

# LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN ESPAÑA CON EL TRATADO DE LISBOA

JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS<sup>1</sup>

Becario FPU del Departamento de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada

**RESUMEN:** El Tratado de Lisboa inaugura un nuevo escenario en materia de protección de derechos fundamentales en la Unión Europea: por un lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea resulta equiparada en valor jurídico a los preceptos del Derecho Primario de la Unión. Por otra parte, el Tratado de Lisboa contiene el mandato de que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos, erigiéndose el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una vez completada la adhesión en garante externo del respeto a los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión y en su aplicación tanto por las instituciones comunitarias como por los Estados miembros. En este nuevo contexto, serán crecientes las imbricaciones entre el TEDH, el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales y deberán plantearse en términos de cooperación y no jerárquicos. Dada la apertura de la Constitución española al derecho internacional de los derechos humanos en su artículo 10.2 CE, la Carta de Derechos Fundamentales está llamada a tener notable presencia en la jurisprudencia constitucional (que deberá precisar sus condiciones de aplicación y sus relaciones con las normas internas) y en la jurisprudencia ordinaria española.

**ABSTRACT:** Lisbon Treaty establishes a new scene in fundamental rights protection: on the one hand, the Charter of Fundamental Rights of the European Union becomes legally binding with the same legal value as the Primary Law. On the other hand, Lisbon Treaty contains the mandate for the European Union accession to the European Convention of Human Rights; once it is completed the European Court of Human Rights will guarantee respect for

---

<sup>1</sup> [marinai@ugr.es](mailto:marinai@ugr.es).

fundamental rights in the European Union Law application, both by European Institutions and by Member States. In such a context, mutual influences between the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and the national Constitutional Courts are much higher; and they have to be conceived in non hierarchical, but in cooperation terms. The Charter is called to have an important role in Spanish Constitutional Court case law (which is supposed to clarify its conditions of application and what is the relation with national law) and in ordinary Courts case law; this is due to the Spanish Constitution's opening in the scope of Human Rights International Law, established in its article 10.2.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos Fundamentales, Derecho Comunitario, Tratado de Lisboa, Artículo 10.2 Constitución Española, Tribunal Constitucional español, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**KEY WORDS:** Fundamental Rights, European Union Law, Lisbon Treaty, Article 10.2 Spanish Constitution, Spanish Constitutional Court, European Union Charter of Fundamental Rights.

## SUMARIO

- I. ANTECEDENTES E IDEAS PREVIAS.
- II. LA FUNCIÓN HERMENÉUTICA DE LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ARTÍCULO 10.2 CE: EL CASO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.
- III. EL POTENCIAL DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA A LA LUZ DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO.
- IV. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ESPAÑOLA COMO GARANTE DE LA APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.
- V. CONCLUSIONES.

## I. ANTECEDENTES E IDEAS PREVIAS.

La Constitución Española de 1978 contiene un sistema de protección de los derechos fundamentales abierto a la protección internacional de los derechos humanos mediante el recurso hermenéutico del artículo 10.2 CE que permite que sus disposiciones se actualicen, enriquezcan y nutran de la profusa actividad que se lleva a cabo en el orden internacional. Dentro del ordenamiento jurídico internacional confluyen sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos siempre está presidida por el agotamiento previo de los recursos internos actuando con carácter subsidiario, por lo tanto, de la protección interna de los derechos fundamentales que es donde deben concentrarse los esfuerzos prioritarios. Esta multiplicidad de sistemas y órganos de protección conduce a un enriquecimiento mutuo y a una sinergia en la protección de los derechos fundamentales; ya que pese a los hipotéticos casos de conflicto o antinomia, los derechos humanos están presididos por el principio de la interpretación más favorable a su efectiva protección. De modo que mediante una interpretación *in bonus* de los textos normativos y doctrinas establecidas por los órganos concurrentes conforme al artículo 10.2 CE sólo puede derivarse un efecto actualizador y beneficioso desde el punto de vista sustantivo del contenido de los derechos y libertades constitucionales; pese a los problemas que pueden persistir desde el punto de vista procesal y formal en aras a su efectiva realización.

En el ámbito regional europeo encontramos dos importantes Organizaciones internacionales que han destacado por sus contribuciones en materia de derechos fundamentales: el Consejo de Europa con un órgano jurisdiccional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH- en lo sucesivo), y la Unión Europea (UE). Mientras que el Consejo de Europa ha sido una

organización de cooperación que nace teniendo como objetivo primordial la promoción y defensa de la democracia y de los derechos fundamentales; la UE es una organización supranacional receptora de competencias pertenecientes al núcleo más sólido de la soberanía estatal de los Estados miembros, que carece de atribuciones competenciales expresas para la preservación de los derechos fundamentales. Pese a ello como límite necesario para poder avanzar en la integración económica (y en la consolidación de un Mercado Interior primero, de un Mercado Único luego y finalmente de una Unión Económica y Monetaria) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>2</sup> tuvo que exigir el respeto a los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario en un nivel equivalente a la protección que los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros dispensaban a sus nacionales; de otro modo el TJUE no hubiera superado las reticencias de los Tribunales Constitucionales nacionales (especialmente italiano y alemán) a la primacía del Derecho Comunitario. Para ello, el TJUE ideó su conocida fórmula *pretoriana* a través de la cual tutelaba casuísticamente los derechos y libertades recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) y en las tradiciones constitucionales comunes en calidad de principios generales del Derecho comunitario<sup>3</sup>.

Las insuficiencias de este modelo pretoriano de protección de los derechos fundamentales existente en el ordenamiento comunitario pronto se pusieron de manifiesto: la falta de seguridad jurídica ante la decisión casuística del Tribunal de qué derechos son tutelados y con qué alcance; y la ausencia de un itinerario procesal específico para que los particulares pudieran recabar la tutela de los derechos protegidos en el orden comunitario ante la jurisdicción comunitaria.

---

<sup>2</sup> A los efectos de este trabajo denominaremos Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en lo sucesivo) al histórico Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues ésta es la denominación que le corresponde con el Tratado de Lisboa vigente desde el día 1 de diciembre de 2009.

<sup>3</sup> Véase la evolución de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea en: LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "Derechos Humanos y Unión Europea" en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2000, págs. 363-420 y CÁMARA VILLAR, G., "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº4, Julio-Diciembre de 2005, págs. 9-42.

Para ello el Tratado de Lisboa contempla dos vías que pueden ayudar a mitigar en buena medida estos problemas:

a) Por una parte en el artículo 6.1 TUE se equipara en valor jurídico a los Tratados la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante), tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Esta versión de la CDFUE fue publicada en el D.O.U.E. serie C 303, de 14 de diciembre de 2007. La CDFUE fue proclamada solemnemente el día 7 de diciembre de 2000 por los presidentes del Parlamento Europeo, de la Comisión Europea y del Consejo Europeo mediante acuerdo interinstitucional en Niza. No fue incluida en el Tratado de Niza y en el fallido Tratado constitucional era incorporada plenamente en el Derecho primario como Parte II, pero finalmente en Lisboa se produce su incorporación por referencia. Debe destacarse la importancia de este novedoso texto no normativo (hasta Lisboa) debido a que su proceso de elaboración va a reunir las legitimidades democrática e intergubernamental<sup>4</sup>, y también debido a que en él se van a reafirmar aquellas fuentes jurídicas de las que se nutría la doctrina *pretoriana* del TJUE (que es mantenida en el artículo 6.3 TUE en Lisboa): es decir, las tradiciones constitucionales comunes, el CEDH, las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, las Cartas sociales comunitaria y del Consejo de Europa, y la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. La CDFUE va a mejorar la situación de los derechos fundamentales en la UE en términos de seguridad jurídica y visibilidad de los derechos fundamentales, constituyendo un avance en la legitimidad del Derecho derivado de las Instituciones comunitarias desde el punto de vista de su contenido; y no siendo desdeñable su valor cívico, ético, cultural, axiológico y educativo para los ciudadanos de la Unión fundamentalmente. Con anterioridad a la adquisición de un pleno valor jurídico debe recordarse la abundante presencia de la Carta en las Conclusiones de los Abogados Generales en los asuntos ante el TJUE que han defendido con ahínco su conversión en texto de referencia en materia de derechos fundamentales. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encontramos menciones a la Carta en las cuales nunca se ha

---

<sup>4</sup> MANGAS MARTÍN, A, "El compromiso con los derechos fundamentales" en A. *Mangas Martín (Dir.): Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pág. 61.

empleado como fuente autónoma, a falta de pleno valor jurídico vinculante; puesto que o bien se ha remitido al CEDH, o bien, la ha empleado como argumento *ad abundantiam* útil para reafirmar los derechos fundamentales protegidos en otras fuentes de las que se nutren los principios generales del Derecho comunitario. Pero con Lisboa en vigor el TJUE se verá obligado a emplear la Carta como fuente autónoma y a delimitar un estándar propio de protección de los distintos derechos fundamentales, estableciendo un núcleo esencial y permitiendo un cierto margen de apreciación a las distintas modalidades de ejecución de los derechos fundamentales para ajustarse a las peculiaridades culturales de los diferentes Estados miembros.

