

LA APLICACIÓN NACIONAL DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE: UNA SIMPLE HERRAMIENTA DE INTERPRETACIÓN DE LA EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO¹
Universidad de Granada
augustoaguilar@ugr.es

Cómo citar/Citation

Aguilar Calahorro, A. (2018).

La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 61, 973-1011.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.61.05>

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los problemas esenciales en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde su entrada en vigor en 2009. Como todo análisis sobre derechos, apunta a la cuestión de su verdadera eficacia. El trabajo se centra en las dificultades que encuentran para su aplicación los jueces nacionales en el ámbito interno, dificultades derivadas de la interpretación del art. 51.1 de la Carta. Con este propósito se analizará si los jueces ordinarios nacionales son coherentes con los criterios de aplicación de la Carta establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos *Melloni*, *Åkerberg Fransson*, *Julián Hernández*, *Torrallbo Marcos*...). Con ello se llegará a dos conclusiones: en primer lugar, la Carta está siendo utilizada por la justicia ordinaria como parámetro hermenéutico de distribución de competencias normativas entre los Estados y la Unión; en segundo lugar, la Carta se ha convertido en un

¹ Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

mecanismo auxiliar en manos del juez en la aplicación de las directivas europeas y la determinación de su eficacia directa.

Palabras clave

Carta de Derechos Fundamentales; aplicación de derecho europeo; principio de atribución competencial; eficacia directa; directiva; juez europeo.

THE NATIONAL APPLICATION OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EU: A SIMPLE TOOL FOR THE INTERPRETATION OF THE EFFECTIVENESS OF THE DIRECTIVES

Abstract

This paper aims to analyze problems in the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union since its entry into force in 2009. The analysis points to the question of its effectiveness. This paper focuses on the difficulties in applying the Charter by national judges as European judges, difficulties derived from the interpretation of Art. 51.1 of the Charter. For this purpose, it will be analyzed how national judges are consistent with the criteria for application of the Charter established by European Court's recent cases law (Melloni, Akerberg, Julián Hernández, Torralbo Marcos ...). Finally two conclusions will be reach: first al all, the Charter is being used by the ordinary courts as a hermeneutical parameter for the distribution of normative competences between the States and the Union; secondly, the Charter has become an auxiliary mechanism in the hands of the judge for the application of the European Directives and for determination of direct effect.

Keywords

Charter of Fundamental Rights; European Law application; distribution of competences; direct effect; directive; European judges.

LA MISE EN ŒUVRE NATIONALE DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UE: SIMPLEMENT UN OUTIL POUR L'INTERPRÉTATION DE L'EFFICACITÉ DES DIRECTIVES

Résumé

Ce travail a pour but d'analyser les problèmes essentiels dans la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis son entrée en vigueur en 2009. Comme les points d'analyse des droits à la question de son efficacité réelle. Le travail se concentre sur les difficultés rencontrées par les juges natio-

naux dans leur application interne, difficultés découlant de l'interprétation de l'Art. 51.1 de la Charte. A cet effet, examinera si les tribunaux ordinaires nationaux sont conformes aux critères d'application de la Charte établie dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (questions Melloni, Åkerberg Fransson, Julian Hernandez, Marcos Torralbo ...). Cela conduira à deux conclusions: premièrement, la Charte est utilisée par les tribunaux ordinaires comme un paramètre herméneutique pour la répartition des compétences normatives entre les États et l'Union; Deuxièmement, la Charte est devenue un mécanisme auxiliaire entre les mains du juge dans l'application des directives européennes et la détermination de leur efficacité directe.

Mots clés

Charte des Droits Fondamentaux; application du droit européen; principe de l'attribution des compétences; efficacité directe; directive; juge européen.

SUMARIO

I. LA CARTA Y EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN. II. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO INTERNO. III. EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL «CUANDO APLIQUEN DERECHO DE LA UNIÓN» DEL ARTÍCULO 51.1 CDFUE: EL TEST DE APLICABILIDAD: 1. La invocación de la Carta. 2. El juez no debe realizar un análisis competencial de partida. 3. El acto nacional de ejecución o aplicación debe emanar directamente de una obligación europea: 3.1. *Debe existir un «vínculo de conexión» entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional en cuestión.* 3.2. *Debe existir identidad en la finalidad perseguida por el acto nacional y la norma europea.* 4. La disposición de la directiva concreta no debe permitir margen de apreciación al Estado. 5. Aunque la directiva permita cierto margen de apreciación, el acto nacional no podrá menoscabar la primacía, eficacia o unidad del derecho europeo. IV. LA CORRECTA APLICACIÓN DEL TEST POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ESPAÑOLA. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. LA CARTA Y EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 de la mano del art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Durante su proceso de redacción, el amplio debate sobre su sustancia constitucional suscitado en las convenciones permitió albergar grandes esperanzas sobre su significado para la naturaleza del proceso de integración europea². Su proclamación en Niza supuso un gran avance en la constitucionalización material de la Unión, en la estructura de

² CONV 607/03, CONTRIB 274, anexo I, Bruselas, 11 de marzo de 2003: «Tratándose de un documento de naturaleza tan fundamental, no solo el carácter jurídicamente vinculante sino también su presentación política es esencial: el lector de la Constitución espera encontrar a comienzo del texto sus derechos fundamentales y sus libertades. Disimular la Carta de Derechos Fundamentales en un protocolo resultaría contrario a la importancia de tal documento y del respeto que merece».

la comunidad de derecho supranacional³, ahora limitada por un cuerpo de derechos y libertades fundamentales positivizadas (Weiler, 2000: 95; Alonso García, 2002: 105)⁴.

Pero su inclusión definitiva en el Tratado constitucional *non nato* primero, luego en el Tratado de Lisboa y la entrada en vigor de este último supuso un varapalo entonces y ahora para la doctrina más optimista, que llegó a tildar la Carta como el «convidado de piedra⁵» de los tratados (Cruz Villalón, 2005: 185). El objeto principal de las críticas, que llegan hasta nuestros días

³ En referencia a la dimensión materialmente constitucional de los tratados y la transformación del *rule of law* a nivel supranacional, es clásica la referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Parti écologiste, C-294/83, EU:C:1986:166, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) hará explícita su idea de la constitucionalización del orden europeo a través de la interpretación de los tratados, declarando: «La Comunidad Económica Europea es una Comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que es el Tratado». Y de forma definitiva en el Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, 1/91, EU:C:1991:490: «El Tratado CEE aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho». Como señalará Díez-Picazo (2002: 202) «la consideración de la Unión Europea como Comunidad de Derecho implicó equiparar la fuerza de los Tratados constitutivos a la más elevada manifestación del *rule of law* a nivel nacional, es decir, no sólo como principio de legalidad sino también como principio de constitucionalidad». Por todos me remito a De Witte (1999a: 208). Sobre las implicaciones de la Carta para la construcción de la comunidad supranacional de derecho, véase Balaguer Callejón (2004a: 25-46); Rolla (2001:113); Cámara Villar (2005:57).

⁴ Carrillo Salcedo (2001: 20) sostiene que dicho documento facilita la fijación de criterios para valorar la legitimidad de la actuación de los poderes públicos en la Unión. Balaguer Callejón (2004b: 313) señala la importancia de la Carta para la construcción de un lenguaje jurídico europeo sobre la base de una ordenación constitucional para la resolución de conflictos mediante técnicas jurídicas.

⁵ Cruz Villalón (2005:185) criticó en aquel momento que la introducción en la Constitución europea de la Carta fue un proceso de juridificación y constitucionalización mucho «más aparente que real». Si bien ello no obsta a que el autor conceda actualmente toda la notoriedad que tiene la existencia de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión: «En suma, la comunión constitucional europea encuentra hoy una pieza básica de su compleja estructura en un no menos complejo documento presidido por un título sin embargo escasamente equívoco: “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. Una norma jurídica dotada del máximo rango en el ordenamiento jurídico de la Unión» (2017: 85).

se concentra en las denominadas cláusulas horizontales establecidas en las disposiciones generales del título VII de la Carta. Estas cláusulas desactivaron, si no su valor material, sí su fuerza formal para obligar al poder público tanto europeo como estatal.

Las principales trabas para la eficacia de la Carta derivadas de las disposiciones generales que rigen su interpretación y aplicación son las siguientes:

a) La incisiva distinción entre principios y derechos. Los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder público supranacional se ven menoscabados por la diferencia impuesta sobre principios y derechos del art. 52.5 CDFUE. Esta diferencia fue obra de la insistencia de Estados como Reino Unido, Dinamarca u Holanda, opuestos a la inclusión de los derechos sociales como disposiciones con eficacia real, directamente invocables ante los tribunales. La oposición se fundamentó, como es habitual en el debate sobre los derechos de contenido económico y social, en los perjuicios presupuestarios derivados de su posible eficacia directa; pero esencialmente provino de los problemas resultantes de las carencias democráticas constitucionales que se ciernen sobre la Unión desde sus orígenes⁶. Para los defensores de la distinción

⁶ Para un resumen sobre las carencias y avances en el proceso de integración de la Unión Europea en torno a la implementación del principio democrático, me remito a Riddola (2005: 21) y Cassese (2002: 9). Los avances en materia democrática deben, no obstante, ponerse en relación con el debate en torno a los conceptos de soberanía y legitimidad en Europa —véase Avbelj y Komárek (2008: 347; Whal (2006: 105); Kirchoff (1999: 225), y McCormick (1999)—, cuestiones zanjadas (momentáneamente) por el Tribunal Constitucional federal alemán (BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30-6-2009) en la sentencia Lisboa: «En tanto persista el orden competencial europeo, organizado según el principio de atribución singular y restringida de competencias en los procedimientos de decisión cooperativos, sin perjuicio de la responsabilidad estatal sobre la integración, y en tanto se mantenga un equilibrio entre las competencias de la Unión y las competencias estatales, la democracia Europea no puede ni requiere conformarse de forma análoga a la de un Estado. Antes bien, la Unión Europea tiene la posibilidad de buscar cauces propios de complemento democrático mediante nuevas y adicionales fórmulas de procedimientos de decisión políticos transparentes o participativos». Véase Kirchoff (1999: 225). Sobre las implicaciones democráticas en materia de protección de los derechos fundamentales que aquí se da por sentada véase Pérez Luño (2007: 495). Y especialmente Pernice (2015: 546), que resume la cuestión de la naturaleza de la Unión como «as a composed constitutional system founded in the will of the citizens», entendiendo que esta voluntad se construye «desde abajo» —*from the bottom up*—, pues los ciudadanos, a través de la posibilidad de invocar normas de derecho europeo directamente ante la jurisdicción ordinaria en defensa de pretensiones subjetivas, se convierten en los guardianes de los tratados y de las obligaciones europeas, democratizando la Unión desde el procedimiento de garantía de derechos

entre principios y derechos, la naturaleza prestacional de determinadas disposiciones de la Carta entrañaba un necesario desarrollo por parte del legislador democrático estatal (Lord Goldsmith: 2001: 1206).

