones nacionales (como sucede en una Federación), ya que la posible reforma constitucional (nacional) para reconocer dicha primacía podría ser objeto de una posterior reforma para negarla.<sup>35</sup>

En cuanto al segundo tema, destaca que la DTC 1-2004 ha dejado clara una situación que ya se había venido consolidando en Europa: la existencia de dos garantes supremos en materia de derechos fundamentales (Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia), “*cada uno operando en sus respectivos ámbitos competenciales*”, y un intérprete ubicado por encima de éstos,<sup>36</sup> como garante de una cierta uniformidad en lo referente al

33 Saiz Arnaiz, Alejandro, “Presentación: los derechos fundamentales en la nueva Europa, entre la autoridad normativa y la judicial”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 58, II, 2000, p. 12.

34 Saiz Arnaiz, Alejandro, “El Tribunal de Justicia. Los tribunales constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional; de la autoridad judicial a la normativa” (material facilitado por el autor, en febrero de 2005).

35 En ese sentido, Ferreres Comellas, Víctor y Saiz Arnaiz, Alejandro, “¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?” (material proporcionado por el profesor Saiz Arnaiz, en febrero de 2005).

36 STEDH, *Matthews v. Reino Unido*, 18 de febrero de 1999, en la que el TEDH impone límites al derecho de la UE. STJCE, K. B., 7 de enero de 2004 (C-117-01), en la que el Tribunal de Justicia declaró la incompatibilidad con el tratado de una legislación nacional, previamente declarada contraria al Convenio por el TEDH, poniendo de manifiesto una cierta deferencia a Estrasburgo. STEDH, *Partido Comunista Unificado de Turquía v. Turquía*, 30 de enero de 1998, en la que Estrasburgo dejó claro que el CEDH no encuentra obstáculo en las Constituciones nacionales.

contenido mínimo de los derechos en ambos sistemas (TEDH).<sup>37</sup> No obstante, la UE comprende ya, directa o indirectamente, casi cualquier ámbito material nacional. Esta situación parece relativizar la idea de que cada tribunal debe operar en su respectivo ámbito de competencia,<sup>38</sup> lo cual conlleva una cierta tendencia a que el Tribunal de Justicia se vaya ubicando en una posición de mayor influencia que los tribunales nacionales en la definición del contenido y de los niveles de los derechos fundamentales en la UE (como sucede en una Federación). Por esto, actualmente, los tribunales constitucionales nacionales se hallan en una situación un poco incomoda: El TCUE les ha dejado abierto el camino para introducir, en el diálogo directo con el Tribunal de Justicia (cuestiones prejudiciales), argumentos dirigidos a que éste tome en cuenta su jurisprudencia constitucional,<sup>39</sup> pero, con un precio muy claro: el reconocimiento del Tribunal de Justicia como órgano jurisdiccional supremo en la UE, por virtud del hecho mismo de plantear la respectiva cuestión prejudicial.

En general, la DTC 1-2004, junto con el también reciente pronunciamiento francés sobre la constitucionalidad del TCUE, dan lugar a pensar que los nuevos contenidos de dicho tratado y su posible aprobación mediante referéndum no bastarán para que los tribunales constitucionales o equivalentes acepten, *sin reservas*, la primacía del derecho de la UE y la posición del Tribunal de Justicia como último intérprete de los derechos y libertades. No deja de ser curiosa la llamada “Declaración de Bled”, suscrita en octubre de 2004 por representantes de nueve tribunales constitucionales, de los diez *nuevos* Estados miembros, reunidos a iniciativa del esloveno con apoyo de la Comisión de Venecia, y en presencia de los

37 El CEDH prevé espacios o márgenes para la diversidad y la interacción entre ciertos intereses nacionales y el contenido de los derechos convencionalmente garantizados. Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional...*, cit., nota 24, pp. 221-225, 275-277. Delmas-Marty, Mireille (ed.), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 319-339.

38 A ese respecto, parte importante de la doctrina académica ha opinado que la competencia sobre la competencia corresponde al Tribunal de Justicia, y no a los tribunales nacionales. Weiler, Joseph, H. H., “Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial *Kompetenz-Kompetenz*”, en Slaughter, Anne-Marie *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 30, pp. 331-364.

39 El artículo II-113 del tratado establece, entre otras cosas, que ninguna de las disposiciones de la carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y libertades reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por las Constituciones de los Estados miembros. Sobre el tema, véase Saiz Arnaiz, Alejandro, “El Tribunal de...”, cit., nota 34.

presidentes del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Estrasburgo<sup>40</sup> (entre otros), en el que quedó apuntada la necesidad de cooperación jurisdiccional en el ámbito de la UE, lo cual parece una medida preventiva tendente a evitar una nueva posición jurisdiccional nacional que obstaculice el proceso de integración europeo.



40 Un estudio completo sobre la actitud de los tribunales constitucionales de los países de Europa del Este hacia el proceso de integración, y la referencia a dicha declaración *Idem*.