En la jurisprudencia constitucional española la CDFUE ha estado presente de forma cauta, pese a ser el primer Tribunal Constitucional el español que la invocó incluso antes de su proclamación, siendo en ocasiones empleada como criterio hermenéutico vía artículo 10.2 CE y en otras ocasiones con omisión de su función interpretativa. En la jurisprudencia ordinaria son abundantes las referencias a la CDFUE en especial al derecho a una buena administración (en su doble faceta de obligación de motivar los actos administrativos y de derecho de acceso a los expedientes), el principio de proporcionalidad de las penas, o el derecho de propiedad. Tanto en el caso de la jurisprudencia constitucional como en el caso de la jurisprudencia ordinaria la utilización de la CDFUE no ha sido decisiva para la resolución del fondo, sino que sus preceptos se han empleado como confirmatorios del criterio del Tribunal o en otras ocasiones como argumento *ad abundantiam* entre otros textos internacionales en sede interpretativa<sup>5</sup>. En España, ante la inusual incorporación por referencia de la Carta al Tratado de Lisboa, la Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio<sup>6</sup> por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa conforme al artículo 93 CE, realiza una no menos sorprendente incorporación en su articulado del texto íntegro de la Carta de Derechos Fundamentales, tal y como se publicó en el citado D.O.U.E.

---

<sup>5</sup> Véase el impacto de la CDFUE en la jurisprudencia comunitaria y española en ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Aranzadi, 2006, págs. 37-50 y en la jurisprudencia española en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº15, 2º semestre, 2008.

<sup>6</sup> B.O.E. número 184, de 31 de julio de 2008.

el día 14 de diciembre de 2007<sup>7</sup>. El legislador podría haber estado pensando en anticipar para España la vigencia de la CDFUE<sup>8</sup>. El presente estudio se centrará en estudiar la repercusión en nuestro ordenamiento de la aplicación de este instrumento y sus posibilidades constitucionales.

b) La segunda opción que se baraja es la adhesión de la UE al CEDH, y la configuración del TEDH como garante externo del respeto a los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión una vez agotado su sistema de recursos. Esta opción que se establece en el artículo 6.2 TUE debe llevarse a cabo por unanimidad en el Consejo, previa mayoría cualificada en el Parlamento Europeo, y ser adoptada posteriormente por cada Estado parte del CEDH de acuerdo con su orden constitucional. La adhesión de la UE al CEDH viene a mitigar sólo parcialmente los problemas debidos a la deficitaria legitimación de los particulares para acceder a la jurisdicción comunitaria; y además esta situación encuentra el problema añadido del estado de saturación por el ingente volumen de asuntos pendientes existentes ante el TEDH que podría verse aumentado con el control del respeto al CEDH en la aplicación del Derecho comunitario, a la espera de que se complete una profunda reforma procesal de la institución. Con la adhesión el CEDH pasaría a obligar formalmente al TJUE reduciendo su margen de apreciación, y apartarse de la doctrina establecida por el TEDH (salvo para establecer una protección más extensa) le supondría una condena a la UE como parte del Convenio. La adhesión comporta para la UE la ventaja de que podrá defender sus intereses y estar representada ante los mecanismos de control del CEDH, a diferencia de lo que venía ocurriendo cuando el TEDH ha controlado el respeto al CEDH en la aplicación del Derecho de la Unión llevada a cabo por los Estados miembros. Gracias al artículo 52.3 de la CDFUE y al artículo 53 del CEDH, las relaciones entre estos dos instrumentos se plantean en términos sinérgicos: la CDFUE se verá respaldada por una sólida trayectoria de

---

<sup>7</sup> El artículo 2 de la LO 1/2008, señala que las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con la CDFUE, se trata de una reiteración del artículo 10.2 CE en relación con la Carta.

<sup>8</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el "Boletín Oficial del Estado")", *Revista Española de Derecho Europeo*, abril-junio, nº30, 2009 págs. 135-158.

aplicación del CEDH, mientras éste se verá contextualizado por las previsiones de la CDFUE.

Por tanto pese a las mejoras que introduce el Tratado de Lisboa en la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea van a persistir las negativas consecuencias de la restrictiva concepción de la legitimación de los particulares para recabar su tutela ante la jurisdicción comunitaria; y otro problema: la insuficiente atribución competencial del TJUE para exigir su respeto en los ámbitos de la Política Exterior y de Seguridad Común y en Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.

A continuación examinamos en qué medida la Carta puede convertirse en un elemento de enriquecimiento y transformación estructural de nuestro patrimonio jurídico en materia de derechos fundamentales.

## II. LA FUNCIÓN HERMENÉUTICA DE LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ARTÍCULO 10.2 CE: EL CASO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

El artículo 10.2 CE ha sido el cauce por el que se ha producido en el ordenamiento español la recepción de los tratados relativos a derechos y libertades fundamentales con valor interpretativo de los preceptos constitucionales dedicados a su reconocimiento y protección; ello con independencia de que algunos de estos tratados y acuerdos formen válidamente parte del ordenamiento español tras su publicación oficial y como tales puedan ser aplicados. Este precepto ha sido la vía de entrada para que con carácter interpretativo hayan sido abundantemente empleados por el TC y el TS instrumentos internacionales como el CEDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>9</sup>. Nótese que sólo gozarán de esta función interpretativa de carácter

---

<sup>9</sup> En un estadio temprano el empleo de este artículo 10.2 CE ya era abundante, como se muestra en el estudio que muestra y clasifica los diferentes instrumentos empleados en la jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Supremo en LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "La aplicación en España de los Tratados relativos a derechos y libertades fundamentales", *Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, 1994, págs. 313-327. Téngase en cuenta además la ampliación jurisprudencial del ámbito de aplicación del artículo 10.2 CE al darse entrada a la

constitucional aquellos derechos y libertades recogidos en estos tratados y acuerdos internacionales que a su vez se encuentren en la Constitución española.

Martín-Retortillo Baquer señala que “nuestro sistema constitucional de derechos humanos es un sistema abierto: para mejorar, puede irse completando gradualmente a través de instrumentos internacionales”<sup>10</sup>.

Sobre el artículo 10.2 CE se ha señalado que éste no añade materialmente nada con respecto a los tratados y acuerdos válidamente celebrados y publicados oficialmente que son ya normas de obligada aplicación como criterios de interpretación pues forman parte del ordenamiento interno en virtud del artículo 96 CE. En este sentido se ha sugerido que el precepto pudo nacer orientado al periodo temporal que media entre la ratificación y la publicación. Lo cierto es que la interpretación realizada por los órganos a los que el tratado atribuya la interpretación del mismo, ha de constituir la base de la interpretación de las disposiciones convencionales en cuestión; disposiciones convencionales empleadas a posteriori como criterios hermenéuticos de los derechos y libertades constitucionales (éste es el caso de la jurisprudencia del TEDH interpretando el CEDH; de la jurisprudencia del TJUE interpretando Derecho comunitario originario y derivado, invocado en nuestro ordenamiento por esta vía, y será el caso de la CDFUE cuando el TJUE comience a interpretar sus preceptos). De este modo, la CDFUE interpretada con arreglo a la jurisprudencia del TJUE se convertirá vía artículo 10.2 CE en parámetro de interpretación imperativo de derechos y libertades constitucionales como se verá. Liñán Noguerras apunta como posible función del artículo 10.2 CE, la de ser excusa para dar entrada al Derecho Comunitario en el orden interno y poder utilizarlo como criterio hermenéutico en la función constitucional sin levantar demasiado revuelo, sin

---

Declaración Universal de Derechos Humanos que no es un tratado ni un acuerdo internacional; sino una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas. Sobre el valor jurídico de éstas puede verse ROLDÁN BARBERO, J., “El valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la sentencia Nicaragua c. Estados Unidos de 27 de junio de 1986”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 42, nº 1, 1990, págs. 81-100.

<sup>10</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el “Boletín Oficial del Estado”)”, *loc. cit.*, pág. 142.

desdecirse de su negativa a considerar el Derecho Comunitario como un canon de constitucionalidad<sup>11</sup>.