La diferencia esencial, a tenor de la Carta, reside en que los principios «deben ser observados», en lugar de «respetados» (como se predica de los derechos); deben «aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos», por lo que su eficacia es mediata. La eficacia de los principios queda reducida «para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión» de los actos de la Unión que los desarrollan sin que puedan operar como «derechos inmediatos», sino como acicate para el desarrollo «de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros»⁷.

No puede negarse que esta inicial distinción entre derechos y principios es acorde con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados (véase, por ejemplo, el art. 53.3 de la Constitución española⁸), pero tienen un problema añadido. No se especifica con claridad ni en el texto ni en las explicaciones que acompañan a la Carta qué disposiciones concretas son principios y cuáles derechos. Solo se muestran a título ilustrativo algunos ejemplos advirtiendo además que en algunas disposiciones pueden encontrarse al mismo tiempo derechos y principios y, a mayor abundamiento, que algunas disposiciones denominadas principios pueden ser en realidad derechos y a la inversa⁹. La incertidumbre sobre los principios, como señala la doctrina, juega en detrimento de la eficacia de todos los derechos de la Carta (Prechal, 2004: 178; Krommendijk, 2015: 321).

de los ciudadanos. Se trata, como expresará Lenaerts (2012: 376), del temor de los Estados a que la Carta se convirtiese en un *federalising device*.

⁷ Véanse las explicaciones relativas al art. 52.5 de la Carta.

⁸ Un análisis clarificador sobre la evolución dogmática y comparada de los derechos sociales como principios rectores en Prada Fernández de Sanmamed (2003: 269).

⁹ Véanse las explicaciones que acompañan a la Carta, concretamente la explicación sobre el art. 52.5, cuyo último inciso estipula: «A título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los artículos 25, 26 y 37. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos que se derivan de un derecho y de un principio, por ejemplo, los artículos 23, 33 y 34». Hofmann y Mihaescu (2013: 73) expresan la complejidad en torno al derecho a una buena administración donde aparece un tercer elemento en disputa: los principios generales del derecho de la Unión y la relación no jerárquica entre los derechos, los principios y los principios generales. Para Lenaerts (2012: 402) «the scope of application of the Charter and that of general principles of EU law should overlap. A dual regime should be avoided, since it would give rise to arbitrary divergences as to the actual quality and potency of those rights».

b) El principio de atribución competencial como límite a la eficacia de los derechos. En segundo lugar, a lo largo y ancho del Tratado de Lisboa y de la propia Carta se repite como un mantra que esta no amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión más allá de lo atribuido, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los tratados (51.2 CDFUE y 6.3 TUE)¹⁰. Ello significa que la positivización de la Carta se incrusta en la distribución de competencias predeterminada en los tratados. Los derechos fundamentales de la Carta no reflejan por sí mismos, como es propio de su naturaleza, la forma de ejercicio del poder público, sus contornos y límites, en relación con los ciudadanos. Para conocer la verdadera eficacia y alcance de los derechos de la Carta (es decir, qué ejercicio del poder limitan y hasta dónde) se deberá estar a lo dispuesto en el reparto competencial del texto de los tratados de la Unión. En mi opinión, ello entraña ulteriores consecuencias que solo pueden ser apuntadas aquí.

Por un lado, pese al avance en la concreción del principio de atribución competencial en el Tratado de Lisboa, el carácter finalista de las competencias de la Unión continúa complicando la comprensión sobre su alcance, y ello redundando en el ámbito de aplicación de los derechos de la Carta¹¹. Como indican los tratados (art. 5.3 TUE) y la propia Carta, el ámbito de las competencias no exclusivas de la Unión se deberá ubicar en el dinámico contexto del principio

¹⁰ Como señalan las explicaciones de la CDFUE, «se trata de mencionar explícitamente lo que lógicamente se infiere del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución. Los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los Tratados. Por consiguiente, la obligación de las instituciones de la Unión, con arreglo a la segunda frase del apartado 1, de promover los principios establecidos en la Carta sólo se puede producir dentro de los límites de las citadas competencias».

¹¹ Véase el Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, 2/94, EU:C:1996:140, apdo 25: «La Comunidad actúa normalmente basándose en competencias específicas que, como ha declarado este Tribunal de Justicia, no deben necesariamente resultar expresamente de disposiciones específicas del Tratado, sino que pueden también deducirse implícitamente de dichas disposiciones». Será siempre problemática la cuestión relativa al art. 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Como señala Govaere (2016: 3): «Especially since the Lisbon Treaty it is therefore no longer sufficient to determine ‘whether’ competence is conferred to the Union by the Treaties in any given case. The renewed line of questioning after the Lisbon Treaty is first of all ‘who’ may determine whether competence has been transferred to the Union. The first section will therefore address the issue of whether conferral of competence is ‘to give or to grab’».

de subsidiariedad (Lenaerts, 2012: 377) —con la complejidad que ello conlleva dado el procedimiento de los anexos al Tratado—, e incluso en el ámbito de las competencias exclusivas de la Unión deberá atender al siempre eventual diálogo entre cortes constitucionales en su versión de *ultra vires review*, que puede condicionar la interpretación inicial del Tribunal de Justicia de la UE o la uniformidad interpretativa de cada disposición¹².

Como en su momento especificó Cruz Villalón (2005: 155), la Carta «deviene así en una zona jurídicamente “transparente”, por así decir, a cuyo través los contenidos que verdaderamente importan en materia de derechos y libertades circulan libremente. La conclusión de todo esto es que la Carta es un documento derivado, “reflejo”, sin luz propia, que se limita a reflejar o dejar pasar la luz que le proyectan otros astros del firmamento de los derechos».

Por otro lado, aparecen situaciones en las que la actuación de las instituciones obvia el límite de los derechos bajo el falso fundamento de su carencia de competencias en la materia. Véase por ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados *Ledra Advertising*. En esta decisión la Corte europea admite recurso de casación frente a la decisión inicial del Tribunal General que establecía que la Carta no es aplicable a las actuaciones de la Comisión y el BCE en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilidad por su falta de competencias en dicho marco, externo al ordenamiento europeo¹³. Una decisión que ha sido enmendada pero advierte de los problemas de vincular absolutamente los derechos a las competencias de los tratados.

c) El ámbito de aplicación de la Carta. Lo que dejan claro las disposiciones anteriores es que el miedo atávico a la consideración de la CDFUE como un *federalising device* ha convertido el principio de atribución competencial (art. 5 TUE) en la piedra angular de la eficacia de las disposiciones de la Carta

¹² Véase, a propósito de la publicación de las decisiones *Melloni* y *Åkerberg*, el editorial de la *European Constitutional Law Review* (2013, núm. 9: 172): «Nevertheless, even if it is not certain where Union law begins and ends at this moment, it is certain that its scope will expand with the use that the Union legislature makes of its ‘new’ competences, especially in the field of home affairs and justice, domains in which fundamental rights are perhaps even more fundamental than in other domains».

¹³ «Cabe observar que, si bien los Estados miembros no aplican el Derecho de la Unión en el marco del Tratado MEDE, de modo que la Carta no está destinada a ellos en dicho ámbito, en cambio, la Carta está dirigida a las instituciones de la Unión también cuando actúen fuera del marco jurídico de ésta. Así, la Comisión está obligada a velar por que el Memorándum sea compatible con los derechos fundamentales garantizados por la Carta». Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising/Comisión y BCE*, C- 8/15 P a C- 10/15 P, EU:C:2016:701, apdo. 67.

(Lenaerts, 2012: 376). El art. 51.1 CDFUE termina por visibilizar las vicisitudes del debate sobre la naturaleza de la Carta y los poderes atribuidos a las instituciones.

Conforme a este artículo, «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»¹⁴. La Carta limita el poder público de las instituciones de la Unión, pero también de los Estados cuando estos actúan como meros «agentes de la Unión». En esta afirmación se presenta la «bifuncionalidad» de la Carta (Cruz Villalón, 2017: 87), que lo es a un tiempo de la Unión y de los Estados miembros. Es aquí donde juega con toda su fuerza la cláusula del principio de atribución competencial. La CDFUE, con «el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE)», entraña el mismo compromiso para los estados que el derecho originario: limita y obliga la actuación de estos dentro del reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros.

Aquí la Carta juega en un espacio previamente ocupado por las constituciones estatales que, por la naturaleza autónoma y dinámica del ordenamiento europeo, plantea todos los problemas de su eficacia en el marco de las relaciones entre ordenamientos (Aguilar Calahorro, 2015). Aquí empiezan las verdaderas dudas y la complejidad sobre la eficacia de la CDFUE.

Los problemas sobre la capacidad de la Carta para limitar el poder público se centran precisamente en ese espacio en el que son los poderes públicos de los Estados los que actúan y, por tanto, hay que determinar si lo hacen desde la base jurídica de los tratados o de sus propias constituciones. En el primer caso, los límites a la actuación del poder se determinarán por el contenido de los derechos de la Carta. En el segundo caso, por el contenido de los derechos fundamentales de la Constitución, y estos pueden no coincidir con aquellos¹⁵.

¹⁴ Cursiva añadida.

¹⁵ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, Familiapress, C-368/95, EU:C:1997:325; de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333; de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05, EU:C:2007:772. Y aquí, en la denominada *derogation situation* (Lenaerts, 2012: 383), la doctrina se encuentra dividida entre dos perspectivas basilares (editorial *Eu Const*, 2013: 170): la perspectiva universalista que predica la unificación de valores compartidos a través del procedimiento jurisdiccional (Jacobs, 2001: 331; Cartabia: 2009: 19; Pernice: 2015: 541; Cruz Villalón: 2017: 90), y por tanto la necesidad de que el contenido de los derechos de la Carta coincida con el de las constituciones estatales a través de garantías de mínimos; y la historicista, o particularista, que pregona la distinta eficacia y alcance del contenido de los derechos en los distintos niveles de

Por ello es imprescindible delimitar el marco competencial de la Unión y los Estados antes de conceder un tipo u otro de eficacia a la Carta.