Finalmente de una interpretación a contrario de la emanada de los órganos de aplicación e interpretación del tratado podría derivarse la responsabilidad ante los mismos por violación del tratado en cuestión<sup>12</sup>. El artículo 10.2 CE constituye una exigencia de interpretación autónoma para los órganos constitucionales a los que se dirige, de modo que se impide toda traslación automática de la interpretación de los derechos y libertades constitucionales que hagan otros órganos facultados para ello de los Tratados internacionales o Convenios en cuestión; es más, debe haber un proceso de argumentación propio del órgano judicial o constitucional español<sup>13</sup>.

En cierto modo el artículo 10.2 CE constitucionaliza la función interpretativa que corresponde a los acuerdos y tratados internacionales relativos a los derechos fundamentales y libertades que recoge la Constitución, así como a la Declaración Universal de Derechos Humanos. De modo que las leyes internas que contravengan los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales -interpretados de conformidad con estos tratados internacionales y las interpretaciones de los mismos llevadas a cabo por los órganos previstos en ellos- podrán ser declaradas inconstitucionales bien mediante la resolución de un recurso de inconstitucionalidad bien a resultas de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en el proceso de aplicación. Eso sí esta pretendida inconstitucionalidad, sólo podría predicarse de derechos y libertades recogidos tanto en el Tratado en cuestión como en la Constitución.

Imaginemos el supuesto de una Ley española de adaptación del ordenamiento interno a una Directiva comunitaria que resulta contraria a un derecho fundamental recogido en la Constitución interpretado con arreglo a la

---

<sup>11</sup> LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución Española: ¿Una nueva dimensión del art. 10.2º CE?", *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, pág. 940.

<sup>12</sup> LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "La protección de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al artículo 10.2)" *International Law Association (Sección española) Boletín informativo*, nº9, marzo 1982, págs. 13-15.

<sup>13</sup> LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución Española: ¿Una nueva dimensión del art. 10.2º CE?", *op. cit.* pág 941.

interpretación que el TJUE ha establecido delimitando el sentido y alcance del precepto equivalente recogido en la CDFUE. En este caso la CDFUE podría ser determinante en la resolución de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad al exigir en el desarrollo o aplicación del Derecho comunitario el respeto a los derechos y libertades que el ordenamiento comunitario tutela, pudiendo establecerse que esa ley interna de adaptación del ordenamiento interno al comunitario deviene contraria a un precepto constitucional (relativo a derechos fundamentales) imperativamente interpretado de conformidad con la CDFUE (texto cuyo sentido y alcance serán determinados por el TJUE y cuya aplicación será objeto de control externo por parte del TEDH). Situación que únicamente deja abierta una vía para una solución eficiente en la protección de los derechos fundamentales: potenciar el diálogo entre TEDH, TJUE y Tribunales Constitucionales nacionales.

El legislador español (estatal y autonómico) va a estar vinculado por la CDFUE en estos supuestos de adaptación del ordenamiento interno al Derecho comunitario, y ello no va a ser un supuesto ocasional o bizarro, puesto que un alto porcentaje de la legislación nacional se encuentra directamente inspirada en Directivas comunitarias (Derecho ambiental, derecho de la contratación del sector público, protección del consumidor...). Idéntica vinculación de respeto al contenido material de la CDFUE se deriva para las Administraciones Públicas (a nivel estatal, autonómico y local) en el ejercicio de su potestad reglamentaria. Este efecto ha sido descrito como *test de adecuación*<sup>14</sup>.

De todos modos hay que precisar que por el momento el TC español ha cerrado la puerta para que el Derecho comunitario, o la CDFUE puedan constituir por sí solos un canon directo de constitucionalidad, pese a que estos instrumentos internacionales en ocasiones puedan jugar un papel decisivo en la determinación del sentido y alcance de un derecho o libertad. Así ha ocurrido en la STC 236/2007 de 7 de noviembre, que en su FJ. 5 establece: "el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos".

---

<sup>14</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el "Boletín Oficial del Estado")", *loc. cit.*, pág. 149.

Parece difícilmente evitable que la CDFUE sea empleada como criterio hermenéutico fuera del ámbito de desarrollo/ aplicación del Derecho de la Unión al que pretende constreñirla su artículo 51; en este sentido Liñán Noguerras tiene dicho que “la cláusula de distribución competencial matiza la conclusión, pero no tanto. Primero porque el expediente de la distribución de competencias materiales no puede resultar un criterio esencial en un espacio jurídico, el de los derechos y libertades fundamentales, marcado por la exigencia de universalidad. ¿Qué concepción podría sustentar la idea de que para unos ámbitos materiales (los del derecho estatal) rigen unos derechos y libertades, y para otro ámbito (el del derecho europeo) otros distintos?” Igualmente insostenible parece que aún en el caso de tratarse de los mismos derechos y libertades, su alcance sea diferente en el ámbito del Derecho de la Unión, y en el ámbito del Derecho español<sup>15</sup>.

Los derechos recogidos en tratados internacionales o acuerdos que formen parte del ordenamiento interno de acuerdo con el artículo 96, pero que no se hallen recogidos en la Constitución, aunque no van a desempeñar la función interpretativa con rango constitucional que se desprende del artículo 10.2 CE, van a tener en el ordenamiento un rango *supralegal* e *infraconstitucional*, según la doctrina del TS. Éste podría ser el caso de algunos derechos fundamentales recogidos en la CDFUE que no se hallan en la Constitución española, como es el caso de la protección en caso de despido injustificado, el derecho de acceso a los servicios de colocación, o el acceso a los servicios de interés económico general. No obstante, nada impide que el TC decida que estos derechos merecen la protección constitucional subsumiéndolos o integrándolos en alguno de los preceptos constitucionales como el derecho al trabajo (artículo 35 CE). Eso sí el artículo 10.2 CE no permite la creación de derechos y libertades no existentes en el texto constitucional, aunque permite introducir dentro de los artículos constitucionales existentes nuevos perfiles o nuevas categorías de derechos fundamentales. Es claro el ejemplo de la contaminación acústica y la

---

<sup>15</sup> LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución Española: ¿Una nueva dimensión del art. 10.2º CE?”, *op. cit.* págs. 944-945.

recepción de la jurisprudencia del TEDH (*López Ostra*<sup>16</sup>) por el Tribunal Constitucional, que ha supuesto una ampliación de la visión constitucional de modo que estas agresiones al medio ambiente ya no sólo inciden en el contenido del artículo 45 CE sino que inciden sobre otros valores de *primera generación* como la integridad física y moral (artículo 15 CE), la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), o la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE). Ello presenta indiscutibles ventajas para el titular de un derecho al medio ambiente desde el punto de vista procesal: la posibilidad de acudir al procedimiento sumario y preferente del artículo 53.2 CE e incluso de instar el recurso de amparo<sup>17</sup>.

No debe olvidarse la peculiar posición que mantiene en nuestro ordenamiento la CDFUE con respecto a los artículos 10.2 y 96 CE: el texto íntegro de la Carta es reproducido en el articulado de la Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa<sup>18</sup>, recordándose en ella expresamente la fuerza interpretativa del artículo 10.2 CE. Por tanto, vemos en un primer momento que la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Carta es previa a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que la equipara en valor jurídico a sus preceptos. La Carta no es un tratado ni un acuerdo internacional<sup>19</sup>, ello impide que sea una norma que forme parte del ordenamiento interno con arreglo al artículo 96 CE. Pero por otra parte, ha sido ya empleada en la jurisprudencia ordinaria y constitucional española por la vía del artículo 10.2 CE sin ajustarse a su tenor literal (aunque sabemos que este precepto ha permitido la recepción como criterio interpretativo de derechos y libertades constitucionales del Derecho comunitario originario y derivado, así como de la jurisprudencia del TJUE<sup>20</sup>).

---

<sup>16</sup> Sentencia del TEDH, de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. Reino de España*.

<sup>17</sup> DE ANDRÉS ALONSO, F. L., "La jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa en materia de contaminación acústica", *Revista xurídica gallega*, nº 40, 2003, págs. 61-92.

<sup>18</sup> B.O.E. número 184, de 31 de julio de 2008.

<sup>19</sup> Sin embargo, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER defiende que la atribución a la CDFUE en el Tratado de Lisboa del mismo valor jurídico que a los Tratados permite equipararla con los mismos a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a los efectos del artículo 10.2 CE; "incrementándose el depósito español de derechos fundamentales" y proyectándose los efectos del artículo 10.2 CE también sobre la Carta. Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el "Boletín Oficial del Estado")", *loc. cit.*, págs. 150-151.

<sup>20</sup> STC 58/1994, de 28 de febrero, FJ 4: "el juicio constitucional...ha de tener en cuenta una serie de criterios que han de ser utilizados conjuntamente, para lo que cabe contar, al

Como veremos la vía del artículo 93 CE también puede ser idónea para la recepción y aplicación de la CDFUE beneficiándose de dos de los grandes principios del Derecho comunitario: primacía y efecto directo -cuando se dé una serie de condicionantes-. Esta Ley Orgánica 1/2008 opera prácticamente una reforma constitucional encubierta<sup>21</sup> cuando dispone: "A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales...". Puede interpretarse esta opción como un intento del legislador español de adelantar para España la vigencia de la Carta. Sin duda, esta reproducción del texto íntegro de la CDFUE en una Ley Orgánica junto con lo señalado respecto del artículo 51 de la CDFUE hasta el momento favorecerá una profusa corriente de invocación por parte de los particulares de los preceptos favorables a sus pretensiones subjetivas en todo tipo de procesos; además el juez nacional ya sea constitucional u ordinario tarde o temprano comenzará a aplicar directamente preceptos de la CDFUE incluso en supuestos puramente internos y al margen de la fuerza interpretativa del artículo 10.2 CE.

Debemos finalizar señalando que la labor que el artículo 10.2 CE encomienda a los tribunales ordinarios y en especial al Tribunal Constitucional " se verá abocada a una tarea difícil de interpretación en que habrán de conjugarse de una parte los criterios de interpretación del derecho interno para calibrar el alcance real del derecho o libertad reconocida en nuestra Constitución o leyes y de otra los criterios de interpretación de tratados del derecho internacional para obtener la noción del alcance y significado que en ellos se atribuye a ese derecho o libertad en cuestión, procediendo *in fine* a la aplicación de los criterios más favorables al ejercicio del mismo"<sup>22</sup>. En esta interpretación *in bonus* la Carta de Derechos

---

amparo de lo previsto en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental, las reglas que al respecto ha elaborado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...".

<sup>21</sup> En el sentido de que propiamente el tenor literal del artículo 10.2 CE no daría cabida en una interpretación estricta al contenido de la CDFUE.

<sup>22</sup> LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "La protección de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al artículo 10.2)", *loc. cit.*, pág. 24.

Fundamentales de la Unión Europea es un instrumento llamado a desempeñar un papel importante, en especial desde el día 1 de diciembre de 2009 con el Tratado de Lisboa en vigor. En el ámbito del Derecho comunitario se ha rehusado la introducción de una cláusula de apertura al orden internacional del "sistema" de protección de derechos humanos similar al artículo 10.2 CE, manteniéndose la tradicional fórmula *pretoriana* en el artículo 6.3 TUE.

### III. EL POTENCIAL DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA A LA LUZ DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO.

La posición del TC español frente al Derecho comunitario inicialmente queda reflejada en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero y 64/1991, de 22 de marzo, en ellas se califica de "conflicto de naturaleza no constitucional" el conflicto entre una norma interna y la norma comunitaria. Ello implica la exclusión del TC de la función de controlar la adecuación de la norma interna a la comunitaria, puesto que ésta no constituye canon de constitucionalidad. El Derecho comunitario no integra el bloque de constitucionalidad, ni puede ser parámetro del juicio constitucional. De modo que el TC designa como juez competente para resolver el conflicto entre la norma interna y la comunitaria al juez ordinario, que tiene a su alcance una herramienta de diálogo con el TJUE que puede emplear y que cuando sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial debe utilizar: la cuestión prejudicial.

En la STC 28/1991, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional acepta que el derecho de las Comunidades Europeas "constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones". La integración del ordenamiento comunitario en el sistema jurídico interno se produce a través del cauce del artículo 93 CE incorporando sus reglas básicas de resolución de conflictos normativos: la primacía y el efecto directo. La sentencia contiene cita expresa de la STJUE *Simmenthal*<sup>23</sup>. En esta misma sentencia el TC no se

---

<sup>23</sup> Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto 106/77. En ella el TJUE había establecido: "el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas

considera así mismo como órgano encargado de aplicar el Derecho comunitario, por tanto entiende que él no constituye órgano jurisdiccional en el sentido del entonces artículo 177 TCE (posteriormente 234 TCE, y actual 267 TFUE) y fundándose en tal razonamiento se ha negado desde entonces a utilizar el mecanismo prejudicial<sup>24</sup>. Rodríguez Iglesias expresó la necesidad de que los Tribunales Constitucionales sean calificados como órganos jurisdiccionales quedando “sometidos a la obligación de plantear la cuestión prejudicial...”<sup>25</sup>.

Balaguer Callejón se muestra crítico con esta posición del TC respecto del Derecho comunitario señalando que “negar carácter constitucional a la aplicación interna del Derecho europeo, como han hecho algunos tribunales constitucionales no parece muy congruente con el orden constitucional y no favorece la relación dialéctica entre Derecho europeo y Derecho constitucional interno. Bajo una constitución normativa cualquier vulneración del Derecho europeo es claramente una vulneración del orden constitucional interno”<sup>26</sup>.

No se entiende bien esta negación de relevancia constitucional al Derecho comunitario cuando es evidente la interpenetración entre el derecho constitucional interno y el Derecho comunitario; no puede negarse esa relevancia constitucional al Derecho comunitario cuando éste se ha enriquecido en el proceso inverso: “por la vía de los principios generales del derecho comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el Derecho

---

normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.

<sup>24</sup> Esta posición contrasta con el empleo del mecanismo prejudicial que han hecho la *Cour d'arbitrage* belga, el TC del Land alemán de Hesse, la Cámara de los Lores británica, el TC austríaco, el TC lituano y muy recientemente la Corte Costituzionale elevó una petición prejudicial el 21 de abril de 2008 - Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione autonoma della Sardegna, asunto C-169/08. Por otra parte, los Tribunales Constitucionales polaco, portugués y checo han admitido la posibilidad de emplear el incidente prejudicial. Sería deseable que el TC español admitiera la posibilidad de emplear la cuestión prejudicial favoreciéndose el necesario diálogo y cooperación con el TJUE.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pág. 1199. Añade “pienso, en efecto, que la especificidad de la función de los Tribunales Constitucionales no justifica su exclusión del ámbito de aplicación de dicho precepto”.

<sup>26</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, Enero-Julio, 2007, págs. 356-357.

comunitario integra los fundamentos esenciales de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, que, como Estados democráticos de Derecho, comparten valores comunes”<sup>27</sup>.

En cuanto al control por parte del TC español de la negativa del juez nacional a plantear la cuestión prejudicial estimando en amparo una posible vulneración de las garantías que integran el contenido del proceso debido (artículo 24.2 CE), hallamos la STC 58/2004 de 19 de abril, que fue la primera en abrir la puerta a esta posibilidad<sup>28</sup>. Se ha apuntado en la doctrina en relación a esta sentencia que si bien la misma no estima el amparo directamente frente a una transgresión del Derecho comunitario, sí que abre la vía para que una (in)aplicación o (in)cumplimiento del Derecho comunitario pueda tener “relevancia constitucional” al repercutir en una vulneración de un derecho fundamental susceptible de protección en amparo<sup>29</sup>.

Una de las manifestaciones de mayor rigidez en este apartamiento del derecho comunitario europeo la encontramos en la STC 64/1991 según la cual “no corresponde al TC controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo...”.

Sin embargo, vamos a encontrar ejemplos en los que el Tribunal Constitucional suaviza o matiza esa negación de carácter constitucional a la aplicación interna del Derecho comunitario: es el caso de la STC 130/1995, de 11 de septiembre, donde el TC estimó la lesión de un derecho fundamental al no haberse tenido en cuenta la normativa comunitaria, en concreto el Acuerdo de Cooperación entre la CEE y Marruecos, de 1976; o la STC 120/1998, de 15 de junio, que integró una norma penal en blanco mediante el recurso a dos reglamentos comunitarios<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LÓPEZ ESCUDERO, M., “El Derecho comunitario europeo”, M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 695.

<sup>28</sup> Hasta esa fecha la ausencia de control constitucional de la negativa a plantear la cuestión prejudicial había tenido consecuencias indeseables: es el caso de aquellas Sentencias del Tribunal Constitucional que no estimaban la vulneración de la tutela judicial efectiva como consecuencia de decisiones judiciales internas en las que sin consultar al TJUE se inaplicaban las normas comunitarias que habrían comportado una despenalización de la conducta sancionada.

<sup>29</sup> UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., “El “recurso” a la prejudicial (234 TCE) como “cuestión” de amparo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº11, 2004, pág. 442.