Este entramado no hace más que expandir la problemática relativa al espacio de competencias de la Unión. Es esencial el hecho de que en la determinación del espacio competencial de los Estados y la Unión están en juego, en este caso, los derechos fundamentales. La definición del art. 51.1 CDFUE reenvía directamente al debate previo sobre los límites y contralímites que entraña la firma de los tratados¹⁶. Por tanto, no basta con el art. 51.1 CDFUE para delimitar la eficacia de la Carta, sino que deberá deducirse en un *case by case* inserto en el constante diálogo entre cortes, como se verá a continuación.

Para concluir este primer apartado, conviene destacar entre lo expuesto una idea esencial. La eficacia de la CDFUE orbita sobre la idea previa de atribución competencial. La eficacia de los derechos de la Carta como límites al poder se encuentra en el epicentro del debate sobre la atribución competencial a la Unión por parte de los Estados, y en consecuencia, sobre lo atribuido y lo atribuible. Un debate conectado con el eterno *kompetenz-kompetenz* y los límites de las identidades nacionales. Lo que está sobre la mesa en la aplicación de la Carta es, en palabras del Tribunal Constitucional español (TC), «la garantía de la existencia de los estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal»¹⁷. La Carta de derechos fundamentales, en lugar de representar una limitación y obligación para el poder

protección multinivel conforme a las elecciones sociales particulares de cada Estado (véanse las Conclusiones del abogado general Bott de 2 de octubre de 2012, Melloni, C- 399/11, párrafo 109, EU:C:2012:600.

¹⁶ La cuestión se complica, por ejemplo, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los principios generales del derecho de la Unión, en la que se ha señalado que toda medida limitativa de las libertades fundamentales de los tratados supone un acto de aplicación del derecho europeo y debe conformarse con los derechos fundamentales de la Unión, por lo que convierte la cuestión en un *case by case*. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, Pflieger, C-390/12, EU:C:2014:281 o la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, Coman, C- 673/16, EU:2018:385. Véase recientemente Hong (2016: 549) o Canor (2013: 383).

¹⁷ Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3. Concretado anteriormente en el FJ 2 de la misma: «Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del siste-

público frente a los ciudadanos, constituye un debate sobre el fundamento del propio poder en la Unión.

Efectivamente, la aplicación de la Carta y su eficacia radican en la razón misma del ejercicio del poder de la Unión, o dicho de otro modo, en la legitimidad de la Unión europea y su derecho. Por ello no debe extrañarnos que la Carta se haya convertido, más que en límite del ejercicio del poder, en un instrumento de legitimación del derecho derivado. Adelantando las conclusiones de este trabajo afirmamos: la Carta se ha convertido, en la práctica judicial, en una herramienta de interpretación del principio de atribución competencial y del margen de discrecionalidad de los Estados en el ámbito europeo. Algo que adopta una especial relevancia en el ámbito de la directiva: es decir, los derechos de la Carta, en nuestro Estado, son esencialmente una herramienta hermenéutica sobre el sentido y alcance de las directivas europeas.

II. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

Desde la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 28/1991, de 14 de febrero, el alto Tribunal ha sido muy prudente sobre el control de los derechos en el ámbito europeo. Para dar efectividad interna al principio de primacía¹⁸, desarrolló la doctrina de la naturaleza «infraconstitucional» del conflicto normativo entre los actos nacionales y el derecho derivado europeo. Conforme a doctrina asentada «no corresponde al Tribunal constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas a través del recurso de incumplimiento»¹⁹.

De esta forma, el TC ha negado sistemáticamente su competencia para conocer de la posible vulneración de derechos fundamentales en el marco del derecho europeo, sea del derecho derivado sea de la actuación de los

ma valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)».

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1989, Ford España, C- 170/88, EU:C:1989:216.

¹⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 8; 265/1994, de 3 de octubre, FJ 2; 147/1996, de 19 de septiembre, FJ 3; 45/1996, de 25 de marzo, FJ 5; 202/1996, de 9 de diciembre, FJ 12.

poderes públicos nacionales en aplicación o ejecución del derecho europeo. En contadas ocasiones ha admitido recursos de amparo en la materia que se han limitado a controlar, desde el reparto de competencias, el correcto planteamiento de la cuestión prejudicial²⁰ por los jueces nacionales o su sujeción a la jurisprudencia del TJUE desde la dimensión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva²¹.

El TC se ha pronunciado de manera concreta sobre el art. 51 CDFUE al menos en dos ocasiones destacables: en la Declaración 1/2004 y en el asunto *Melloni*.

En 2004²² el TC aludirá precisamente a la limitación que la Carta realiza sobre la vinculación del juez a los casos en los que «apliquen el Derecho de la Unión». En su respuesta, el TC distinguirá dos posibles intensidades en la aplicación de la Carta²³.

En primer lugar el juez deberá otorgar a los preceptos de la Carta eficacia directa y primacía sobre el derecho interno cuando se trate de un caso en el que se aplique el derecho de la Unión, en virtud del art. 93 de la Constitución española, artículo por el que España ratificó los tratados originarios de la Unión Europea y adoptó el acervo comunitario.

En segundo lugar, cuando el juez no aplique en sentido estricto derecho de la Unión en el caso concreto, podrá conceder también valor hermenéutico

²⁰ Concretamente, las sentencias del Tribunal Constitucional 27/2013, de 11 de febrero y 58/2004, de 19 de abril. Igualmente, las sentencias del Tribunal Constitucional 194/2006, de 19 de junio; 78/2010, de 20 de octubre; 145/2012, de 2 de julio, y 27/2013, de 11 de febrero. En la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2006 de 19 de junio confirmó esta idea sugiriendo que el papel que corresponde al TC es «fiscalizar si el juez ordinario se ajusta o no al sistema legalmente previsto para el control de las leyes [...] y no [...] si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el derecho comunitario que justificase la desaplicación de aquella en beneficio de esta, sino única y exclusivamente, si el juez español ha adoptado su decisión desaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido con todas las garantías».

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 de julio, asunto *Iberdrola*.

²² Ver Declaración del Tribunal Constitucional (DTC) 1/2004, de 13 de diciembre, apdo. 6.

²³ Esta doble dimensión de la Carta se ha confirmado mediante la Ley orgánica 1/2008 de 30 de julio por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa. Mediante el art. 93 CE se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la CDFUE, con la especial eficacia que esta disposición dispensa al derecho europeo en el ámbito interno: primacía aplicativa. Al mismo tiempo, la ley orgánica predica la vinculación de la Carta con el art. 10.2 CE.

a la Carta por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE²⁴, erigiéndola en pauta para la interpretación de «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce²⁵».

En relación al posible conflicto entre la garantía interna y la de la Carta, el TC fue escueto: no es posible atender en abstracto a futuros conflictos en casos concretos, pero «claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, 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 interno²⁶. Y en caso de que un «hipotético» conflicto pudiera producirse, «las autoridades nacionales [no] dej[an] de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas [por la ratificación de los tratados europeos...], pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución²⁷. Por tanto, «la aplicación por el juez nacional, como juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional²⁸».

Es decir, el TC ha determinado que, por un lado, el nivel de garantía dependerá de la aplicación de la CDFUE en el sentido del art. 93 o del art. 10.2, teniendo en primer lugar primacía sobre el derecho interno y teniendo carácter hermenéutico en el segundo caso. Pero dado que la Carta es una garantía de mínimos, por otro lado, en todo caso el parámetro constitucional debería aplicarse, siempre, como mínimo.

Sin embargo, en la primera cuestión prejudicial planteada por el TC al TJUE²⁹, en el primer conflicto concreto entre intensidades de protección de

²⁴ Conforme al art. 10.2 de la CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

²⁵ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 7: «Por tanto la duda que aquí puede examinarse es la relativa a la eventual contradicción con la Constitución de una Carta de derechos que, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, debería erigirse, tras su integración en el ordenamiento español, en pauta para la interpretación de “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”; ello, claro es, sin perjuicio de su valor en cuanto derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex art. 93 CE».

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 64/1991, *APESCO*, de 22 de marzo de 1991, párr. 8 de la exposición de motivos.

²⁸ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 7.

²⁹ Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio.

los derechos en el conocido asunto *Melloni*³⁰, el TJ negó esta doctrina: si se autoriza de forma general a que «un estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta [...] [se] menoscabaría el principio de primacía del derecho de la Unión, ya que permitiría que un estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la constitución de ese estado»³¹.

En el mismo día el TJ fallará en el asunto *Åkerberg Fransson* matizando esta idea³². La aplicación del derecho europeo por los poderes públicos

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C- 399/11, EU:C:2013:107.

³¹ *Ibid.*, apdo. 58. Más claramente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C- 617/10, EU:C:2013:105, apdo. 45: «Por lo que respecta, en segundo lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre las disposiciones de su Derecho interno y los derechos garantizados por la Carta, según jurisprudencia reiterada, el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional».

³² Matiz que claramente tendrá un carácter pacificador. La cuestión de la euroorden requería una clara orientación uniforme dado que eran varias las decisiones de cortes nacionales en las que se declaraban las dudas constitucionales suscitadas por la «armonización» de la decisión marco de 2002 del ámbito penal y sus contradicciones con los principios de igualdad y legalidad penal. Pueden verse al respecto las Conclusiones del abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer de 12 de septiembre de 2006, *Leden van de Ministerraad*, C-303/05, EU:C:2006:552, puntos 4 a 8: «La solución de este dilema exige afrontar, sin vacilación, el papel de los derechos fundamentales en un sector tan sensible como el de la cooperación policial y judicial en materia criminal, una vez proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El reto no parece baladí, pues en algunos Estados miembros la trasposición de la Decisión marco ha quedado fuera de juego por vulnerar garantías ciudadanas». Y las decisiones de cortes europeas como: Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitucional de Polonia), sentencia de 27 de abril de 2005, (P 1/05); Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional federal de Alemania), sentencia de 18 de julio de 2005, 2 BvR 2236/04; sentencia del Areios Pagos (Tribunal de Casación griego) de 20 de diciembre de 2005 (asunto 2483/2005); Tribunal Supremo de Chipre, sentencia de 7 de noviembre de 2005 (asunto 294/2005); Ústavní soud (Tribunal Constitucional checo), sentencia de 3 de mayo de 2006, (asunto 66/04).

nacionales no se agota en la mera aplicación administrativa, sino también en el desarrollo normativo de las normas europeas para su aplicación³³. Y aquí empezarán a desplegarse las diferentes tonalidades del art. 51.1 CDFUE, los diversos colores de la vinculación de los poderes públicos nacionales a la Carta «cuando apliquen el Derecho de la Unión». Afirma el TJUE:

En una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión³⁴.