<sup>30</sup> Una detallada exposición de doctrina del Tribunal Constitucional relativa al Derecho comunitario en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “En pos de la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (Una visión desde la labor de un Magistrado)”, *Pacis Artes. Obra*

Encontramos también sentencias donde el Tribunal Constitucional “invoca directa, expresa y abiertamente el ordenamiento jurídico comunitario para fundamentar sus decisiones, omitiendo cualquier referencia al artículo 10.2 CE”; esta práctica que podría considerarse una *aplicación directa* del Derecho comunitario “pondría de manifiesto una práctica jurisprudencial que choca frontalmente con la “doctrina oficial” sobre la irrelevancia del Derecho comunitario en los procesos constitucionales. Lo cierto es que esta situación no constituye propiamente una novedad y lo que hace años se consideraba una excepción va camino de convertirse en toda una regla”<sup>31</sup>.

En este sentido encontramos la STC 112/2006, de 5 de abril, en la que el ordenamiento comunitario “aunque no forme parte del parámetro constitucional interno de validez de las leyes” va a ser empleado para reforzar la opinión del TC prescindiendo por completo de toda mención al artículo 10.2 CE.

Sería deseable que el derecho comunitario no fuera empleado únicamente como criterio interpretativo ex artículo 10.2 CE y que se proceda a su aplicación directa también en el ámbito de los derechos fundamentales. “En definitiva, es el artículo 93 CE y no el 10.2 CE la base jurídica más relevante para la aplicación directa de las normas y jurisprudencia comunitarias relativas a los derechos fundamentales, al igual que lo es el art. 96 para los tratados internacionales en materia de derechos humanos”<sup>32</sup>.

Con ocasión del Tratado Constitucional el TC se pronunció efectuando un control previo de constitucionalidad en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre; afirmando en ella la diferenciación entre la primacía del Derecho comunitario y la supremacía constitucional con la voluntad de establecer mediante una delimitación competencial una regla para separar los ámbitos de actuación de estos ordenamientos. Ahora bien, esta solución no parece ser definitiva y sigue planteando problemas la articulación entre ambos ordenamientos. El Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de octubre de 2004,

---

*Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, págs. 864-895.

<sup>31</sup> ROLDÁN BARBERO, J. y DÍEZ PERALTA, E., “Tribunal Constitucional Español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 23, Enero-Abril, Madrid, 2006, págs. 117.

<sup>32</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “En pos de la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (Una visión desde la labor de un Magistrado)”, *op. cit.* página 870.

que esta Declaración menciona hace énfasis en el papel que corresponde al Tribunal Constitucional para clarificar las relaciones entre ordenamientos y en especial para determinar cómo se procederá a depurar el ordenamiento de aquellas normas que contradigan la CDFUE:

“Concluye el Consejo de Estado que parece quedar garantizado “suficientemente que las disposiciones de la Carta no van a producir colisiones o discordancias con la configuración que la Constitución Española hace de esos derechos y libertades”. Ahora bien, la coexistencia de dos sistemas de garantías con el establecido en el Convenio Europeo, al que expresamente se refiere también la Carta, supone la coexistencia de tres regímenes o parámetros en la tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta) que determinará en el futuro, si el Tratado entra en vigor, un proceso de influencias mutuas no exento de problemas jurídicos que el Consejo de Estado considera corresponde aclarar al Tribunal Constitucional en lo que se refiere al sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan”<sup>33</sup>.

Como sabemos el Tratado Constitucional feneció, pero por lo que respecta a efectos de nuestro interés por este Dictamen del Consejo de Estado, el mismo sigue plenamente vigente; y podemos señalar que con el Tratado de Lisboa en vigor desde el 1 de diciembre de 2009 sigue siendo necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie con claridad sobre los problemas jurídicos destacados que presenta la aplicación de la CDFUE. En cualquier caso el Tribunal Constitucional no ha satisfecho lo más mínimo estos requerimientos guardando silencio hasta la fecha pese a haber empleado la CDFUE en su jurisprudencia<sup>34</sup>; su diferenciación entre primacía del Derecho comunitario y supremacía constitucional parece ser confusa e insuficiente<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, pp. 5-6.

<sup>34</sup> El Tribunal Constitucional español fue el pionero en la utilización de la Carta, citándola con anterioridad a su proclamación misma en la Sentencia 292/2000 de 30 de noviembre. Con una clara finalidad interpretativa el TC emplea en esta sentencia entre otros instrumentos la Carta por la vía del artículo 10.2 CE, haciendo abstracción de su carencia de fuerza jurídica vinculante.

<sup>35</sup> “Es desde luego plausible la teoría de las competencias, esgrimida por el TC, para justificar la primacía del Derecho comunitario en el ámbito de actuación que le ha sido transferido por

El carácter insatisfactorio de la posición mantenida hasta la fecha por el TC que culmina en este juego de palabras, se ve probado nuevamente en la afirmación que tiempo atrás realizó Rodríguez Iglesias: “En el estadio actual de la integración europea, caracterizado en el plano jurídico por la relativa autonomía recíproca de los ordenamientos jurídicos nacional y comunitario a pesar de sus múltiples imbricaciones, y por la separación de sus órganos jurisdiccionales, que no se integran en una relación jerárquica, el conflicto radical entre las exigencias del ordenamiento comunitario y las de la Constitución de cada Estado miembro de la Comunidad no es susceptible de una solución lógicamente satisfactoria, ya que tanto el derecho comunitario como el derecho constitucional nacional se autoafirman con una pretensión de primacía”<sup>36</sup>.

Esta radical disyuntiva entre pretensiones de TC y TJUE no deja más opción satisfactoria desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales que la cooperación judicial<sup>37</sup>, que a mi modo de entender debe comenzar por el reconocimiento de carácter y relevancia constitucional al Derecho comunitario por parte del TC; que además deberá precisar en qué supuestos y condiciones el Derecho comunitario y por ende la CDFUE pueden integrar el bloque de constitucionalidad y convertirse en parámetros (siquiera indirectos) de constitucionalidad.

Ya hemos visto la obligación que tendrá el TC vía artículo 10.2 CE de interpretar derechos y libertades fundamentales recogidos en la Constitución de acuerdo con los correspondientes preceptos de la CDFUE y de conformidad con la interpretación que de los mismos haga el TJUE. Esta obligación ha de regirse por el principio de la interpretación más favorable a los derechos fundamentales, interpretación *in bonus*, permitiéndose que el ordenamiento

---

los Estados miembros. Sin embargo, sería cándido pensar en una delimitación escrupulosa de los dominios retenidos por el Estado y cedidos a la Unión”, véase en ROLDÁN BARBERO, J. y DÍEZ PERALTA, E., “Tribunal Constitucional Español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *loc. cit.* pág. 104.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOELKER, U., “Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 14, nº 3, Madrid, 1987, pág. 681.

<sup>37</sup> M. AZPITARTE habla de la situación de los derechos fundamentales en el centro del “consenso constitucional comunitario” y de una sinergia de control mutuo entre el TC y el TJUE; véase AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 224.

comunitario establezca una protección más extensa del derecho o libertad en cuestión; debiendo activarse en caso contrario la doctrina de los *contralímites* para preservar los derechos fundamentales como estructura constitucional esencial. Por esta vía, como ya hemos señalado, la CDFUE está llamada a tener un papel decisivo en la resolución de un recurso de inconstitucionalidad contra una norma española con rango legal de desarrollo o aplicación de una Directiva comunitaria. En este supuesto nos encontramos de lleno en el ámbito donde los poderes públicos nacionales se encuentran vinculados por la Carta (artículo 51 CDFUE). Pero el supuesto puede ir más allá: imaginemos que el recurso de inconstitucionalidad se plantea por la hipotética contradicción de la ley que desarrolla o aplica la Directiva con un precepto de la Constitución relativo a los derechos fundamentales. En este caso la interpretación de la norma constitucional imperativamente por la vía del artículo 10.2 CE debe acomodarse a la CDFUE (con la salvedad de los *contralímites*). Puede ocurrir que el TC encuentre que esa ley no se adecua al precepto constitucional interpretado en el sentido que da la CDFUE a ese concreto derecho fundamental, no bastando por sí sola la doctrina del TC respecto del derecho fundamental controvertido para determinar o concluir la inconstitucionalidad de la ley. En tal caso, ni el Derecho comunitario ni la CDFUE constituyen directamente parámetros del juicio de constitucionalidad; el único parámetro es la Constitución española, pero eso sí una Constitución española interpretada con arreglo a la CDFUE y a la jurisprudencia del TJUE. En este sentido podría convertirse la CDFUE en una herramienta determinante del juicio de constitucionalidad, y es entonces cuando debemos plantearnos en qué casos integra el bloque de constitucionalidad. Un supuesto más remoto pero no imposible ni improbable es que el TC decida apoyarse en la CDFUE como criterio hermenéutico para resolver un recurso de inconstitucionalidad en el supuesto de que no se produzca una aplicación del Derecho de la Unión. Como ya dijimos no tiene sentido una bifurcación entre sistemas jurídicos (el ordenamiento constitucional y el ordenamiento comunitario) respecto de los derechos protegidos y su alcance; máxime tratándose de dos sistemas jurídicos entrelazados de tal manera que éste último tiene su origen en el primero.

La CDFUE es un texto novedoso, reciente, que reafirma importantes fuentes internacionales de protección de los derechos fundamentales (a las cuales ya se muestra abierta la Constitución española), codifica en gran parte la meritoria jurisprudencia del Tribunal de Justicia (que ha tenido que ponderar buscando el equilibrio entre las libertades económicas y los derechos fundamentales para consolidar su respeto en el ordenamiento comunitario) y la jurisprudencia del TEDH. Además la CDFUE se muestra abierta a un enriquecimiento mediante la labor de control externo encomendada al TEDH cuando se complete la adhesión de la UE al CEDH. Pero también la Carta es ya con el Tratado de Lisboa un instrumento jurídico vivo que debe ser interpretado por el TJUE, un TJUE que debe respetar y establecer una doctrina armoniosa tanto con las tradiciones constitucionales comunes como con el TEDH y con las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros en materia de derechos humanos. La CDFUE además, con motivo de su elaboración más reciente que la del catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución, incorpora derechos de *tercera generación*, derechos no contemplados explícitamente en la Carta Magna<sup>38</sup>; y lo más importante: la CDFUE no establece distinciones entre categorías de derechos y libertades (al margen de la distinción entre derechos, libertades y principios) sino que en la Carta todos reciben el apelativo de *fundamentales*, sin distinción de grados de protección como si ocurre en nuestro sistema constitucional. Como ya se ha referido al analizar la recepción por el TC de la jurisprudencia del TEDH, esto puede ser una oportunidad para integrar en los derechos constitucionales existentes nuevos perfiles por vía jurisprudencial, aumentando el grado de protección procesal de tales derechos (fundamentalmente estimando el recurso de amparo y por la vía preferente en la jurisdicción ordinaria que contempla el artículo 53.2 CE).

---

<sup>38</sup> Entre los derechos fundamentales que no aparecen en nuestro texto constitucional y están presentes en el articulado de la CDFUE: consentimiento libre e informado en el marco de la biología y medicina; , prohibición de que el cuerpo humano o sus partes sean objeto de lucro; , protección de datos de carácter personal; libertad de las artes y de las ciencias; las garantías en caso de devolución, expulsión y extradición; derecho de acceso a los servicios de colocación; protección en caso de despido injustificado; acceso a los servicios de interés económico general; derecho a una buena administración; principio de proporcionalidad de delitos y penas; principio de *ne bis in idem*...

Considerando todos los motivos expuestos y teniendo en cuenta la falta de voluntad política y las dificultades que entrañaría una expresa reforma de la Constitución española: a mi juicio son positivas las transformaciones que en nuestro ordenamiento jurídico ha producido la apertura de la Constitución a la jurisprudencia internacional en materia de derechos fundamentales<sup>39</sup> (en especial del TEDH), así como las transformaciones que puede producir la CDFUE. En el sentido comentado la CDFUE está llamada a desempeñar un importante papel de transformación del ordenamiento jurídico al igual que la jurisprudencia del TJUE. Es por todo ello que debo hacer un alegato para que por fin el Tribunal Constitucional español se avenga a reconocer el carácter constitucional que realmente sí tiene la aplicación del Derecho de la Unión, pues siendo éste un derecho establecido como consecuencia de la atribución a una organización supranacional del ejercicio de competencias estatales derivadas de la propia Constitución ¿Cómo no va a tener su aplicación interna una relevancia constitucional por la vía del artículo 93 CE? Es hora de que el TC deje al margen el miedo a perder su hegemonía sobre el ordenamiento constitucional y su sistema de derechos fundamentales y de que comience a emplear el propio Derecho comunitario como canon de constitucionalidad únicamente en el caso de leyes internas de desarrollo o aplicación del Derecho de la Unión; empleando para aumentar la eficiencia el mecanismo de diálogo prejudicial con el TJUE, que en mi opinión resulta adecuado a la especificidad de la función constitucional que compete al TC y no supone una subordinación jerárquica ni una mayor atribución de competencias al Tribunal de Luxemburgo: puesto que el TC sigue ostentando el monopolio sobre el juicio interno de constitucionalidad, sólo que empleando como canon de constitucionalidad un derecho también previsto en la propia Constitución: el Derecho comunitario; mientras que sigue intacta la autonomía del ordenamiento comunitario y el monopolio del TJUE sobre su control de legalidad<sup>40</sup>. Al TC siempre le quedará como válvula de escape a la primacía

---

<sup>39</sup> Claro está dicha valoración positiva se efectúa dejando al margen las consideraciones teóricas sobre la legitimidad democrática y constitucional de la determinación judicial del contenido de los derechos fundamentales; la valoración se efectúa desde la estricta perspectiva del éxito en términos de protección de los derechos y libertades.

<sup>40</sup> Obsérvese la disfuncionalidad de la posibilidad existente actualmente de un control sucesivo de *comunitariedad* / *constitucionalidad* de una Directiva comunitaria y su ley de

del Derecho comunitario la doctrina de los contralímites, además debe recordarse que en ningún caso la primacía tiene consecuencias jurídicas en el terreno de la validez de las normas internas; únicamente los produce desplazando la aplicación de la norma nacional incompatible con la norma comunitaria.

Hasta la fecha hemos hecho referencia al hipotético papel a desempeñar por la CDFUE en los juicios de constitucionalidad, pero no debemos olvidar su juego en la resolución de recursos de amparo (presenten o no conexión con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión). En primer lugar, he de referirme a la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007 por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esta ley en su artículo 50.1 b) introduce un nuevo requisito para que se estime la decisión de admisión a trámite de los recursos de amparo que debe adoptar por unanimidad la Sección; así se viene a exigir: "Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales". Ésta es la opción por la que se ha decantado el legislador para tratar de resolver el problema de los ingentes volúmenes de recursos de amparo que llegan al Tribunal, como nueva barrera y filtro ante la admisión, teniendo en cuenta que cuando se introdujo esta reforma la proporción de recursos admitidos ya era baja y de este volumen los índices de resolución no eran muy altos; con un importante número de asuntos pendientes de resolución que persisten en la actualidad. Es cierto que se ha pretendido remarcar que el TC no es quien ha de recabar la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales, así como el carácter excepcional de su conocimiento en amparo; pero a mi juicio esta reforma desvirtúa el sentido constitucional del recurso de amparo (aunque ante la insuficiencia de medios

---

aplicación/ desarrollo. Esta opción si el TC recurre al mecanismo prejudicial se vería aún con todas sus posibilidades de dilación enormemente favorecida en términos de economía procesal. Véase al respecto: AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, op. cit. págs. 138-146.

materiales y humanos se haya establecido). Las dilaciones indebidas ante la jurisdicción ordinaria podrían constituir una infracción del derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 CE, pero con esta reforma ante la exigencia de una especial trascendencia constitucional la mayor parte de pretensiones fundadas en esta presunta infracción se vería afectada por la inadmisión. A mi juicio esta reforma es una expresión de la impotencia como legitimación de la ineficiencia. En el plano reverso el TS ha admitido en el mes de noviembre de 2009 la posibilidad de indemnización a litigantes que se vean perjudicados por dilaciones indebidas en la sustanciación de recursos de amparo ante el TC. En cualquier caso, esta reforma de la configuración del recurso de amparo incide negativamente en virtualidad de la Carta de Derechos Fundamentales; pero no constituye un gran óbice para su aplicación: sabemos que el Tribunal Constitucional es totalmente reacio a admitir un recurso de amparo fundado en exclusiva en la infracción de derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento comunitario o en normas internacionales. Sin embargo, nada impide que el particular fundamente su defensa en un precepto constitucional interpretado de conformidad con la Carta y con la jurisprudencia del TJUE, bien del TEDH. En el caso de que el supuesto de hecho presente conexión con la aplicación del Derecho de la Unión, la CDFUE deberá ser empleada; pero incluso si tal conexión no existe puede utilizarla como criterio hermenéutico el Tribunal Constitucional. De este modo la CDFUE sin ser el fundamento jurídico principal del recurso de amparo, puede convertirse en un elemento determinante en su resolución: por vía interpretativa.