Es decir, cuando el derecho europeo actúa con fuerza «uniformizadora» y ocupa todo el espacio normativo el nivel de garantía de los derechos será exclusivamente el de la Carta, que si fuese inferior al de las constituciones nacionales deberá aplicarse con primacía. Si, en cambio, el derecho europeo permitiese un margen de discrecionalidad a los Estados para el desarrollo del derecho europeo, entonces estos podrían imponer el nivel de garantías más elevado de sus constituciones (Sarmiento, 2013: 1267; Carmona Contreras, 2016: 20).

Las conclusiones inmediatas de este diálogo entre cortes son dos³⁵: por un lado, el TC se replanteará su doctrina de 2004 sobre la eficacia de la Carta

³³ Véase también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, N.S. y otros, C- 411/10, EU:2011:865, en relación a la facultad de apreciación dejada a los Estados por la normativa europea; la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, *Berlioz Investment Fund*, C- 682/15, EU:2017:373, sobre el establecimiento de medidas sancionadoras como medidas de aplicación de una directiva; y la Sentencia de 13 de junio de 2017, *Florescu y otros*, C-258/14, EU:C:2017:448.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, apdo. 29.

³⁵ Diálogo en el que debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfG 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14, *Solange III*; y su respuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y 659/15 PPU, EU:C:2016:198, apdo. 194, en la que se admite que la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, permite a la autoridad judicial de ejecución «comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona objeto de una orden de detención europea emitida a efectos del ejercicio de acciones penales o de la ejecución de una pena privativa de libertad correrá, debido a sus condiciones de reclusión en ese Estado miembro, un riesgo real de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea, en caso de ser entregada

en el ámbito interno, tendiendo a generalizar su mera eficacia hermenéutica —art. 10.2 CE— frente a su primacía —art. 93 CE—; y por otro lado, las consecuencias sobre la eficacia de la Carta centrarán el debate y su aplicación en torno a la cuestión de la eficacia directa de las directivas y los márgenes para su transposición.

a) La actitud más radical del TJUE hará que el TC se repliegue inmediatamente hacia una posición belicosa en relación al derecho europeo, hacia el valor meramente hermenéutico de la CDFUE, prescindiendo de su inclusión a través del art. 93 CE y de la Ley orgánica 1/2008 de 30 de julio. La respuesta al asunto *Melloni* otorgada por el TJUE ha provocado, sin duda, una radicalización de los planteamientos del TC en relación con la Carta. En la sentencia en la que el TC resuelve definitivamente el asunto como órgano *a quo*³⁶, ha mostrado su total descontento con los planteamientos del TJUE. Así, no solo ha recordado (de manera innecesaria pero siguiendo la estela del Bundesverfassungsgericht alemán) la doctrina de los contralímites (Barile, 1973: 2416)³⁷, esto es, que el TC es el garante último de los derechos fundamentales en España y podría arrogarse *in extremis* el control de validez y aplicación del derecho derivado europeo a nivel interno, sino que finalmente ha optado, por su cuenta y riesgo, por conceder a la Carta en el asunto concreto un naturaleza meramente hermenéutica ex art. 10.2 CE³⁸, equiparando la CDFUE con cualquier tratado internacional. En

a dicho Estado miembro» y a tal efecto podrá «aplazar su decisión sobre la entrega de la persona de que se trate hasta que obtenga la información complementaria» y «si la existencia de ese riesgo no puede excluirse en un plazo razonable, la mencionada autoridad deberá decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega».

³⁶ Asunto resuelto finalmente por la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

³⁷ Para su definición, problemática constitucional y un análisis de los contralímites en los diversos Estados de la Unión me remito a Celoto y Groppi (2005: 287). Los contralímites españoles se concretaron en el «respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales» y fueron expresadas en la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3, y ahora de nuevo en el FJ 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014, de 13 de febrero.

³⁸ Concretamente, el TC señala en el FJ 4: «El canon de control que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad de [...] [la euro-orden] ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España. Entre tales tratados encontramos tanto el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH) como la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se constituyen, así, junto con la interpretación que de los mismos lle-

este sentido, ni tan siquiera la ejecución de una euroorden (basada en la Decisión marco 2009/299/JAI) es motivo suficiente para que el TC aplique la Carta como parámetro único de garantía de los derechos, para desaplicar la garantía constitucional en virtud de la primacía europea. El juez constitucional parece exento de la eficacia directa y la primacía de la Carta cuando aplique el derecho de la Unión³⁹. El TC utilizará la Carta siempre con un mero valor hermenéutico, integrándola en el ámbito interno a través del art. 10.2 CE⁴⁰, pues la Carta y su primacía están destinadas a la «selección de la norma aplicable al caso» que corresponde exclusivamente al juez nacional.

b) El debate sobre la eficacia de la Carta, al margen de otras cuestiones como el nivel de garantías aplicable, se volverá a centrar en el principio de atribución de competencias. Concretamente, siguiendo la estela de la decisión *Åkerberg Fransson*, el margen de discrecionalidad dejado a los Estados para la transposición de directivas europeas (o de decisiones marco adoptadas en materia penal antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) serán el contexto esencial en el que se desarrollará el debate sobre la eficacia de la Carta y su aplicación. Ello hará derivar la cuestión de la limitación del poder —propia de las cartas de derechos, su dimensión político constitucional (por su carácter legitimador del derecho)— en una cuestión jurídico-técnica sobre la precisión, claridad e incondicionalidad de los términos de las directivas y el derecho derivado en general. Es decir, la Carta pasará a ser utilizada por la jurisdicción ordinaria española como parámetro de interpretación de las directivas.

van a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE»; afirmación que realiza después de que el TJ señale que el asunto *Melloni* se encuentra dentro del ámbito de «aplicación» del derecho europeo.

³⁹ Aunque podríamos decir que el TC desobedece la sentencia del TJ, lo cierto es que finalmente cumple con sus postulados y decide la constitucionalidad de la euroorden. Eso sí, especifica que se trata de un cambio «voluntario» en su propia doctrina. Véase el FJ 4 de la STC 26/2014: «Así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000».

⁴⁰ Véase, por ejemplo, el voto particular concurrente que formula la magistrada Adela Asúa Batarrita a la sentencia del Tribunal Constitucional *Melloni*: «Sin embargo, la Sentencia aprobada por la mayoría [...] se alinea con nuestra jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad, que este Tribunal no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho comunitario, y que el Derecho comunitario solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales».

Dos motivos pueden justificar esta afirmación: primero, porque la interpretación conforme será el principio general a aplicar para evitar el conflicto entre niveles de garantía, la solución más inmediata al conflicto sobre la atribución de poderes a la Unión; y segundo, porque del margen de apreciación dejado al Estado en el derecho derivado (decisión marco o directiva) dependerá la aplicación directa de la Carta o de un nivel de garantías superior del Estado. No en vano el TJUE ha precisado que ciertos actos como las directivas deben interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales de la Carta⁴¹.

En definitiva, la actitud del TJUE parece haber jugado en detrimento del valor de la Carta y su eficacia. Al situar el núcleo de la cuestión, ahora, en la mayor o menor discrecionalidad dejada al Estado para el desarrollo y ejecución del derecho derivado europeo, la *ratio decidendi* sobre la aplicación de la CDFUE se encontrará en el clásico debate sobre la eficacia de las directivas (claridad, precisión e incondicionalidad, eficacia horizontal, efectos de exclusión, relaciones triangulares, posibilidad de su invocación...). En la jurisprudencia ordinaria española se observa, en consecuencia, que el núcleo de la decisión sobre la «aplicación» de la Carta a un caso concreto se encuentra en el análisis del texto literal de las directivas, en el que la Carta juega como una mera herramienta de principios interpretativos. Al mismo tiempo, el repliegue del TC tras *Melloni* será el aliciente definitivo para que los jueces ordinarios «lean» la Carta con un valor meramente hermenéutico, y no con el «mismo valor jurídico de los Tratados» supranacionales.

III. EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL «CUANDO APLIQUEN DERECHO DE LA UNIÓN» DEL ARTÍCULO 51.1 CDFUE: EL TEST DE APLICABILIDAD

Desde las sentencias *Melloni*, *Åkerberg Fransson*, *Julián Hernández*⁴² o *Torrallbo Marcos*⁴³, entre otras, se puede trazar un esquema sobre la aplicabilidad de la Carta. Hemos tratado de realizar lo que podríamos llamar el «test de aplicación de la Carta». Resumamos este test en los pasos que debería dar el juez para certificar si se encuentra aplicando derecho europeo y, por tanto,

⁴¹ Véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:214:317, apdos. 68 y ss.

⁴² Sentencia del Tribunal Justicia de 10 de julio de 2014, Julián Hernández, C-198/13, EU:C:2014:2055.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2014, Torrallbo Marcos, C-265/13, EU:C:2014:187.

sometido al nivel de protección de la Carta, o por el contrario se encuentra ante un asunto exclusivamente doméstico.

Adelantando una primera conclusión, se observará en este test que finalmente el TJUE permite y casi adopta la solución de utilizar la Carta como herramienta de interpretación del espacio ocupado por el derecho derivado, en lugar de observarla como canon de validez y límite de la actuación del poder supranacional en su relación con los ciudadanos⁴⁴.

1. LA INVOCACIÓN DE LA CARTA

El inicio de la aplicación por el juez europeo de la Carta surge con el momento clave de la invocación del derecho por los particulares. Sin embargo, la mera invocación de un derecho de la Carta no puede «fundar por sí sola» su aplicabilidad⁴⁵. Es más, no solo es irrelevante que el particular haya invocado la Carta directamente ante el juez, sino que además se exige que

⁴⁴ Aunque deben ponerse en relación tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12, EU:C:2014:238 como la anteriormente citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, *Google Spain y Google*, C-131/12, EU:C:2014:317. Pero si se observa con detenimiento, en el primer asunto el TJUE establece en los apdos. 53 y 54: «A este respecto, debe recordarse que [...] la obligación expresa establecida en el artículo 8, apartado 1, de la Carta, tiene una importancia especial para el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el artículo 7 de ésta. Por ello, la normativa de la Unión de que se trate debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal [...]»; de modo que en el control de validez el TJUE no está haciendo más que controlar, realmente, el margen dejado al legislador europeo para desarrollar mediante directiva las garantías de un derecho. Mientras que en el segundo caso, asunto *Google Spain*, el TJUE remite a la necesidad de interpretar las directivas a la luz de la Carta. Por ello podríamos decir que el TJUE exige, en última instancia, de eficacia directa a derechos fundamentales como la protección de la vida privada o la protección de datos, exigiendo en todo caso la producción normativa de desarrollo del derecho y centrando, por tanto, la fuerza de aplicación de la Carta en la eficacia mediata dispensada por la legislación de desarrollo.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2014, *Torrallbo Marcos*, C-265/13, EU:C:2014:187, apdo. 33: «Cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia». Véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia Åkerberg *Fransson*, cit. *supra*, apdo. 22, o

el objeto del procedimiento principal guarde «relación con la interpretación o la aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de la que figura en la Carta»⁴⁶.