Con respecto a la pretendida limitación a los supuestos de aplicación de Derecho de la Unión de los ámbitos de sujeción de los poderes públicos nacionales y de aplicación de la CDFUE que se establecen en el artículo 51 CDFUE, Mangas Martín realiza unas interesantes apreciaciones: “parece inevitable que la Carta, en tanto que instrumento normativo internacional de derechos humanos, penetre en la totalidad de la actividad normativa y ejecutiva del Estado, debido al principio general de respeto a los derechos humanos y a la calidad de los destinatarios; los ciudadanos invocarán los derechos reconocidos en la Carta ante los jueces sin distinguos de si la

actividad interna es competencia propia o competencia atribuida. La permeabilidad de la Carta en todo el actuar del Estado será inevitable". Añade que "en nuestro ordenamiento será difícil diferenciar la sujeción de los poderes públicos a la Carta sólo en los ámbitos de competencia de la Unión, pero no es una situación originada por el Derecho de la Unión Europea, sino un efecto querido expresamente por el artículo 10.2 de la Constitución Española. Desde luego, lo que no se podrá decir, por absurdo, es que la Carta prohíbe aplicarla en ámbitos ajenos a la Unión o que nadie puede invocarla en ámbitos de competencia soberana" y finaliza contrastando una evidencia empírica: "Nada le ha impedido hasta ahora ni le impedirá al Tribunal Constitucional español, por ejemplo, utilizar la Carta para interpretar derechos fundamentales resultantes de la Constitución en ámbitos ajenos a la competencia comunitaria"<sup>41</sup>.

De momento hemos hecho mayor hincapié en los efectos que la Carta va a desplegar como criterio hermenéutico por la vía del artículo 10.2 CE, pero no deben desdeñarse los previsibles efectos que va a desplegar la Carta en virtud de dos principios vertebrados del ordenamiento comunitario: la primacía y el efecto directo. La Carta de Derechos Fundamentales no presenta ningún tipo de inmunidad particular en relación con estos principios.

En el caso de la primacía sabida es su formulación absoluta por el TJUE y su aceptación por el TC español en relación con las normas infraconstitucionales, dejando como *última ratio* una vía abierta al control de constitucionalidad del Derecho comunitario para exigir el respeto de los derechos y libertades que la Constitución protege (quedando a salvo la posibilidad de que el ordenamiento comunitario establezca una protección más extensa) y el respeto a elementos estructurales del ordenamiento constitucional. La primacía de las normas de la CDFUE sobre los preceptos constitucionales en principio sólo sería admisible si la CDFUE establece una protección más extensa que el precepto constitucional. En el caso de primacía

---

<sup>41</sup> MANGAS MARTÍN, A., *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 814-817. Como señala la autora, no debe olvidarse que la obligación de respetar los derechos fundamentales establecidos en la Carta se va a extender también a los actos nacionales en los que se excluyen normas de la Unión, acogiéndose a una excepción prevista en los tratados o el derecho derivado.

sobre normas legales e infralegales, ésta debe producirse en todo caso; y en relación con ella la Carta contiene una importante garantía en su artículo 53 con arreglo a la cual: ninguna de sus disposiciones puede interpretarse con efectos limitativos o lesivos de los derechos humanos y libertades reconocidos en las constituciones de los Estados miembros. La primacía no produce efectos jurídicos en el campo de la validez de las normas internas, únicamente opera su inaplicación. Si bien el mantenimiento en el ordenamiento de normas contrarias al Derecho comunitario por inactividad del legislador puede activar los mecanismos de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario (artículos 258-260 TFUE).

La base constitucional para fundamentar la primacía de las normas de la Carta se encuentra en el artículo 93 CE, a través del cual se produce en nuestro ordenamiento la recepción del Derecho comunitario.

El otro gran principio vertebrador de las relaciones del ordenamiento comunitario con los ordenamientos internos es la eficacia directa<sup>42</sup>. En relación con la misma no parece presentar la CDFUE particularidad especial, gozando sus disposiciones de eficacia directa plena idéntica a la de los Tratados y Reglamentos. Podemos concluir por tanto que se beneficiarán de eficacia directa (vertical y horizontal) aquellas disposiciones de la Carta cuya redacción sea: clara, precisa, no sujeta a condición, sin dejar un margen de discreción excesivo al Estado miembro o a las Instituciones, es decir, sin remitirse a legislaciones o prácticas de la Unión o de los propios Estados...De modo que la eficacia directa parece estar reservada a aquellos preceptos de la Carta que prefiguran auténticos *derechos subjetivos* que esgrimir frente a las instituciones y órganos de la Unión, frente a los poderes públicos nacionales o bien frente a otros particulares. Mientras que aquellos otros que establecen principios carecerían de efecto directo, como así se establece en el artículo 52.5 CDFUE; siendo posible alegar estos últimos preceptos únicamente para la interpretación o control de legalidad de aquellos actos ejecutivos o legislativos adoptados por las instituciones u órganos de la Unión, o por los Estados miembros en aplicación de tales principios.

---

<sup>42</sup> A este principio se refiere tempranamente el Tribunal de Justicia en la célebre Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, asunto 26/62.

La eficacia directa de las disposiciones de la Carta va a tener mayor incidencia en la jurisdicción ordinaria que en sede constitucional como veremos en el siguiente apartado (debido a las peculiaridades señaladas de la función constitucional). En cualquier caso, la base jurídica constitucional que permite el efecto directo de estas disposiciones es también el artículo 93 CE. La primacía puede ir o no acompañada de efecto directo, sin embargo necesariamente el efecto directo va a ir acompañado de primacía.

De la conjunción de los efectos que las disposiciones de la CDFUE va a desplegar por vía de los artículos 10.2 y 93 CE irremediablemente se desprende la relevancia constitucional de la aplicación del Derecho comunitario en general y en particular de estas disposiciones referentes a derechos fundamentales; relevancia constitucional de las relaciones que la CDFUE presenta con nuestro sistema constitucional así como las consecuencias que pueda tener su aplicación en términos de depuración de nuestro ordenamiento jurídico que puede ser suficiente para obligar al TC a admitir recursos de amparo donde se planteen estas importantes cuestiones sobre la base del nuevo artículo 50 de la LOTC y su exigencia de trascendencia constitucional.

#### **IV. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ESPAÑOLA COMO GARANTE DE LA APLICACIÓN UNIFORME DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

El TJUE designa al juez nacional (sin distinción entre juez ordinario y juez constitucional) como el garante de la aplicación ordinaria y uniforme del Derecho comunitario en los Estados miembros. El juez nacional se integra en el sistema de poder judicial de los Estados miembros, evitando así la duplicidad institucional que supondría tener órganos jurisdiccionales propios del entramado institucional de la Unión dispersos periféricamente por los diferentes Estados miembros. Este sistema de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión descansa en dos principios esenciales (primacía y eficacia directa) que elaboró el TJUE y que permiten la uniformidad en su aplicación para impedir la disparidad entre Estados miembros en el cumplimiento de las

obligaciones internacionales necesarias para la consolidación del Mercado Interior, Mercado Único y finalmente de la Unión Económica y Monetaria.

Por su parte el TC, al considerar el conflicto entre la norma interna y la norma comunitaria como un conflicto de naturaleza no constitucional autoexcluyéndose de la función de controlar la adecuación de la norma interna a la norma comunitaria, hace que en España descansa la aplicación del Derecho comunitario íntegramente sobre el juez ordinario. Por tanto, los órganos jurisdiccionales ordinarios debido a la restrictiva configuración procesal del sistema de recursos ante el TC van a ser los que se van a ocupar de un mayor número de asuntos donde sean invocados preceptos de la CDFUE y donde deban decidir si aplicar o no sus preceptos con eficacia directa, o emplearlos como canon hermenéutico de derechos y libertades constitucionales vía artículo 10.2 CE. Como se ha expuesto los particulares en sus litigios van a invocar sin discriminación disposiciones de la CDFUE favorables a sus pretensiones, sin distingo de si se trata de derechos, libertades o principios o si nos encontramos o no dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (artículo 51 CDFUE). Los jueces ordinarios se verán obligados con arreglo al sistema de fuentes interno y con arreglo a los expuestos principios de primacía y efecto directo a decidir cuándo y en qué calidad procede la aplicación de las disposiciones invocadas; sin que este artículo 51 esté llamado a establecer dificultades para que las disposiciones desplieguen efectos fuera de su ámbito. Muy probablemente se produzca la aplicación directa de un precepto de la CDFUE ante un órgano jurisdiccional interno antes de llegar al TS y antes de que el TC establezca al respecto una necesaria doctrina sobre cuáles son las relaciones que este precepto presenta con nuestro ordenamiento constitucional y qué consecuencias tiene en el terreno de la depuración de nuestro ordenamiento de normas legales e infralegales contrarias a las disposiciones de la CDFUE. En mi opinión en los órganos jurisdiccionales internos ante la inusitada invocación de pretensiones fundadas en disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales a la que se van a ver expuestos -con mayor intensidad desde el 1 de diciembre de 2009- establecerán una práctica de aplicación directa de preceptos de la Carta que

a posteriori las altas instancias jurisdiccionales (TS y TC) deberán decidir si es o no ajustada a derecho sentando su doctrina al respecto.