Es indiferente, igualmente, que se realice una invocación directa del derecho nacional o del europeo. Por aplicación del derecho de la Unión debe entenderse tanto el momento en el que los poderes públicos actúan como meros agentes de aplicación como el momento en el que incorporan la normativa comunitaria, adoptando normas internas requeridas por el derecho europeo (De Witte, 1999b: 859). La naturaleza del juez nacional como juez europeo exige que este se encuentre vinculado en el mismo ámbito de aplicación territorial y temporal por dos ordenamientos autónomos integrados con parámetros de validez distintos y criterios de eficacia propios (Fernández Segado, 2005: 57). Por ello la aplicación de la Carta no depende, en realidad, de que el particular funde directamente una pretensión subjetiva en una disposición de la Carta o en derecho europeo; para el test de aplicabilidad esto no es esencial.

El juez puede (y debe) realizar de oficio un control de comunitariedad de las normas invocadas aun siendo materia puramente nacional, momento en el que la Carta puede entrar en funcionamiento *ex officio*⁴⁷. Aquí es donde el juez nacional⁴⁸ ejerce su función como juez europeo sometido a los principios de interpretación y eficacia de uno u otro ordenamiento sobre el mismo ámbito de validez personal, temporal y territorial. Su labor, además, no es la de controlar la validez de las normas de uno u otro ordenamiento, sino la de decidir qué disposiciones son aplicables al caso concreto mediante principios de aplicación (primacía o jerarquía según los casos), pero nunca juzgando

la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C- 395/15, EU:C:2016:917.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia *Torralbo Marcos, loc. cit.*, apdo. 33. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126, apdo. 24.

⁴⁷ Caso del control de «abusividad» de las cláusulas de un contrato en defensa de los consumidores. Por todas me remito a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164.

⁴⁸ Damos por hecho, al referirnos al juez nacional como agente de aplicación del derecho europeo, que se entiende que también puede ser la Administración pública en sentido amplio, cuya vinculación al principio de eficacia directa y primacía queda asegurada —Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, C-193/88, EU:C:1989:256— pero donde la problemática final quedará en manos del juez contencioso.

motu proprio la validez de unas y otras, para las que existen órganos que monopolizan esta función⁴⁹.

Por tanto, realmente la pretensión de los particulares ante el juez, su confianza en la eficacia directa de las disposiciones europeas, no es en sí misma detonante de la aplicación de la Carta, sino que dependerá en todo caso de la capacidad del juez nacional para decantar el caso concreto a través del art. 51.1 CDFUE.

2. EL JUEZ NO DEBE REALIZAR UN ANÁLISIS COMPETENCIAL DE PARTIDA

Pese a que la CDFUE expresa claramente que su eficacia se somete al principio de atribución competencial, el juez nacional como juez europeo no debe realizar un análisis competencial de partida (Bustos Gisbert, 2017: 333), pues no es el juez ordinario el competente para el control de validez de las disposiciones en juego —independientemente de las obligaciones de planteamiento de reenvío prejudicial a nivel interno y europeo—. Es además irrelevante, pues como señala el TJ en la sentencia *Julián Hernández*, «el solo hecho de que una medida nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias no puede integrarla en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y originar por ello la aplicabilidad de la Carta»⁵⁰.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la aplicación de la Carta puede efectuarse incluso en el marco competencial exclusivo de los Estados miembros. Así, desde la doctrina *ERT*⁵¹, en ocasiones, cualquier medida nacional que suponga «una excepción a alguna de las cuatro libertades fundamentales garantizadas por el Tratado debería incluirse en el ámbito de aplicación

⁴⁹ Sobre la falta de competencias del juez nacional para realizar un control de validez del derecho derivado europeo me remito a la decisión estructural de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85, EU:C:1987:452. Sobre el estado de la cuestión de la «doble prejudicialidad» en España y las consecuencias de la doble imposición de respeto por los jueces españoles de la Constitución nacional y los tratados me remito al Auto del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 2016, 168/2016, cuestión de inconstitucionalidad 2209-2016.

⁵⁰ Véanse en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia *Julián Hernández*, cit. nota 49, apdo. 36. Igualmente, las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2011, Gueye y Salmerón Sánchez, C-483/09 y C-1/10, EU:C:2011:583, apdos. 55, 69 y 70, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apdos. 104, 105, 180 y 181.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 1999, ERT, C-260/89, EU:C:1991:254. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, Pfefer, C-390/12, EU:C:2014:281.

del Derecho europeo»⁵², incluso en situaciones que claramente se encuentran, «a priori, fuera del marco competencial de la Unión»⁵³. El efecto útil de los tratados podría permitir la aplicación de la Carta incluso a situaciones que quedan al margen de las competencias de la Unión.

3. EL ACTO NACIONAL DE EJECUCIÓN O APLICACIÓN DEBE EMANAR DIRECTAMENTE DE UNA OBLIGACIÓN EUROPEA

Más allá del efecto expansivo de las libertades fundamentales de la Unión, la regla general para acertar si una medida nacional supone un acto de ejecución o aplicación del derecho europeo es que aquel emane directamente o se dirija esencialmente a aplicar derecho europeo⁵⁴. Un escueto resumen puede observarse en la STJUE *Julián Hernández*:

Para determinar si una normativa nacional guarda relación con la aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 de la Carta se ha de comprobar, entre otros aspectos, si la finalidad de la normativa nacional considerada es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si ésta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar⁵⁵.

Es decir: debe existir una normativa específica del derecho de la Unión en la materia o que pueda afectar al acto nacional. Pero también aquí caben matices.

⁵² Repetimos que se trata de la llamada *derogation situation*, en la que se concentran las críticas a la doctrina del TJUE.

⁵³ Situaciones que, *a priori*, son competencia de los Estados miembros pueden estar «intrínsecamente [relacionadas] con la libertad de circulación de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a [los] nacionales [de un tercer país] en el Estado miembro en el que reside el ciudadano, [y ello] para no menoscabar esta libertad». Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, Coman, C- 673/16, EU:2018:385. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2014, Rendón Marín, C- 165/14, EU:EC:2016:675. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2017, Florescu, C-258/14; EU:C:2017:448.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Justicia *Julián Hernández*, cit., apdo. 37.

3.1. Debe existir un «vínculo de conexión» entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional en cuestión

No basta tampoco con que exista una norma europea en la materia, sino que debe conectarse directamente con el acto nacional. Este vínculo de conexión no es cualquiera, sino que debe haber un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. El Tribunal de Justicia en el asunto *Julián Hernández*⁵⁶ establecería una excepción a las decisiones *ERT* y *Coman*⁵⁷: [...] Ni tan siquiera en base al artículo 19 TFUE [no discriminación] podría el juez integrar en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, a efectos de la aplicación de los derechos fundamentales como principios generales, una medida nacional que no forma parte de las medidas adoptadas con fundamento en ese artículo⁵⁸. Es decir, el acto nacional debe ser desarrollo «directo» y «exigido» por la norma europea.

Aquí se plantea una disyuntiva en el marco de las disposiciones nacionales procesales, no sustantivas. Hasta qué punto las normas procesales (competencia estatal) se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho europeo, qué vínculo de conexión existe entre una obligación europea y las normas procesales internas establecidas de forma genérica, más allá del principio de efectividad (plazos de preinscripción penal⁵⁹, tasas judiciales⁶⁰, acceso a la justicia gratuita⁶¹, duplicidad de las sanciones⁶²...). Se trata de dilucidar hasta qué punto existe un vínculo de conexión entre el derecho europeo y una normativa nacional de contenido procedimental, hasta qué punto el contenido determinado por el TJUE sobre el art. 47 CDFUE (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) puede impedir la eficacia de disposiciones procesales internas.

⁵⁶ *Ibid.*, apdo. 36.

⁵⁷ Véanse las notas 52 y 54.

⁵⁸ De nuevo, sentencia del Tribunal de Justicia *Siragusa*, cit. Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2013, SC Schuster & Co Ecologic, C-371/13, EU:C:2013:748.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2015, Ivo Tarico, C-105/14. EU:C:2015:555.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 2014, Torralbo Marcos, C-265/13, EU:C:2014:187.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia *Åkerberg Fransson*, cit.

3.2. *Debe existir identidad en la finalidad perseguida por el acto nacional y la norma europea*

Se hace imprescindible analizar las finalidades de la norma nacional y europea. Debe existir identidad en el fin perseguido, la medida nacional y la norma europea deben perseguir el mismo fin. Aunque haya una afectación de una por la otra no es suficiente, por lo que hay que valorar dos nuevos ítems: a) la medida europea debe tener por finalidad regular la materia de este caso concreto. Aunque la UE tenga competencia en la materia tiene que haber además una clara voluntad por parte de las instituciones de regular ese caso concreto; b) la medida nacional debe tener por finalidad aplicar esa norma europea concreta.

De las pautas establecidas por el TJUE pueden sacarse algunas conclusiones preliminares. Por un lado, como queda claro, la eficacia de la Carta se reduce a un *case by case*. Al casuismo propio de un ordenamiento dinámico de integración, pues el test es tan específico que requiere su examen caso por caso. Por otro lado, ni todas las disposiciones del Tratado ni todas las de la Carta podrían ser por sí solas utilizadas como parámetros de selección de la norma aplicable por el juez o como criterios de validez. La diferencia entre la naturaleza de principios y derechos de la Carta y las indicaciones del asunto *Julián Hernández* plantean que para que el juez aplique el derecho de la Unión en el sentido del art. 51.1 CDFUE debe haber un desarrollo legislativo, se debe haber planteado previamente en el procedimiento nacional no tanto la eficacia de un derecho fundamental de la Carta, sino la aplicación de derecho derivado⁶³.

Las pautas desarrolladas en el test de aplicación nos conducen a pensar que existe un ámbito propio para el despliegue efectivo del art. 51.1 CDFUE. El ámbito natural del control de aplicación de la Carta es el de las directivas. Es el momento de apreciación por el juez nacional de la aplicabilidad de disposiciones derivadas de una directiva en el que cobra relevancia el test de aplicación, pues aquí se concreta el principio de atribución competencial en el análisis por parte del juez del margen de discrecionalidad dejado a los Estados, es en torno a las directivas donde el acto de ejecución y aplicación por el poder público puede salvar la exigencia del vínculo estrecho de conexión, y donde se puede acertar a la hora de considerar que un acto normativo europeo y uno nacional tienen una misma finalidad material.

En este caso el test de aplicación de la Carta no es tampoco inmediatamente positivo. El propio Tribunal de Justicia ha continuado desarrollando

⁶³ Me remito de nuevo a la apreciación sobre los asuntos *Digital Rights Ireland* y *Google Spain* de la nota 44.

pautas de orientación para los jueces en torno a la aplicación de la Carta en la selección de disposiciones de una directiva para resolver un caso concreto. Continuemos con el test.

4. LA DISPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA CONCRETA NO DEBE PERMITIR MARGEN DE APRECIACIÓN AL ESTADO

Es en el momento de implementación de la directiva europea (o decisión marco⁶⁴) en el que el juez nacional debería sentirse en el epicentro del art. 51.1 CDFUE, conforme a las explicaciones del TJUE. Momento en el que la actuación del poder público estatal se encuentra inmediatamente configurada como «agente europeo» de aplicación o implementación de la norma europea, directamente obligado por la norma europea y limitado, por tanto, por los derechos fundamentales de la Carta. Pero en este ámbito se plantean las dudas propias de la configuración de esta fuente del derecho europeo, que encarna el carácter vinculante de las medidas normativas europeas, de su efecto útil y su difícil equilibrio con las decisiones fundacionales de atribución competencial y división vertical del poder de los tratados⁶⁵. Es aquí donde el TJUE desarrolla especialmente las indicaciones sobre el art. 51.1 CDFUE. Por tanto, continúa el test de aplicación de la Carta de forma concreta en la implementación de directivas.

Para que el juez nacional considere que el acto nacional se encuentra en el ámbito de aplicación de la Carta, el TJUE establece los siguientes criterios: 1) la directiva impone a los Estados una obligación específica (clara, precisa e incondicional) concerniente a la situación objeto del asunto principal; además, 2) la directiva o decisión marco debe tratar de armonizar las condiciones de ejecución, no dejar margen de apreciación alguno pues, dicho de otro modo, (3) la acción de los Estados está, o pretende estar, totalmente determinada por el derecho de la Unión⁶⁶.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, Maria Pupino, C-105/03, EU:C:2005:386.

⁶⁵ Curtin (1990: 709-712); Dougan (2000: 625); Bellido Barrionuevo (2000). Las conclusiones del abogado general Léger de 11 de enero de 2000, en el asunto *Linster*, C-287/98, EU:C:2000:3, ap. 30, exponen sobre la eficacia directa de las directivas: «[...] que refleja en gran medida el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad, lo que incita a no instaurar como principio la equiparación de las Directivas, actos de cooperación legislativa, con los Reglamentos, normas privilegiadas en el ámbito de las actuaciones que son de competencia exclusiva de la Comunidad».

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero, Melloni, C- 399/11, EU:C:2013:107, apdos. 62 y 63. Y de nuevo, sentencias del Tribunal de Justicia, *Torralbo Marcos*, cit., y *Siragusa*, cit.

5. AUNQUE LA DIRECTIVA PERMITA CIERTO MARGEN DE APRECIACIÓN, EL ACTO NACIONAL NO PODRÁ MENOSCABAR LA PRIMACÍA, EFICACIA O UNIDAD DEL DERECHO EUROPEO

Con esta afirmación se cierra el círculo, pues la Carta solo se aplicará a la implementación de directivas cuando estas no dejen margen de apreciación al Estado en el caso en litigio, pero si existiese en la norma europea cierto margen de apreciación el juez deberá atender al efecto útil de la directiva, a la efectividad del derecho europeo en relación con la discrecionalidad jugada por el Estado. La apreciación concreta realizada a través del acto de ejecución estatal encuentra un límite en la primacía, eficacia o unidad del derecho europeo⁶⁷.

Dicho de otro modo, la Carta también se aplica cuando una autoridad nacional ejerce una facultad discrecional que le fue conferida en virtud de la legislación de la Unión⁶⁸.

Como se observa, los requisitos para determinar que el juez nacional se encuentra en la esfera del art. 51.1 CDFUE no son en absoluto generalizables, ni tampoco sencillos. Todo ello redundaría en una menor eficacia de la Carta, pues la mayoría de actos de aplicación del derecho europeo conllevan la actuación del poder público nacional y permiten cierto margen de apreciación. Lo de menos, como advierte el TJUE, es finalmente que se deduzca de manera clara de la CDFUE o de la jurisprudencia un derecho subjetivo concreto, sino las peculiaridades de la discrecionalidad dejada al Estado a la hora de implementar el derecho europeo.

IV. LA CORRECTA APLICACIÓN DEL TEST POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ESPAÑOLA

La consecuencia inmediata del análisis del complejo test de aplicación de la Carta es esencialmente que los derechos fundamentales de la Unión requieren, como tales, de normas derivadas de desarrollo para su aplicación⁶⁹.

Los poderes públicos nacionales se encuentran vinculados por el contenido de la Carta «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», cuando el derecho europeo adquiere eficacia a través de un acto del poder

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia *Melloni*, *loc. cit.*

⁶⁸ Indicaciones de la Comisión, Rapport 2013 sobre la aplicación de la CDFUE (2013/2078(INI)). Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2017, Florescu y otros, C-258/14, EU:C:2017:448. Y Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, N.S. y otros, C-411/10, EU:C:2011:865.

⁶⁹ Insistimos en la nota 44.

público estatal. Esta eficacia aparece cuando existe una normativa europea «específica» en la materia, la medida europea tiene que tener por finalidad regular la materia en el caso en litigio, y aunque la UE tenga competencia en la materia tiene que haber voluntad de regular ese caso concreto. Así, el acto nacional debe verse afectado por la regulación europea, pero la afectación exige un vínculo de conexión específico, superior a la mera proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. La afectación significa, entonces, que la medida nacional y la norma europea deben perseguir el mismo fin, es decir, la medida nacional debe tener por finalidad aplicar la norma europea. Obviamente, esto conduce a pensar que el acto nacional debe ser un acto «debido» y obligado por el derecho europeo, en el que se plantean dos hipótesis: la norma europea trata de uniformar las condiciones de aplicación, caso de los reglamentos, o se impone una obligación de resultado que requiera un acto normativo de implementación, propio de la trasposición de directivas.

Parece que es precisamente en el ámbito de la directiva donde el TJUE ha puesto mayor énfasis y ha desarrollado con especial cuidado la doctrina sobre el art. 51.1 CDFUE⁷⁰. Es aquí donde el principio de atribución competencial abre complejos matices. Según el TJUE, el acto de trasposición o implementación del Estado se vinculará a la Carta cuando la directiva, en el caso en litigio, no permita margen de apreciación determinando totalmente la acción de los Estados e imponiendo una obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal. Pero también cuando, aun dejando cierto margen de apreciación al Estado, la implementación de la directiva conlleve una apreciación que pueda menoscabar la efectividad de la norma europea.

La Carta queda relegada así a su desarrollo normativo en forma de directiva. Por lo tanto, su final es convertirse en criterio hermenéutico de las directivas, finalidad auspiciada y alentada por el Tribunal Constitucional, tal y como se observó más arriba. Y encontramos múltiples ejemplos claros en la jurisprudencia ordinaria nacional. En rarísimas ocasiones se invoca la contradicción del acto del poder público nacional solo frente a un derecho de la Carta. Casi por regla general se invocan o estudian los actos de ejecución o aplicación en contraposición a una directiva europea, y se estudian los márgenes de apreciación dejados por esta en virtud de la Carta⁷¹.

Especialmente intenso ha sido el diálogo entre el TJUE y los jueces ordinarios en torno al valor de la Carta en la aplicación de las directivas

⁷⁰ De nuevo sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, *Google Spain y Google*, cit. apdo. 68.

⁷¹ Paradigmática es la sentencia del Tribunal de Justicia *Daouidi*, cit., apdo. 50.

sobre circulación de datos personales (derecho a la intimidad)⁷², sobre derechos de los consumidores en contratos de adhesión (cláusulas abusivas⁷³),

⁷² En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011, ASNEF y otros, C-468/10 y C-469/10, EU:C:2011:777, se plantea decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Según el Tribunal Supremo, las restricciones de la normativa española constituyen un obstáculo a la libre circulación de los datos de carácter personal que únicamente sería compatible con la directiva si viniera exigida por el interés o los derechos y libertades fundamentales del titular de los datos. De ello deduce que la única posibilidad de salvar la contradicción entre la directiva y el ordenamiento español sería considerar que la libre circulación de los datos de carácter personal vulnera el interés o los derechos y libertades fundamentales del titular de los datos. Especialmente importante es la STS 267/2014 de 21 de mayo, en la que el TS directamente utiliza la carta como una normativa «superior», que permite ampliar el ámbito subjetivo de derechos fundamentales (incluso constitucionales), como la protección de datos y el derecho al honor. Es en esta materia en la que el TS considera que la directiva sobre protección de datos obligó a reformar la Ley Orgánica española de Protección de Datos de carácter personal, y de manera consecuente el TS utiliza la Carta («la regulación de tal derecho que resulta de tales normas superiores») para determinar que el sujeto del derecho a la protección de datos que deriva de la Constitución española no permitiría su aplicación a empresarios, pero la CDFUE sí lo permite y termina por imponerse este último criterio. Véase el FJ 5.8: «La Carta de Derechos Fundamentales, el Convenio y el art. 18.4 de la Constitución no configuran el derecho a la protección de los datos personales como un derecho limitado a las personas que no sean comerciantes. La Carta concede tal derecho a “toda persona”, el Convenio, a “cualquier persona física”, y la Constitución, a “los ciudadanos”. Por tanto, la regulación de tal derecho que resulta de tales normas superiores, y en concreto la relativa a los principios de calidad de los datos y los derechos de los interesados en relación al tratamiento de sus datos personales, resulta de aplicación a todos los ciudadanos, sean o no comerciantes o profesionales [...] Tampoco puede suponer que estas personas queden excluidas del ámbito de aplicación de la LOPD, pues un reglamento no puede excluir de la protección de una ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental a quienes la Constitución, el Convenio, la Directiva y la propia ley orgánica no han excluido».

⁷³ Véanse los asuntos planteados, a tenor de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C- 415/11, EU:C:2013:164, sobre la ley de ejecución hipotecaria y el drama de los desahucios en España, que ha dado lugar a un fructífero diálogo en torno a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE) y los deberes del juez nacional (asuntos planteados ante el TJ C-280/13, C-487/13, C-486/13, C-485/13, C-484/13, C-483/13, remitidos por

política social y no discriminación de trabajadores (derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo)⁷⁴. En todos estos casos el juez ordinario valora la compatibilidad entre la directiva y el derecho nacional acudiendo a los objetivos de la Carta.

Ejemplificativo es el diálogo en torno al asunto ASNEF⁷⁵, sobre bases de datos que albergaban la identidad de morosos y el conflicto existente con el Real Decreto 1720/2007, reglamento de desarrollo de la Directiva 95/46 de protección de datos personales. Para el TS los requisitos del reglamento nacional únicamente serían compatibles con la Directiva 95/46 si vinieran exigida por el interés o los derechos y libertades fundamentales del titular de los datos: por la Carta. El debate se centra en cómo el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en virtud de la directiva debe medirse sobre el equilibrio entre la libre circulación de datos personales y la tutela del derecho a la intimidad⁷⁶. Sorprende que, tras la decisión del TJUE, el TS

juzgados de primera instancia) sobre el alcance de la directiva de protección de consumidores en contratos de adhesión. Interesante la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo, C-169/14, EU:C:2014:2099. Entre los autos destacables que utilizan el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en la CDFUE para analizar la compatibilidad entre el derecho nacional y la directiva de protección a los consumidores véase, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), de 2 abril 2014.

⁷⁴ Por ejemplo, la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Contencioso-Administrativo de Oviedo el 23 de julio de 2013, sobre la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. STS de 21 de marzo de 2011, rec. 184/2008. O la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371. Igualmente, con motivo de las reformas laborales realizadas en España a tenor de la crisis y los nuevos tipos de contrato para fomentar la estabilidad en el empleo, y su compatibilidad con el art. 30 de la CDFUE, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 2015, Nisttahuz, C-117/14, EU:C:2015:60. O el citado asunto *Torralbo Marcos*, sobre si la directiva de protección de los consumidores en caso de insolvencia del empresario y el establecimiento de una tasa judicial en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, limitan la eficacia en la aplicación de las normas del Derecho de la Unión y si, en particular, esta limitación resulta particularmente intensa en un procedimiento especial como es el ámbito de la jurisdicción social

⁷⁵ Véase la nota 72.

⁷⁶ El apdo. 43 de la respuesta prejudicial del TJ, cit. *supra* nota 72, señala que «además, corresponde a los estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico

adopte esta doctrina en la sentencia 2040/2014 de 21 de mayo, asunto *Equifax*, en relación con los requisitos de la Ley Orgánica de Protección de Datos, asumiendo que se requiere ponderar los derechos en juego, pero utilizando siempre la vía del art. 10.2⁷⁷.

El TJUE avala este carácter interpretativo de la Carta a la hora de apreciar la correcta transposición de la directiva, por ejemplo, en la STJ *Promusicae*:

En el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los estados miembros no sólo interpretar su derecho nacional de conformidad con dichas directivas, sino también procurar que la interpretación de éstas que tomen como base no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario⁷⁸.

Continuamente se ha utilizado la Carta como mecanismo para concretar el efecto de la primacía de la directiva sobre el derecho interno. Por ejemplo, para establecer en qué medida las directivas sobre cláusulas abusivas y

a la directiva 95/46, procurar basarse en una interpretación de ésta que les permita garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión».

⁷⁷ Señala el TS: «No es posible que reglamentariamente se establezcan restricciones que desnaturalicen los derechos reconocidos al afectado por la [ley orgánica de protección de datos] LOPD en desarrollo del art. 18.4 de la Constitución. Las normas del real decreto han de interpretarse de modo que se respete el derecho fundamental a la protección de datos personales tal como resulta de su regulación constitucional, convencional internacional, comunitaria y legal, puesto que las normas reglamentarias deben ser interpretadas y aplicadas según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, hasta el punto de que si por vía interpretativa no pudiera lograrse la conformidad de dichas normas reglamentarias con la Constitución, el Convenio, la Directiva y la LOPD, no podrían ser aplicadas». Debe destacarse que el TS atisba la posibilidad de que tenga que aplicarse el principio de primacía o supremacía del derecho fundamental frente al real decreto, por lo que opta por realizar una interpretación conforme entre la norma interna y el derecho fundamental. Pero sitúa al mismo nivel el contenido del derecho fundamental de la Constitución, el CEDH y la CDFUE, por lo que no parece que se refiera a la aplicación del principio de interpretación conforme comunitario ni al de primacía comunitaria, sino más bien a la integración por vía del art. 10.2 de la Constitución, no del art. 51.1 CDFUE ni del 93 de la Constitución.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54; apdo. 68.

derechos de los consumidores en el ámbito hipotecario imponen al juez una revisión de oficio de los contratos hipotecarios sin dar audiencia a las partes. Paradigmática es la aplicación que realiza el Tribunal Supremo español en la STS 241/2013, de 9 de mayo, a la hora de declarar la nulidad de oficio de tales cláusulas⁷⁹: «Lo que es determinante es que en el supuesto en que el juez nacional, después de haber apreciado inicialmente que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, y antes de su anulación deberá dar audiencia a las partes en garantía del derecho a la defensa contradictoria de la Carta».

De estos ejemplos se deduce que los jueces ordinarios, en España, hacen coincidir la aplicación de la Carta con la aplicación del derecho de la Unión, aunque en esencia se centran en el valor interpretativo de la Carta sobre aquellas normas europeas (esencialmente directivas) que suscitan dudas en aras de su eficacia o su aplicación directa. En este sentido la Carta se convierte, tal y como pretende el TJ, en instrumento auxiliar de eficacia directa del derecho europeo y su primacía. O como delimitador de la voluntad de legislador europeo, de su transposición al ámbito nacional y su ejecución.

Pero la identificación de la eficacia de la Carta con la determinación del margen de apreciación dejado a los Estados es perjudicial y contraproducente. La confusión entre eficacia de las directivas y el valor de la Carta conlleva que en materias muy sensibles a la soberanía estatal (como es el poder coactivo en el ámbito penal, y especialmente en materia de terrorismo) entren en juego

⁷⁹ Véanse los apdos. 125 y ss. de la STS: «Sin embargo, como afirma la STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank Zrt*, apartado 29, al aplicar el Derecho de la Unión el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio. Por ello la coordinación entre los deberes de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la directiva y respetar el objetivo perseguido por el deber de congruencia, en el supuesto de que el juez aprecie de oficio la eventual nulidad de cláusulas abusivas en contratos suscritos entre empresarios y consumidores, impone someter a las partes todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando a tal efecto los mecanismos precisos».

las dudas que el TC suscitó en el asunto *Melloni*, y los límites a la eficacia del derecho europeo que recordó en aquel mismo momento⁸⁰.

Es el caso de la STS 874/2014 de 27 de enero de 2015, conocida como asunto *Picabea*. Nos referimos a una situación que se viene repitiendo desde hace algún tiempo. Miembros de la banda terrorista ETA son devueltos por la justicia francesa a España después de cumplir penas de prisión por asociación terrorista. En España, estos han sido condenados a su vez a penas de prisión, y los condenados solicitan la acumulación de penas en virtud de la Decisión marco 2008/675/JAI de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal. El TS venía concediendo la acumulación de las penas privativas de libertad cumplidas en Francia a las penas dictadas en España⁸¹. Así lo había decidido en repetidas ocasiones entendiendo que el Estado español no había transpuesto aún la referida decisión marco y debía, por tanto, aplicar la normativa europea al caso concreto conforme a la doctrina *Pupino*⁸². Sin embargo, en este asunto de 2015, el TS decide cambiar la doctrina que venía aplicando y rechaza la acumulación de las penas por considerar que la decisión marco acaba de ser transpuesta y el legislador español ha hecho

⁸⁰ Un ejemplo de ello es el FJ 9 de la STS 811/2012: «El artículo 6 del [CEDH] y el artículo 47 de la Carta [...] consagran el derecho a un juicio equitativo, mientras que el artículo 48, párrafo segundo, de la Carta garantiza el respeto del derecho a la defensa. Pero aunque todos los Estados miembros son partes en el CEDH, la experiencia ha puesto de manifiesto que dicha pertenencia por sí sola no aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás estados miembros. El refuerzo de la confianza mutua exige, además, una aplicación coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH. Y en este ámbito es necesaria la homologación, o al menos aproximación, entre los estándares de protección de los derechos fundamentales y las garantías que ofrecen los sistemas penales de los diversos Estados que conforman la Unión».

⁸¹ Véanse las SSTS 388/2014, de 7 de mayo; y 922/2013, de 2 de diciembre: «Respecto de condenas todavía en ejecución, no solo nada impide la rectificación del criterio hasta ahora aplicado para sustituirlo por otro más favorable al reo en el sentido que se desprende de la tan mencionada STEDH, sino que resulta obligado en tanto que no es posible mantener una situación de privación de libertad basándose en un criterio que, en circunstancias similares a las contempladas en la referida STEDH, vulnera derechos reconocidos en el Convenio Europeo». En la misma línea, entre otras, la STS 1000/2013, de 7 de febrero.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, Maria Pupino, C-105/03, EU:C:2005:386.

ya uso del margen de discrecionalidad que la norma europea le permite, por lo que debe aplicar la normativa nacional⁸³.

La cuestión clave del asunto *Picabea* se centra en la duda que suscita a algunos magistrados del TS la interpretación del art. 49.3 de la CDFUE, sobre el principio de retroactividad de la pena más favorable. Parte de los magistrados consideran que debería plantearse cuestión prejudicial al TJUE y aplicar el contenido de la Carta. Pese a todo, la mayoría del TS decide no reenviar la cuestión y aplicar la nueva ley orgánica incluso reconociendo que esta es fruto de la aplicación de la decisión marco, e incluso suponiendo con ello una vulneración de la Carta europea⁸⁴.

V. CONCLUSIONES

La interpretación dada por la justicia europea y ordinaria al art. 51.1 juega en detrimento del valor de la Carta y su eficacia.

Por un lado, cuando se aplique la Carta como criterio hermenéutico (10.2 CE) habrá una mayor desprotección de los ciudadanos. La eficacia de la Carta, al ser esencialmente hermenéutica, dependerá de la duda suscitada al juez en relación con la compatibilidad entre el derecho derivado europeo y el acto nacional, lo que supone poner en práctica la apreciación sobre el margen de discrecionalidad del Estado y disminuir las obligaciones de planteamiento de cuestión prejudicial. La decisión *Åkerberg* ya advertía que «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deban interpretar las disposiciones de la Carta, tienen la posibilidad y, en su caso, la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE». Por tanto, dependerá de la duda razonable que puede suscitarse en el juez nacional que el caso concreto pueda sustanciarse (en parte) ante

⁸³ «Como esta resolución indica, en ese momento operábamos en ausencia de normas internas que “regulen expresamente la materia de una forma terminante”, lo que conllevaba una interpretación de las normas vigentes (la sentencia cita en su texto los arts. 988 LECRIM y 76 CP) de la manera más conforme posible con la Decisión marco. Pero en el momento actual ya contamos con legislación nacional que regula expresamente la materia, como es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea».

⁸⁴ Como el propio TS reconoce en el FJ 5.3 de la sentencia comentada: «Es cierto, que extraña y no complace, que la consecuencia práctica, con frecuencia sean sólo consideraciones peyorativas para el reo, como prisión provisional, reincidencia, ponderación de la pena, etc.».

el TJUE. Las dudas deberían girar en torno a la interpretación de la norma comunitaria, su vinculación con el acto nacional, el margen de apreciación dejado al Estado en el marco de la atribución de competencias, la voluntad de legislar de las instituciones comunitarias... Si el juez no plantea la cuestión prejudicial «el ciudadano tendrá unas posibilidades muy limitadas de asegurar sus propios derechos» (Bustos Gisbert, 2017: 333), pero aun así se tenderá a un debate sobre la aplicabilidad de la Carta sumergida en la cuestión de la competencia y el margen de discrecionalidad (sobre las múltiples cuestiones formales en torno al test de aplicabilidad).

Por otro lado, al situarse el núcleo de la cuestión en la mayor o menor discrecionalidad dejada al Estado para el desarrollo y ejecución del derecho derivado europeo, la *ratio decidendi* se insertará en el clásico debate sobre la eficacia de las directivas (claridad, precisión e incondicionalidad, eficacia horizontal, efectos de exclusión y relaciones triangulares...), siendo el núcleo de la decisión el texto literal de las directivas y la Carta una mera herramienta interpretativa.

El debate sobre la Carta se reconduce entonces a la doctrina general sobre la eficacia directa de las directivas. Limitar el poder de la Carta de Derechos Fundamentales a este escenario disminuye, sin duda, su eficacia. Conducir su valor aplicativo al debate sobre su efecto directo deshace la propia idea de los derechos, pues, como advierte la doctrina, la eficacia directa puede a veces coincidir con la creación de derechos subjetivos, pero no siempre es el caso (Prechal, 1995: 129). Véase, por ejemplo, la posibilidad de que el derecho europeo adquiera eficacia de exclusión, sin que se aplique derecho sustantivo alguno⁸⁵. Además, trazar un paralelismo entre la eficacia de la Carta y la eficacia de las directivas reduce aquella a sus escasas posibilidades de eficacia vertical y las priva, por lo general, de efectos horizontales.

Esta aproximación a la eficacia de la Carta en forma de diálogo sobre la eficacia directa del derecho derivado requiere de la necesaria advertencia que hizo en su momento el juez Pescatore:

⁸⁵ Por todos, las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo, Arcor, C-152,154/07, EU:C:2008:181: «No obstante, los años no han logrado silenciar voces a favor del reconocimiento del efecto directo horizontal como la del abogado general Lenz en sus conclusiones para el asunto *Faccini Dori*, apoyándose a su vez en los argumentos desarrollados anteriormente por los abogados generales Van Gerven y Jacobs. Planea sobre los autores el sentimiento de una oportunidad perdida, pese a que el Tribunal de Justicia no vaciló en aplicar su doctrina cuando la directiva repercute en derechos de particulares, ajenos a la relación vertical, surgiendo así la teoría de las relaciones triangulares». Véanse puntos 100 y 101.

Tenemos en la reserva un adagio que dice: *Ubi ius ibi remedium* [que...] refleja el pensamiento jurídico más moderno, según el cual el fenómeno fundamental es el derecho material, mientras que los trámites procesales sólo tienen un carácter instrumental en relación con el fondo del derecho. Es la diferencia, según la sistemática alemana, [...] entre [...] el pensamiento en categorías de derecho material contra el pensamiento en categorías de remedios procesales. La idea es que la función del proceso judicial es consolidar, y no condicionar la vigencia del derecho material. Debemos tener cuidado aquí de que no se invierta nuestro adagio en un: *Ubi remedium ibi ius*, lo que caracteriza la actitud fundamental del *Common law*, donde aparentemente la existencia de un derecho subjetivo se deduce de la existencia de la *action*, y no a la inversa⁸⁶.

Bibliografía

- Aguilar Calahorro, A. (2015). *La dimensión constitucional del principio de primacía*. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Alonso García, R. (2002). Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En R. Alonso García y E. García de Enterría (eds.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, (pp. 151-181). Madrid: Civitas.
- Avbelj, M. y Komárek, J. (2008). Four Visions of Constitutional pluralism. Symposium transcript. *European Journal of Legal Studies*, 2 (1), 347.
- Balaguer Callejón, F. (2004a). Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1, 25-46,
- (2004b). La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1, 313.
- Barile, P. (1973). Il camino comunitario della Corte di Giustizia. En *Giurisprudenza costituzionale* (pp. 2406-2429).
- Bellido Barrionuevo, M. (2000). *La directiva comunitaria*. Madrid: Dykinson.
- Bustos Gisbert, R. (2017). La aplicación de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 333-359. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19167>.
- Cámara Villar, G. (2005) Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, 57.
- Canor, I. (2013). My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An ever closer distrust among the peoples of Europe". *Common Market Law Review*, 50, 383-422.

⁸⁶ Pescatore (2015: 7-32).

- Carmona Contreras, A. (2016) El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 20-21. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.107.01>.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2001). Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario*, 9, 7.
- Cartabia, M. (2009). Europe and rights: taking dialogue seriously. *European Constitutional Law Review*, 5 (1), 5-31. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019609000054>.
- Cassese, S. (2002). Democrazia e Unione Europea. *Giornale di storia costituzionale*, 3 (1), 99.
- Celoto, A. y Groppi, T. (2005). Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs. centralímites. En M. Cartabia, B. de Witte y P. Pérez Tremps (eds.). *Constitución europea y Constituciones nacionales* (pp. 287-365). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cruz Villalón, P. (2005). La Carta, o el convidado de piedra (aproximación a la parte II del proyecto de Tratado/Constitución para Europa). En C. Closa Monterio y N. Fernández Sola (coords.). *La Constitución de la Unión Europea*, (pp. 185-197). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2017). El valor de posición de la Carta de derechos fundamentales en la Comunidad Constitucional Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 85-101. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19146>.
- Curtin, D. (1990). Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights. *Common Market Law Review*, 27, 709-7012 .
- De Witte, B. (1999a). Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order. En P. Craig y G. de Burca. *The evolution of EU Law*. Oxford, New York: Oxford University Press, 208.
- De Witte, B. (1999b). The past and future role of the European Court of Justice in the Protection of Human rights. En P. Alston (ed.) *The EU and Human Rights* (pp. 859 y ss.). Oxford: Oxford University Press.
- Díez-Picazo, L. M. (2002). *Constitucionalismo de la Unión Europea* (pp. 202 y ss.). Madrid: Civitas.
- Dougan, M. (2000). The “disguised” Vertical Direct Effect of Directives? *The Cambridge Law Journal*, 59 (3), 586-612. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0008197300000258>.
- Fernández Segado, F. (2005). El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones dimanantes de ello. *Cuestiones Constitucionales*, 13, 57.
- Goldsmith Q. C. (2001). A Charter of rights, freedoms and principles. *Common Market Law Review*, 38, 1201-1216. Disponible en: <https://doi.org/10.1023/A:1012925931024>.
- Govaere, I. (2016). To Give or to Grab: The Principle of Full, Crippled and Split Conferral of Powers Post-Lisbon. College of Europe, *Research Paper in Law*, 4.
- Hoffman, H. C. H y Mihaescu, B. C. (2013). The relation between the Charter’s fundamental rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good ad-

- ministration as the Test Case. *European Constitutional Law Review*, 9, 73-101. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019612001046>.
- Hong, M. (2016). Human Dignity, Identity review of the European Arrest Warrant and the court of Justice as a Listener in the dialogue of Courts: Solange III and Aranyosi. *European Constitutional Law Review*, 12, 549-563. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019616000365>.
- Jacobs, F. (2001). Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice. *European Law Review*, 26, 331.
- Kirchhof, P. (1999). The balance of powers between national and European institutions. *European Law Journal*, 5 (3), 225-242. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00081>.
- Krommendijk, J. (2015). Principled silence or mere silence on principles? The role of the European Charters Principles in the case law of the Court of Justice. *European Constitutional Law Review*, 11, 321-356. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019615000164>.
- Lenaerts, K. (2012). Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights. *European Constitutional Law Review*, 8 (3), 375-403. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019612000260>.
- Maccormik, N. (1999). *Questioning Sovereignty: Law, state and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Clarendon Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268765.001.0001>.
- Pérez Luño, A. E. (2007). Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 495-511. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6776>.
- Pernice, I. (2015). Multilevel constitutionalism and the crisis of democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*, 11, 541-562. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019615000279>.
- Pescatore, P. (2015). The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law. *European Law Review*, (2), 135-153.
- Prada Fernández de Sanmamed, J. L. (2003). Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 122, 269.
- Prechal, S. (1995). Directives in European Community law Study of Directives and Their Enforcement in National Courts. Oxford: Clarendon Press.
- (2004). Rights v. Principles, or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the courts. En J. W. De Zwaan *et al.* (eds.). *The European Union: An ongoing process of integration. Liber amicorum Alfred E. Kellerman*. The Hague: MC Asser Press. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-90-6704-423-3_14.
- Ridola, P. (2005). La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 3, 21-42.
- Rolla G. (2001), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*. Torino: G. Giappichelli Editore.

- Sarmiento, D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights protection in Europe. *Common Market Law Review*, 50, 1267-1304.
- Wahl, R. (2006). ¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de Teoría del Estado? *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 105-130. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.18.2006.6721>.
- Weiler, J. H. (2000). Does the European Union truly need a Charter of Rights? *European Law Journal*, 6, 95-97. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00098>.