En este apartado hemos enfocado la aplicación de la CDFUE en la práctica del juez ordinario, aunque no menos abundante e intensa debería ser la vinculación que el resto de poderes públicos nacionales va a tener en relación a este instrumento: piénsese en las importantes consecuencias que va a tener el conjunto de derechos recogidos en el artículo 41 de la Carta bajo la rúbrica de *derecho a una buena administración* en los procedimientos administrativos ante las diferentes Administraciones Públicas en el plano estatal, autonómico y local. Dicho acervo que complementa y amplía las garantías recogidas en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común confiere una serie de derechos subjetivos no sometidos a condición ni relegados a la discrecionalidad de las prácticas y legislaciones nacionales; estos derechos por tanto son directamente invocables y no deberían hallar demasiados obstáculos para su aplicación directa por parte de la Administración (que como es lógico se mostrará más reticente para tratar de justificar su falta de eficacia/ eficiencia en los procedimientos), pero sobre todo estos preceptos ven abrirse un abanico de posibilidades en el juego que van a tener ante la jurisdicción contencioso-administrativa que encontrará en ellos una útil herramienta a la hora de controlar el respeto a los principios constitucionales que deben presidir la actuación de las Administraciones Públicas. En este sentido, será útil la jurisprudencia del TJUE interpretando la Carta y consolidando esos derechos integrantes del derecho a una buena administración. En este punto, menos sentido tendría si cabe escindir la aplicación de la CDFUE en el ámbito del Derecho de la Unión y en el ámbito de supuestos puramente internos de aplicación del Derecho: resulta de todo punto irrazonable exigir a las Administraciones Públicas unos estándares de calidad, de protección y de garantía al ciudadano administrado diferentes según apliquen o no Derecho de la Unión. Por tanto, estos derechos recogidos en el artículo 41 están llamados a cristalizar en una práctica indiscriminada de control de actuaciones de las Administraciones Públicas por parte de la jurisdicción ordinaria. Téngase en cuenta el denominado de “principio de

ventanilla única” que establece la llamada *Directiva Bolkestein*<sup>43</sup> cuyo plazo de trasposición expiraba el día 28 de diciembre de 2009; en ella se invoca el respeto a los derechos fundamentales establecidos en la Carta, entre los cuales se contienen los derechos incluidos en su artículo 41 CDFUE que pueden accionarse ante la jurisdicción ordinaria.

Las consecuencias de la primacía en la aplicación de la CDFUE en relación con las normas de rango legal que no se ajusten a sus disposiciones cuando estemos en un supuesto previsto en el artículo 51 operarán en la obligación del juez interno o bien del poder público de que se trate de inaplicar la norma interna.

Si se trata de la contradicción entre una norma de rango legal con un precepto de la CDFUE que a la vez pueda contradecir una disposición constitucional, el juez ordinario tiene en su mano la herramienta de la cuestión de constitucionalidad; en cuya resolución el TC podrá emplear las disposiciones de la Carta como herramientas para interpretar los preceptos constitucionales presuntamente contravenidos por la norma que suscita las dudas de constitucionalidad.

También puede plantearse al juez una duda sobre cuál debe ser la interpretación de una norma de rango legal o infralegal compatible con las disposiciones de la CDFUE: en ese caso queda a su disposición el incidente prejudicial favorecedor del diálogo con el TJUE; mecanismo obligatorio cuando la decisión del juez interno no sea susceptible de ulterior recurso en la vía jurisdiccional ordinaria.

Los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son los encargados de determinar la invalidez (nulidad y anulabilidad artículos 62 y 63 Ley 30/1992) de las normas de rango infralegal del ordenamiento jurídico; siendo para los reglamentos ilegales la regla general la nulidad de pleno derecho. Esta función de depuración del ordenamiento jurídico deben complementarla con la inaplicación de aquellas normas internas contrarias al Derecho comunitario y a las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales que forman parte del ordenamiento jurídico también y en este

---

<sup>43</sup> Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicada en el D.O.U.E. serie L 376/36, de 27 de diciembre de 2006.

sentido pueden determinar la invalidez de normas reglamentarias que deben ser inaplicadas por tanto. Para resolver estas dudas que puedan suscitarse sobre la compatibilidad de las normas internas con el Derecho comunitario, los jueces internos tienen igualmente a su disposición el incidente prejudicial; debiendo otorgar en tanto la duda es resuelta una tutela provisional a los derechos reconocidos en el ordenamiento comunitario a los particulares (y en la Carta), mediante la suspensión cautelar de la norma interna presuntamente incompatible con las disposiciones de la Carta.

Podemos concluir que la Carta de Derechos Fundamentales es un instrumento llamado a tener notable repercusión en la jurisdicción ordinaria operando una transformación de nuestro patrimonio jurídico debido al diseño aperturista de la Constitución en materia de derechos fundamentales y a la función de garante de la jurisdicción ordinaria de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, siendo además un instrumento cuyas disposiciones se benefician de los principios de primacía y eficacia directa.

## V. CONCLUSIONES.

La CDFUE viene a desempeñar el papel de ser un eslabón en un escenario donde hay tres órganos jurisdiccionales fundamentales (TC, TJUE y TEDH) que comparten su limitada capacidad de respuesta y también una función que en sus respectivos sistemas jurídicos podría ser calificada de constitucional. La denominada interpretación *in bonus* debe conducir de forma inexorable a un enriquecimiento mutuo de los diferentes sistemas de protección debido a su complementariedad que encuentra un fundamento en la apertura constitucional a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales. En este contexto será necesario establecer una estructura formalizada de diálogo con reuniones periódicas de trabajo entre los miembros del TEDH y del TJUE, pero también debe existir algún tipo de

mecanismo que conecte a los dos grandes tribunales europeos con los Tribunales constitucionales nacionales.

La Carta está llamada a tener un papel importante en los juicios de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de normas internas de desarrollo/aplicación del Derecho de la Unión Europea, debido a sus posibilidades por la vía hermenéutica del artículo 10.2 de la Constitución; también puede ser relevante en la interpretación de derechos constitucionales en la sustanciación de recursos de amparo, adquiriendo algunos de los derechos constitucionales existentes nuevos perfiles jurídicos dignos de la máxima protección constitucional. El Tribunal Constitucional deberá precisar cuál es la relación de este instrumento con nuestro sistema de derechos fundamentales, y sus posibilidades de integrar el bloque de constitucionalidad o convertirse en parámetro (mediato) del juicio de constitucionalidad; en cualquier caso, este instrumento va a dificultar que el Tribunal Constitucional siga negando la relevancia constitucional a la aplicación del Derecho Comunitario.

La aplicación judicial de la Carta será más frecuente en la jurisdicción ordinaria (dada la aplicación descentralizada del Derecho Comunitario y la negación de relevancia constitucional de la misma efectuada por el TC); además, la Carta al beneficiarse sin peculiaridad alguna de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho Comunitario, presenta posibilidades de aplicación directa en virtud del artículo 93 de la Constitución.

La CDFUE únicamente obliga a los poderes públicos nacionales de los Estados miembros cuando aplican Derecho de la Unión, pero dada la difícil delimitación de competencias pertenecientes al Estado y de competencias cedidas a la Unión Europea es probable que la Carta siga siendo empleada como elemento hermenéutico en supuestos puramente internos (algo que en modo alguno prohíbe su artículo 51) con arreglo al artículo 10.2 de la Constitución; tal y como evidencia su aplicación judicial (tanto constitucional como ordinaria) previa a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

La CDFUE contiene derechos que pueden resultar importantes en la ampliación del perfil de los derechos constitucionalmente protegidos; ya que se trata de un instrumento jurídico vivo que hará más permeable a la

jurisprudencia del TEDH y del TJUE a nuestro patrimonio jurídico en materia de derechos fundamentales: así es previsible que la casuística ponga de manifiesto en la práctica jurídica (no sólo en su aplicación judicial) la relevancia del derecho a una buena administración, las garantías de non refoulement, o de los derechos establecidos en el ámbito de la biología o la medicina, por ejemplo; debido a que la Carta constituye un instrumento de impecable redacción que reafirma los principios generales del Derecho Comunitario extraídos de las tradiciones constitucionales comunes y del CEDH, así como de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, pero también incorpora novedades con respecto a todos ellos y codifica algunas de las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos.