

# SOBRE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y LA TUTELA DE DERECHOS

MARC CARRILLO

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pompeu Fabra*

## SUMARIO

I. Introducción: el impacto del TJUE sobre la garantía de los derechos y libertades. II. Consideraciones sobre la función jurisdiccional del TJUE a través de la cuestión prejudicial. III. El Tribunal de Justicia y la garantía de los derechos y libertades.

## I. INTRODUCCIÓN: EL IMPACTO DEL TJUE SOBRE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Ya es un lugar habitual en la doctrina *ius publicista* emplear el término de constitucionalismo multinivel para referirse a la pluralidad normativa que caracteriza al sistema constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea (UE o Unión)<sup>1</sup>. La concurrencia de las Declaraciones de Derechos contenidas en las constitucionales nacionales, en la justicia convencional que proporciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, finalmente, en el sistema jurisdiccional que el Tratado de la Unión Europea (TUE) establece a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para la garantía de los derechos y libertades reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), justifican esta pluralidad de niveles de garantía jurisdiccional.

Ciertamente, en este sistema heterogéneo de garantías, además de los tribunales nacionales, el TEDH con sede en Estrasburgo ha tenido y sigue teniendo un

1 TORRES PÉREZ, A. *Conflict of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

notorio protagonismo como órgano supraestatal de tutela de los derechos de libertad y de participación política de los ciudadanos de los Estados miembros del Consejo de Europa. Pero además, en el lento y tortuoso camino construido para de integración política de la Unión Europea iniciado a partir del Tratado de Maastricht en 1992, se ha añadido la CDFUE al serle reconocido el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 del TUE). Razón por la cual, se ha acrecentado la función jurisdiccional al del TJUE de garantía de los derechos y libertades. Y en este nivel de la tutela de los derechos de los ciudadanos en los actuales 28 Estados miembros de la Unión, el incidente procesal de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) se ha consolidado como un instrumento especialmente adecuado para asegurar la observancia del Derecho de la Unión cuando éste es aplicado por las instituciones, órganos y organismos de la UE, así como también por las instituciones de los Estados.

La cuestión prejudicial ha comportado la descentralización del sistema judicial de la UE, puesto que ha atribuido a los jueces nacionales la capacidad para participar en el proceso de interpretación del Derecho Europeo a través de la remisión de las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo. En este contexto, la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión se ha descentralizado, dejándose, esencialmente, en manos de los jueces ordinarios, que actúan para ello de acuerdo con las reglas interpretativas establecidas por la jurisprudencia del TJUE.

La consecuencia en el ámbito de las poderes jurisdiccionales de los tribunales constitucionales estatales ha sido la pérdida del monopolio de control del que disponían antaño<sup>2</sup>. Y ello es especialmente relevante en materia de derechos y libertades, sobre todo en los casos en los que, sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria sea la sede natural de garantía de los derechos, sus tribunales constitucionales (en la RFA y en España) disponen de la competencia extraordinaria del recurso de amparo. En este sentido, la consecuencia de la proliferación de cuestiones prejudiciales, ha generado un cierto efecto de desplazamiento del juez constitucional nacional en su función de garante de los derechos.

No es un tema nuevo. El fundamento de esta descentralización jurisdiccional data de tiempo. A partir de la regla interpretativa que el Tribunal estableció en 1964 en su *leading case Costal/Enel* (1964) sobre la preeminencia del Derecho comunitario, es en el —también— célebre caso *Simmenthal* de 1978 cuando la construye plenamente, al negar que tribunales internos, incluidos los tribunales constitucionales, pudieran enjuiciar o dejar de aplicar normas comunitarias. Antes al contrario, el juez nacional tenía la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas y, por tanto, dejar de aplicar la norma estatal cuando ésta fuese contraria a la legislación comunitaria.

2 FERRERES COMELLA, V. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons. Madrid, 2011, p. 183.

Con esta doctrina, el Tribunal de la entonces Comunidad Económica Europea rechazaba las resistencias mostradas por los Tribunales constitucionales de Italia y de Alemania (Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 27/III/1973, Caso Frontini, y la del Tribunal de Karlsruhe en Alemania, de 29/V/1974, Caso Solange I). Porque, ambas sentencias, reservaban a los tribunales internos un último derecho de supervisión de la legislación comunitaria que resultase contraria a las Constituciones nacionales, cuando éstas ofrecían un nivel superior de protección de los derechos fundamentales.

No obstante, y precisamente en lo concerniente a la garantía de los derechos y libertades, la regla descentralizadora que se deriva de la doctrina *Simmenthal* ha sido objeto de matices al objeto de flexibilizar sus efectos sobre la actividad jurisdiccional de los jueces nacionales. Como ha puesto de relieve Sarmiento<sup>3</sup>, en este terreno el TJUE parece moverse en un registro distinto, cuando de lo que se trata es de resolver problemas de naturaleza constitucional, en el sentido de aceptar un mayor pluralismo interpretativo y por ello, en esos casos, el TJUE se decanta por no ofrecer respuestas detalladas a las cuestiones planteadas. La razón de esta posición más flexible se cifra en la convicción de que las jurisdicciones nacionales pueden encontrarse en mejores condiciones que el TJU para resolver determinados temas<sup>4</sup>.

Así, por ejemplo, éste habría ser el caso de los Tribunales constitucionales en general, y sobre todo en los casos que disponen de competencias extraordinarias en materia de derechos fundamentales a través del recurso de amparo. De esta forma, se ha sugerido que podría resultar procedente la intervención del Tribunal Constitucional español en aquellos casos que sea preciso anular una ley española a la luz del Derecho de la Unión<sup>5</sup>. Por su parte, y a este respecto, el Consejo de Estado en su informe sobre la necesidad de incorporar en una eventual reforma constitucional una cláusula sobre la integración del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico español<sup>6</sup>, ya sostuvo la conveniencia de que el Tribunal pudiese evaluar las leyes españolas también bajo el prisma de la normativa europea.

Pero es evidente que la descentralización del sistema judicial europeo ha encontrado el núcleo de mayores resistencias en los Tribunales constitucionales. Porque, en efecto, su relación con el TJUE no fue especialmente pacífica en los inicios y, si bien se ha pasado de una fase de resistencia a una nueva y más reciente

3 SARMIENTO, D. *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo para la Unión*. Civitas, Madrid, 2004, pp. 294 y ss.

4 Véase, en este sentido, el caso C-368/95, de 26 de junio de 1997 [*Bauer Verlag (Familiapress)*].

5 ALONSO GARCÍA, R. El juez español y el Derecho Comunitario. Consejo general del Poder Judicial. Madrid, 2003, pp. 53 y ss.

6 RUBIO LLORENTE, F. y ALVAREZ JUNCO, J. Eds. *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*. Consejo de Estado/CEPC. Madrid, 2006. Véase también, de forma más específica el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008.

de colaboración<sup>7</sup>, la cuestión de la posición de la jurisdicción constitucional frente al ordenamiento europeo sigue sin resolverse de manera satisfactoria.

La posición más beligerante fue la adoptada en su momento por el Tribunal Constitucional polaco en sus sentencias de 2005 sobre *la Directiva marco relativa a la euro-orden* y la relativa a la adhesión de Polonia a la Unión Europea. En Francia fue también reticente la posición mostrada por la *Cour de Cassation* en la cuestión prejudicial del caso Melki, en la que el TJUE resolvió las preguntas planteadas por el alto tribunal francés en las que se cuestionaba la compatibilidad con la cuestión prejudicial europea del TUE de la reforma constitucional de 2008 que se introdujo el procedimiento de la *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC).

Por su parte, también la *Corte Costituzionale* italiana, que si bien se había mostrado inicialmente dubitativa, al sostener la posibilidad de ser ella misma la que asumiese la descentralización que propugnaba *Sinmenthal*, no obstante, en 2008 planteó su primera cuestión prejudicial. Por su parte, la antigua *Cour d'Arbitrage* y ahora la *Cour Constitutionnelle* belga, desde 1997 se ha mostrado más predispuesta a activar el incidente procesal ante el TJUE. Y en España, el ya muy conocido asunto Melloni<sup>8</sup> ha supuesto en punto de inflexión en la ausencia de diálogo entre el Tribunal Constitucional y el TJUE.

Pues bien, que los Tribunales constitucionales de los Estados miembros no vivan al margen de ese necesario diálogo con el TJUE cobra ya un mayor relieve, teniendo en cuenta la posición institucional que ostentan como intérpretes y garantes de la Constitución. Por esta razón, que se decidan también a activar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, ha de evitar que cualquier juez ordinario —*per saltum* de la autoridad de la jurisdicción constitucional— proceda a plantearla antes de que se pronuncie el propio Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

En fin, este proceso de relaciones de diálogo entre los sistemas jurisdiccionales estatales y europeo, provocado por la extraordinaria operatividad que ha demostrado tener la cuestión prejudicial ante el TJUE, ha puesto de manifiesto, específicamente en el ámbito de la garantía de los derechos y libertades, un reparto —valga la expresión— de zonas de influencia jurisdiccional en el que está fuera de toda duda que el TJUE ha aumentado su capacidad de intervención. En las páginas que siguen se tratará de acreditar lo que se acaba de exponer, en primer lugar, en relación con dos casos todavía recientes en el panorama español que en su momento han tenido un notable impacto social; y en segundo lugar, se mostrará como *la vis expansiva* de la jurisdicción europea se ha proyectado sobre

7 SANTAMARIA DACAL, A.I. «El diálogo entre tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: resistencia, resignación, cooperación». En: *por el derecho y la libertad (Libro homenaje al profesor J.A. SANTAMARIA PASTOR (J.E. Soriano García (Dtor))*. Iustel. Madrid, 2014, pp. 103-1104.

8 STJUE de 26 de febrero de 2013 (C-399/11).

9 SANTAMARIA DACAL, *op. cit.*, p. 1104. También véase: REVENGA, M. «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)». *REDE* n.º 4. 2012.

algunas categorías de la teoría general de los derechos y sobre algunos derechos en particular.

## II. CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TJUE A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

### 1. Como muestra, dos casos promovidos por órganos jurisdiccionales españoles

El año 2016 la Unión Europea no ha sido, precisamente, uno de los más afortunados para el proceso de integración política que se inició con el Tratado de Maastricht en 1992. Ejemplos especialmente infaustos no faltan: sin duda, la cuestión de Brexit constituye un negativo punto de inflexión al respecto, al que se unen las decisiones políticas no ya euroescépticas sino claramente hostiles a la UE en Hungría y Polonia y la amenaza que en el mismo sentido se cierne sobre otros Estados miembros con el auge de la extrema derecha. Todo lo cual no hace inverosímil el riesgo de la que la UE pueda diluirse en el futuro.

Pero ello no impide que, en relación al objeto de estas notas, los ciudadanos de la Unión, desde hace ya bastante tiempo, tengan en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con sede Luxemburgo una institución de garantía de sus derechos, que ya es tan relevante como los tribunales de sus respectivos Estados. La dimensión constitucional que en cualquier caso presentan sus decisiones y en especial en lo que concierne a la garantía de sus derechos y libertades, pone de relieve la creciente y progresiva incidencia que su actividad jurisdiccional tiene no sólo sobre los ciudadanos de la UE, sino también en relación con los nacionales de terceros países que transitan por el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Y ello es así aunque sus decisiones no anulen las sentencias de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, dado el carácter interpretativo de sus sentencias para todos los Estados miembros, en aquellos ámbitos sobre los que la Unión Europea dispone de competencias.

En los últimos tiempos esta dimensión garantista de derechos del TJUE se ha acrecentado en la opinión pública española en dos casos de notable impacto social, que afectan al ámbito de los derechos laborales de los trabajadores en situación de interinidad y a los derechos de los consumidores en relación con las obligaciones que contraen frente a las entidades financieras, con ocasión de la firma de un contrato de crédito hipotecario para la adquisición de una vivienda.

Ambos contenciosos jurídicos traen causa de los efectos demoledores que la crisis económica y financiera iniciada en 2007 ha tenido, entre otros, para el derecho de al trabajo (art. 35 CE) y sobre el principio rector de la política social y económica, a partir del cual se reconocer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). La temporalidad y precariedad de los puestos de trabajo que el mercado laboral ofrece en el primer caso y las cláusulas abusivas introducidas en los contratos

de préstamo por los bancos y otras entidades financieras en el segundo, han supuesto una limitación cuando no una supresión de derechos, que han conducido a los ciudadanos a acudir a los tribunales en demanda de tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos vulnerados. Veamos en síntesis ambos casos.

En la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, en relación con la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999 (asunto C-596/14), relativa al Acuerdo marco CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y la legislación laboral española contenida en el Estatuto de los Trabajadores aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, resolvió igualar la indemnización entre trabajadores fijos y temporales (caso Ana de Diego), cuando el contrato de trabajo ha finalizado. Además de la cuestión específica relativa al principio de igualdad en el ámbito laboral que en este caso se dirimía, la sentencia ha puesto de nuevo de relieve la relevancia institucional de este órgano de justicia, como instrumento de garantía jurisdiccional de los derechos los ciudadanos de los Estados de la Unión.

El fallo del Tribunal ha dado respuesta a una cuestión prejudicial (art. 267, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), a una duda planteada en 2013 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con motivo del recurso presentado en su día por una trabajadora interina del Ministerio de Defensa por un trato que consideraba discriminatorio. La sentencia interpreta que la legislación europea contenida en la citada Directiva 1999/70/CE referida al trabajo de duración determinada, debe entenderse en el sentido de que el concepto «condiciones de trabajo», también incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de un contrato temporal. Como consecuencia de esta premisa, el Tribunal declara que la ley nacional aplicable al caso —el Estatuto de los Trabajadores— que denegaba cualquier indemnización por finalización de contrato a los trabajadores interinos, mientras que sí lo reconocía a los trabajadores fijos, resulta contraria en ese aspecto al Derecho europeo contenido en la citada Directiva de 1999.

Más allá de las cuestiones específicas del Derecho Laboral que han sido planteadas por sectores de la doctrina laboral que han suscitado la posibilidad de que del criterio de igualdad sentado por esta sentencia, se pudiese derivar un futuro aval a la opción del modelo de contrato de trabajo único<sup>10</sup>, cabe subrayar una que es previa a todas ellas. Y no es otra que la que deriva de la dimensión constitucional que presenta el tema que ha resuelto la Sala Décima del Tribunal de Luxemburgo. Porque de lo que aquí se trataba es de la garantía de un tratamiento jurídico igual a situaciones de hecho que son perfectamente equiparables, con respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores fijos y los temporales.

El principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en el derecho al trabajo, son derechos que no sólo reconoce la Constitución española (art. 14), sino

10 Así, lo denunciaba, entre otros, J. Cruz Villalón (El País, 19 de septiembre de 2016).

que también lo hace la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21), que aunque no forma parte de los Tratados se integra en el marco Derecho o fundacional europeo hoy representado por el Tratado de Lisboa<sup>11</sup>. Y el juez que vela por el respecto de esta Carta, cuando se trata de aplicar o de interpretar el Derecho de la Unión (Reglamentos, Directivas, etc.) no sólo ha de ser cualquier juez español, en su doble condición de juez nacional y de juez europeo, cuando promueve una cuestión prejudicial ante Luxemburgo, sino también el propio el Tribunal de Justicia de Unión que es quien finalmente resuelve la cuestión planteada. Y así fue en este caso, en que se trataba de dilucidar, como lo planteó en su cuestión prejudicial el Tribunal madrileño, que Luxemburgo se pronunciase sobre la interpretación el Derecho de la Unión, en este caso la Directiva relativa al trabajo temporal y si ésta avalaba la diferencia de trato entre trabajadores fijos e interinos establecida por el Estatuto de los Trabajadores. El TJUE interpretó que no.

El segundo caso ha tenido seguramente mayor impacto, por la trascendencia social y económica que desde la década pasada han tenido y sigue teniendo sobre los particulares, los efectos de la crisis sobre el acceso al mercado de la vivienda. Desde una perspectiva general, la cuestión principal objeto de controversia jurídica estos años ha sido la inclusión por las entidades financieras de cláusulas de contenido abusivo en los contratos de préstamo hipotecario en relación a las reglas sobre los intereses a pagar por el prestador del crédito.

Así en su sentencia de 14 de marzo 2013 sentenció que las normas hipotecarias españolas en los casos de desahucios de vivienda por impago del préstamo eran abusivas y no respetaban la directiva comunitaria sobre protección de los consumidores (Caso Mohamed Aziz). Ahora, de forma más específica, la cuestión controvertida planteada ante Luxemburgo, ha sido la que concierne a los efectos temporales que para los consumidores había de tener la decisión que su momento tomó el Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo<sup>12</sup> que juzgó como abusivas las llamadas cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Es decir, el tiempo a partir del cual se había de producir la restitución de las cantidades abonadas sobre la base de cláusulas contractuales, cuyo carácter abusivo ya había sido declarado por los tribunales. Porque en dicha sentencia, el Tribunal Supremo resolvió, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, limitar la eficacia temporal de su sentencia sólo a partir de la fecha de la publicación de su sentencia, declarando, a su vez, que la nulidad de las cláusulas suelo controvertidas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes del 9 de mayo de 2013, de manera que tan sólo deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a aquella fecha.

11 Diario Oficial de 26 de octubre de 2012 (DO C 326/02, 2012).

12 Reiterada en la STS 139/2015, de 25 de marzo.

Pues bien, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Gran Sala), en los asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C-308/15), el Tribunal ha resuelto sendas peticiones de decisión prejudicial (art. 267 TJUE) planteadas por el Juzgado Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, que tuvieron por objeto la interpretación, en particular de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores por las entidades financieras, Banco Popular, Cajasur Banco, S.A.U., y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria). En su decisión, el TJUE rechazó la limitación temporal que había arbitrado el Tribunal Supremo entendiendo que la misma resultaba incompatible con el Derecho de la Unión.

En efecto, en la *ratio decidendi* de su sentencia (apartados 73 a 77) el Tribunal de Luxemburgo argumentó que la jurisprudencia nacional sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación temporal de los efectos jurídicos «[...] derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva». Y para sostener esta interpretación el Tribunal se remite a lo interpretado en su sentencia de 14 de marzo de 2013, (Caso Aziz, C-415/11, EU: 2013:164) paradigmática sobre este tema.

Seguidamente, incorpora un argumento que resulta especialmente útil para para la línea argumental sostenida en esta nota: la consolidación del avance de la función jurisdiccional del TJUE sobre la que ejercen los tribunales nacionales en materia de derechos fundamentales. Así, el Tribunal introduce, como regla interpretativa general aplicada en este caso que: «{E}n tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes [los órganos judiciales españoles] están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión». En apoyo de esta interpretación el Tribunal se remite a su jurisprudencia sentada en los casos Elchinov (2010) y Ognyanov (2016).

La importancia constitucional de estas sentencias y de tantas otras que afectan a derechos de los europeos, es que a través de la cuestión prejudicial (art. 267 TJUE) planteada por los jueces nacionales, hace ya mucho tiempo que se institucionalizó una vía indirecta o incidental de garantía jurisdiccional, que progresivamente ha ido ganando terreno a los tribunales nacionales (ya sea la jurisdicción ordinaria o la constitucional) en su función de garantes de los derechos. La razón

estriba en que la integración del Derecho de la Unión en los ordenamientos jurídicos nacionales se ha acrecentado como una mancha de aceite. Buena parte de la legislación que directa o indirectamente afecta a derechos de los ciudadanos europeos procede de Bruselas y no ya solamente de sus propios parlamentos. Y es en este ámbito que el Tribunal de Luxemburgo va extendiendo su función de tutela jurisdiccional. En este contexto, el TJUE ha devenido un vehículo dinamizador del Derecho de la UE en la medida en que a través de sus decisiones ha anticipado —en ocasiones— la posterior elaboración o modificación legislativa por parte de las instituciones europeas<sup>13</sup>. En especial en lo que concierne al derecho a la igualdad y a no ser discriminado, los derechos vinculados a la ciudadanía europea, los derechos de ciudadanos procedentes de terceros países y, especialmente, los derechos del ámbito social y económico, como en los últimos meses ha ocurrido con los trabajadores con contrato temporal y los consumidores de productos financieros ofrecidos por los bancos.

## 2. El procedimiento incidental de la cuestión prejudicial: un caballo de Troya que desplaza a las jurisdicciones nacionales

El artículo 267 del TFUE establece que el TJUE: «{...} será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. [...] [...]».

A través de las cuestiones prejudiciales relativas a la validez y la interpretación del Derecho derivado de la Unión producido por sus instituciones, órganos u organismos, el TJUE ha ido construyendo una doctrina, también en materia de derechos y libertades, que progresivamente ha ido matizando o, condicionando o, incluso, desplazando en algunos aspectos a la función jurisdiccional de los tribunales nacionales. Ciertamente, no es una metáfora inadecuada afirmar que este procedimiento incidental ante el Tribunal de Luxemburgo se ha convertido en la joya de la corona<sup>14</sup>, en la medida que, además de fiscalizar el Derecho de la Unión por el monopolio que ostenta para enjuiciar la validez de sus actos como señaló en su sentencia del caso Foto-Frost<sup>15</sup>, se ha convertido también en un instrumento procesal de control indirecto de la adecuación de los Estados miembros a la legalidad europea.

Pero además, con la atribución a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), del mismo valor jurídico que los Tratados, tal como fue adaptada el 12 de

13 JIMENO BULNES, M. *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y Justicia: hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*. Comares. Granada, 2014, p. 35.

14 SARMIENTO, *op. cit.*, p. 398.

15 Caso FOTO-FROST (314/85, EU: C: 1987:452).

diciembre de 2007, la garantía jurisdiccional de los mismos que puede derivarse a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (art. 53-1 CDFUE), se convierte en un nuevo nivel de tutela para el ciudadano. Un nuevo ámbito jurisdiccional que puede desplazar a las propias jurisdicciones estatales, a través del señuelo que el incidente procesal de la cuestión prejudicial supone para la posibilidad o, en su caso, la obligación de acudir a Luxemburgo, antes de pronunciarse sobre el fondo de asunto que está enjuiciando y en el que han de aplicar no sólo el Derecho nacional sino también normas de Derecho europeo sobre derechos y libertades.

Porque, en efecto, hacer uso del incidente procesal del artículo 267 TFUE es una facultad pero, según el caso, también es concebido como una obligación para la jurisdicción nacional, que albergue dudas sobre la interpretación o la validez del Derecho europeo aplicable al caso. Es una facultad si la decisión que se tome en sede jurisdiccional estatal no sea firme, pero será una obligación si la resolución judicial, de acuerdo con las normas procesales de Derecho interno ya no es susceptible de recurso judicial. Así, por ejemplo, en relación al ordenamiento jurídico español, si la resolución judicial sólo es posible que sea recurrida a través de un procedimiento de objeto tasado y con carácter extraordinario como es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el TJUE interpreta que estos supuestos ya no es posible un ulterior recurso y, en consecuencia, queda expedita la vía de la cuestión prejudicial<sup>16</sup>.

Ahora bien, la *opa* sino hostil sí beligerante, que en términos jurisdiccionales puede constituir en ocasiones el planteamiento de la cuestión prejudicial para la propia jurisdicción estatal, queda matizada en los casos en los que resulta objetivamente innecesaria. Así, en el contexto de lo que ha dado en denominar el diálogo entre tribunales<sup>17</sup> en el sistema multinivel de garantías jurisdiccionales<sup>18</sup> (TORRES PÉREZ, 2009), tanto estatal como supraestatal, la obligación de plantear la cuestión prejudicial decae cuando la interpretación sentada por Luxemburgo en casos similares no ofrece dudas para ser aplicada al caso concreto sobre el que ha de discernir y resolver el juez nacional. En esas circunstancias, esto es, cuando efectivamente ya no hay ocasión para la controversia sobre la interpretación de la norma europea, puesta en relación con la norma estatal aplicable al caso, es cuando procede aplicar la doctrina del *acto claro* y del *acto aclarado* recogida en la sentencia del caso CILFIT. Esta regla interpretativa significa que la jurisdicción nacional de última instancia quedará exenta de promover una cuestión prejudicial cuando la correcta aplicación del Derecho de la Unión no ofrece dudas al objeto de resolver el caso específico, razón por la que «el órgano jurisdiccional nacional

16 Caso KRIZAN y otros (C-416/10, EU: C: 2013:8).

17 BUSTOS GIBBERT, R. «XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales.» REDC n.º 95, 2012.

18 TORRES PÉREZ, *op. cit.*

debe llegar a la convicción de que esta evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia»<sup>19</sup>. No obstante, en los litigios en los que lo que se dilucide no sea la interpretación sino la validez de la norma europea, habrá de ser el propio TJUE quien indefectiblemente se pronuncie al respecto y, en consecuencia, el planteamiento de la cuestión prejudicial será preceptivo dado que en estos casos reaparece el monopolio del Tribunal de Luxemburgo para decidir sobre la validez del Derecho de la Unión.

En ese diálogo inter-jurisdiccional que provoca la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad entre la norma estatal y la norma europea, el juez nacional promotor dispone de capacidad de decisión plena sobre las preguntas que tenga a bien formular al TJUE, ya sea sobre el número y el contenido de las mismas, así como también sobre la oportunidad de plantear la cuestión si se trata de un órgano judicial que no sea de última instancia. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales en España (art. 163 CE y 35 a 37 LOTC) donde la negativa del juez a plantearla no equivale *ipso facto* a la vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE)<sup>20</sup>, en el caso europeo es preciso diferenciar entre los supuestos en los que la cuestión prejudicial es una facultad del órgano judicial y aquellos otros en los que es una obligación. Sólo en estos últimos es cuando la negativa del juez o tribunal nacional a plantearla podrá dar lugar a una reacción procesal para atacarla. En este sentido, el TJUE ha admitido la posibilidad de combatir esta infracción a través del recurso por incumplimiento contra el Estado cuyo órgano jurisdiccional se muestre renuente en plantearla (Caso Comisión/Italia)<sup>21</sup>.

La funcionalidad de dicho diálogo entre tribunales ha de fundamentarse en la buena argumentación que acompañe el juez nacional a las preguntas que decida renviar al TJUE. Y es aquí donde su función, a su vez, de juez comunitario<sup>22</sup> puede cobrar una especial relevancia para interpretar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución nacional a la luz del Derecho europeo, tanto en relación a la Carta como, por supuesto, también con respecto al Derecho Convencional del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH). Para ello ha de superar los criterios jurisprudenciales establecidos por la jurisprudencia de Luxemburgo. Siguiendo la sistematización aportada por SARMIENTO<sup>23</sup>, la cuestión prejudicial ha de tener una relación evidente con el objeto de la controversia en el procedimiento principal (caso BOSMAN)<sup>24</sup>; ha de afectar a la interpretación

19 Caso CILFILT (283/81, EU:C:1982:335).

20 Por todas, la STC 139/1994, de 9 de mayo.

21 Caso COMISIÓN/ITALIA (C-129/00, EU: C: 2003:656).

22 RUIZ-JARABO COLOMER, D. El juez nacional como juez comunitario, Fundación Universidad Empresa, (Cuadernos de Estudios Europeos). Civitas, Madrid, 1993.

23 *Op. cit.* p.408.

24 Caso BOSMAN (C.415/93, EU:C:1995:463).

o a la validez del Derecho de la Unión (caso GUIMONT)<sup>25</sup>; deberá contener todos los elementos de hecho y de Derecho precisos para que el TJUE aporte una respuesta útil (caso COLONIA VERSICHERUNG)<sup>26</sup>; ha de promoverse en el marco de un verdadero litigio ante el órgano jurisdiccional nacional (caso FOGLIA/NOVELLO)<sup>27</sup> y finalmente, la cuestión prejudicial, para ser admitida, no permite plantear una cuestión de validez cuando el recurrente sea un particular que disponiendo de legitimación activa para recurrir directamente el acto ante los tribunales de la Unión no lo ha hecho en el plazo prescrito (caso TMK EUROPE)<sup>28</sup>.

### 3. La legitimidad de las dudas de los órganos jurisdiccionales españoles

En los dos casos evocados anteriormente sobre cuestiones prejudiciales remitidas al Tribunal de Luxemburgo por órganos jurisdiccionales españoles, el pronunciamiento del TJUE reforzó, sin duda, la legitimidad de las dudas planteadas respectivamente por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el caso de los trabajadores interinos y del Juzgado Mercantil n.º 1 de Granada y de la Audiencia Provincial de Alicante, como también en el caso de las cláusulas abusivas de los contratos hipotecarios sobre la interpretación de la disposiciones europeas objeto de la controversia ante estas jurisdicciones nacionales. La razón es evidente: en ambos supuestos el Tribunal interpretó que la legislación española aplicable no era compatible con el Derecho europeo.

En los dos casos, y como ya es habitual en sus respuestas a las cuestiones formuladas por los jueces nacionales, lo hizo a través de la delicada fórmula de poner siempre como primera referencia la norma europea invocada y su relación con la norma nacional de la que se duda de adecuación al Derecho de la UE. Así, por ejemplo, en el caso de los trabajadores de la Administración pública en situación de interinos, en su segunda conclusión, la Sala Décima del Tribunal decidió en los siguientes términos:

*«La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal (el Estatuto de los Trabajadores), que deniega cualquier indemnización por finalización de tal indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que*

25 Caso GUIMONT (C-448/98, EU:C:2000:663).

26 Caso COLONIA VERSICHERUNG (C-422/98, EU:C:1999:113).

27 Caso FOGLIA/NOVELLO (244/80, EU:C: 1981:302).

28 Caso TMK EUROPE (C.143/14, EU:C: 2015:236).

permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización»<sup>29</sup>.

Y en la cuestión suscitada por las cláusulas abusivas en contratos hipotecarios la técnica empleada fue la misma. Así, en su conclusión única, la Gran Sala del Tribunal declara que:

*«El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional (la STS de 241/2013, de 9 de mayo) que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión»<sup>30</sup>.*

En ambos casos y en tantos otros que el TJUE resuelve la cuestión prejudicial que le ha sido reenviada por el juez nacional, se pone de manifiesto una cierta mutación experimentada en la aplicación del procedimiento incidental. Porque, en principio, podía suponerse que la interpretación del sentido literal de dicho precepto se había de constreñir a un pronunciamiento sobre el Derecho derivado europeo, esto es, sobre la validez o la interpretación de las disposiciones de la Unión, excluyendo toda consideración acerca del Derecho nacional vinculado. Pero si ello hubiese sido así, la función de control de legalidad del Derecho nacional respecto del Derecho europeo que se deriva del procedimiento prejudicial hubiese quedado muy diluida.

Por eso, en la mayoría de los casos el procedimiento del artículo 267 TFUE se plantea como un juicio de contraste *prima facie*, entre la norma europea y la norma nacional, de tal manera que como con acierto se ha señalado<sup>31</sup> el Tribunal «[...] reformula hábilmente su respuesta, cuidándose de articularla como una cuestión de interpretación, pero al mismo tiempo formula un juicio sobre la legalidad de la norma nacional cuestionada». Y en esa función jurisdiccional de contraste, que no siempre resulta inevitable, aparece en escena el TJUE, como un caballo de Troya dispuesto a intervenir. A veces de forma razonable y necesaria y en otras, de manera perfectamente evitable, si los órganos de las jurisdicciones nacionales hubiesen actuado de un modo más diligente en los términos que exige el derecho a la tutela

29 El subrayado es mío.

30 El subrayado es mío.

31 SARMIENTO, 2016, p. 398.

judicial que deben proporcionar al recurrente, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de Luxemburgo.

Los dos casos expuestos protagonizados por la jurisdicción española que se han expuesto *supra*, especialmente el referido a los trabajadores interinos, e indirectamente también el segundo, ponen de manifiesto que la intervención del TJUE no hubiera tenido necesariamente que producirse. Y si lo ha hecho, ha sido para garantizar unos derechos que la jurisdicción española no ha tutelado o lo ha hecho de forma insuficiente. Veámoslo.

En el primer caso, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid respecto del tratamiento diferenciado dado por la legislación laboral a los trabajadores interinos de la Administración pública, había suficientes indicios racionales para sostener que podía resultar discriminatorio. La denegación de la indemnización por finalización de contrato al interino y, en sentido inverso, la concesión de la misma al trabajador fijo no parece que pudiese justificarse en situaciones de hecho muy distintas o no equivalentes entre ambos supuestos, y cuyas diferencias tuviese suficiente relevancia como para ser merecedoras de un tratamiento jurídico distinto<sup>32</sup>. En este sentido, tomando como referencia la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y de prohibición de la discriminación (art. 14 CE), el problema podría haber sido resuelto en sede jurisdiccional española<sup>33</sup> y sin necesidad de plantear ni la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional ni tampoco la cuestión prejudicial ante Luxemburgo. La solución más inmediata y materialmente garantista hubiese sido inaplicar el Estatuto de los Trabajadores para esta cuestión específica, y sí —por el contrario— el Derecho de la Unión, en este caso representado por la Directiva 1999/70/CE referida al trabajo de duración determinada. Claro que lo más seguro pero con mayor dilación en el tiempo —como así fue— era formular la cuestión prejudicial por los efectos *erga omnes* de la sentencia.

Una solución alternativa a la descrita es la que propone, incluso, la presentación de forma simultánea de la cuestión prejudicial ante Luxemburgo y la cuestión de inconstitucionalidad en Doménico Scarlatti<sup>34</sup>.

En el segundo caso, parece evidente que la respuesta dada por el Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013 a la existencia de las cláusulas abusivas fue

32 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «Comentario al artículo 14 CE», M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER. Comentarios a la Constitución española XXX Aniversario. Fundación Wolters Kluwer. Madrid, 2009, p. 282.

33 El principio de igualdad prohíbe al legislador: «[...] configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se de trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran, en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria (STC 144/1988, de 12 de julio)».

34 CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J.L. «La cuestión entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad». Revista de Derecho Comunitario Europeo. Madrid. 2015, pp. 173-194.

notoriamente insuficiente, si de lo que se trataba era de proporcionar la debida protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores de productos financieros, por la limitación temporal de los efectos de la sentencia. Una limitación adoptada —quizás— en base a una jurisprudencia empírica, y con la vista puesta en el monto económico que podía suponer para las entidades bancarias y para el sistema económico en general, la devolución íntegra de las cantidades percibidas de forma ilegal.

Sea como fuere, lo relevante en términos jurídicos fue que la decisión del alto Tribunal no valoró en su justa medida el alcance de la legislación española al respecto. Tanto el artículo 1303 del Código Civil y siguientes, relativos a la restitución de las cosas que hubiesen sido materia de un contrato, cuando ha sido declarada la nulidad de una obligación; como también —y especialmente— de la legislación sectorial sobre la materia. Esto es, de la legislación sobre consumidores contenida en la *Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios* y otras leyes complementarias, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, cuyo artículo 83 prescribe que «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*»<sup>35</sup>. Por tanto, con este marco legal, el Tribunal Supremo disponía de buenas razones para ir más lejos de lo que fue y evitar que el TJUE, el nuevo caballo de Troya jurisdiccional, le pudiese enmendar la plana, como así fue.

### III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES<sup>36</sup>

#### 1. Sobre la teoría general

Con la entrada en vigor de la CDFUE el TJUE se ha visto impelido a examinar con mayor precisión aspectos capitales relativos a la teoría general de los derechos. La suma de cuestiones prejudiciales que le son planteadas por las jurisdicciones nacionales son, por así decir, un campo inagotable de trabajo para examinar aspectos que conciernen a la estructura normativa de los derechos en el ámbito de la Unión como, por ejemplo, son los relacionados con la titularidad activa y pasiva de los derechos; su eventual eficacia en las relaciones *interprivatos*, los límites a su ejercicio o los niveles de protección o garantía de la que gozan y su articulación en un sistema multinivel.

35 Y añade que: «[...] A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

36 Para las referencias jurisprudenciales en este trabajo, en buena parte de las que aparecen citadas he utilizado el espléndido manual del profesor Daniel Sarmiento, *El derecho de la Unión Europa*, citado *supra*.

- En relación a la *titularidad*, el examen de la Carta conduce a identificar los derechos que corresponden a las personas físicas: los derechos de ciudadanía, de los trabajadores, de los menores, de las personas mayores y de aquellas que tienen alguna discapacidad. Asimismo, y aunque la Carta no se refiere expresamente a las personas jurídicas, sí lo hace la jurisprudencia del TJUE a las que<sup>37</sup> ha reconocido derechos a la vida privada<sup>38</sup>, a la propiedad<sup>39</sup>, a la libertad de empresa<sup>40</sup>, la libertad de información<sup>41</sup>, el derecho a la acción colectiva<sup>42</sup>, el derecho a la buena administración<sup>43</sup> y, asimismo, los derechos procesales vinculados a la tutela judicial<sup>44</sup>.
- En cuanto a *los sujetos pasivos o destinatarios* de los derechos reconocidos en la Carta, ésta se refiere a «las instituciones, órganos y organismos de la Unión» pero «únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión». (art. 51.1 CE). Para la interpretación de este precepto relativo al ámbito subjetivo de la Carta, el TJUE ha entendido, no obstante el carácter amplio del enunciado, que no todos los órganos o ámbitos de actuación de la Unión están sometidos a la Carta. Éste fue el caso de la decisión de los Estados miembros en los momentos más agudos de la crisis económica y financiera de la pasada década, de crear el llamado *Mecanismo Europeo de Estabilidad* (MEDE), al considerar, de manera hartamente controvertida, que este instrumento no formaba parte del conjunto de organismos de la Unión<sup>45</sup>. Lo cual contrasta con el criterio sostenido en relación al ámbito material de aplicación de los derechos, que en el *leading case* sobre esta materia, el TJUE había considerado que «[...] no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales [...]»<sup>46</sup>.
- Acerca de una cuestión tan relevante para los derechos y libertades como es su *eficacia frente a terceros* o en *las relaciones inter-privatas*, el TJUE no desconoce el problema. Precisamente porque sería absurdo que, por ejemplo, en las relaciones que las grandes corporaciones empresariales mantienen con otras entidades privadas, así como los profesionales que en ellas prestan sus servicios, los derechos reconocidos en la Carta quedasen ausentes. Desde luego, no es un tema nuevo para la teoría general de los derechos y libertades en el Estado democrático. La jurisprudencia del Tribunal no

37 SARMIENTO, *op. cit.* p. 189.

38 Caso SCHECKE (C-92/09, EU: C:2010:662).

39 Caso PROMUSICAE (C-275, EU:C:2008:54).

40 Caso ALEMÓN-HERRÓN (C-426/11, EU:C:2013:521).

41 Caso ERT (C-426/11, EU: 1991:254).

42 Caso VIKING Y LAVAL ERT (260/89, EU:1991:254).

43 Caso IMPRESA PIZZAROTTI (C-213/13, EU: C:2014:2067).

44 Caso HÖFNER (41/90, EU:C:1991:161).

45 Caso PRINGLE (C-370/12, EU:C: 2012:756).

46 Caso AKERBERG FRANSSON (617/10, EU:C:2013:105).

- rechaza la aplicación de los derechos en ese terreno pero la limita a la naturaleza de cada derecho fundamental. Así, por ejemplo, es admitida en el ámbito de los derechos del ámbito laboral (en casos de discriminación por razón de sexo)<sup>47</sup>.
- En lo que respecta al establecimiento de límites a los derechos reconocidos y la correspondiente aplicación del criterio de proporcionalidad, a los que se refiere el artículo 52.1 de la Carta, la licitud de las limitaciones introducidas, de acuerdo con los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TEDH, a la que el TJUE se acoge, ha de basarse en que sean establecidas por ley, respeten el contenido esencial y apliquen en principio de proporcionalidad sobre la idoneidad y necesidad de la medida restrictiva<sup>48</sup>.
  - En relación a la cuestión decisiva y a la vez compleja de un sistema de plural de garantía jurisdiccional, como es la relativa al nivel de protección de los derechos reconocidos en la Carta (art. 53)<sup>49</sup>, el TJUE ha afrontado el problema con resultados diversos. Sin duda, no es una cuestión sencilla de afrontar la concurrencia y la dificultosa articulación de los niveles de garantía de este tenor<sup>50</sup>, y a la que de forma harto descriptiva se refería el ex Abogado general del Tribunal, Cruz Villalón como una casa muy concurrida o abarrotada (*crowded*)<sup>51</sup>. Pues bien, en síntesis, la posición del Tribunal ante las numerosas cuestiones prejudiciales que le han sido suscitadas sobre este espinoso tema ha sido la que sigue. En primer lugar, en relación al CEDH, el Tribunal de Luxemburgo ha seguido la estela marcada por el Tribunal de Estrasburgo cuando éste ha acrecentado el nivel de protección de un derecho en particular, por ejemplo en relación a la protección de la *privacy* y el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>52</sup>.
  - Y seguidamente, con respecto al nivel de protección proporcionado por las Constituciones nacionales, el TJUE ha establecido su doctrina en las sentencias de los casos Melloni<sup>53</sup> y en la ya citada Akenberg Fransson, diferenciando entre las situaciones que no vienen determinadas por el Derecho de

47 Caso DEFRENNE (43/75, EU:C: 1976:56).

48 Caso SKY ÖSTERREICH (C-283/11, EU:C: 2013:28).

49 Art. 53: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

50 MUÑOZ MACHADO, S. «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid 2015, pp. 195-230.

51 P. CRUZ VILLALÓN, «Rights in Europe: The Crowded House». *Working Papers in European Law* 01/2012. King's College. London.

52 Caso ROQUETTE FRÈRES (C-94/00. EU: C:2002:603).

53 Caso MELLONI (C-399/11, EU:C:2013:107).

la Unión, de aquellas otras que sí lo están. Con respecto a las primeras, en las que el Estado miembro dispone de un margen de decisión discrecional, el juez nacional podrá optar entre el nivel de protección garantizado por la Carta o por su propia Constitución. Ahora bien, ello no siempre es así: bien, porque la Carta ofrece un nivel de garantía superior a la propia Constitución y, por tanto, debe ser aplicada; o cuando la aplicación de la Carta afecta a la primacía del Derecho de la Unión, circunstancia que también obliga a su aplicación. En relación a la segunda situación, esto es cuando el Estado carece de margen de decisión porque la situación viene reglada por el Derecho de la Unión, la Carta se impone a las previsiones en materia de derechos que la Constitución establezca, aunque ésta ofrezca un nivel superior de garantía. Esta ha sido la solución que estableció la sentencia del caso Melloni respecto del ordenamiento constitucional español, solución que no excluye —como advierte ALONSO GARCÍA<sup>54</sup>— una complicada digestión por los más Altos Tribunales nacionales, si la el TJUE «[...] *no hace uso de las misma con mucho esmero, evitando ningunear los catálogos internos de derechos fundamentales por mor de un entendimiento omnímodo de los estándares europeos de protección, incluso si configurados a la baja, amparando por la cobertura última del «efecto útil» del Derecho de la Unión».*

## 2. Sobre algunos derechos en particular

Se evocan aquí algunos casos de referencia, entre la pléyade de decisiones del Tribunal de Luxemburgo en materia de derechos

— *Sobre el derecho de asilo.* En estos últimos tiempos, impactados por el drama de los refugiados y la contrastada inoperancia de las instituciones europeas para hacerle frente, el Tribunal ha abordado, sin embargo, las cuestiones que se derivan del contenido de algunos derechos de los ciudadanos de terceros Estados en el territorio de los Estados de la UE. Así lo ha hecho, por ejemplo, sobre del alcance de la protección subsidiaria dispensada a un solicitante de asilo.

De acuerdo con el artículo 2 e), de la *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*, la persona con derecho a protección subsidiaria es el «*nacional de un tercer país o apátrida que no*

<sup>54</sup> ALONSO GARCÍA, E. (2014). El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, p. 116.

*reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves {...}*», que son definidos en el artículo 15 de esta Directiva (pena de muerte, tortura, amenazas, etc.). Pues bien, en la petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal de Irlanda, en el Asunto C-429/15 (Evelyn Danka c/. The Minister for Justice and Equality, Ireland, Attorney General), las conclusiones del Abogado General Ives Bot presentadas el 29 de junio de 2016 en el litigio planteado por esta ciudadana de Ghana, determinaron que corresponde al órgano judicial irlandés apreciar «*si a la interesada se le dio la oportunidad de ejercer sus derechos de modo efectivo teniendo en cuenta, en particular, las condiciones en las que se le notificó la denegación del estatuto del refugiado*». En consecuencia, la posición del Abogado General remite a las autoridades irlandesas la carga de la prueba acerca de la corrección de la atención recibida por esta ciudadana africana en su solicitud de protección subsidiaria en los términos que ésta es definida por la Directiva 2004/83/CE.

También lo ha hecho en relación a los *de la concesión del permiso de residencia y la expulsión del territorio por delitos de terrorismo de los apátridas y refugiados*. En la STJUE de 24 de junio de 2015 (Sala 1.<sup>a</sup>) trata de la cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, relativa a la situación a un ciudadano de origen kurdo, militante del PKK, el Partido de los Trabajadores del Kurdistan y con permiso de residencia indefinida en Alemania, al que posteriormente le es revocado a causa de su participación en la recogida de donativos para la causa política de dicha formación. El PKK es considerado como una asociación terrorista inscrita en la lista anexa a la posición común 2001/1931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001 (LC Eur 2001, 4603).

En su respuesta a la cuestión planteada, el TJUE admite un criterio interpretativo muy expansivo de lo que eventualmente pueda suponer una amenaza para la seguridad, al considerar que el apoyo —en este caso recaudar fondos para la organización, «*{...} puede constituir “uno de los motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público” en el sentido del artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2004/83/, incluso si no concurren las condiciones previstas por el artículo 21, ap. 2*». Es decir, incluso cuando no esté prohibido por las obligaciones internacionales de «no devolución» que vinculan al Estado alemán, éste pueda devolver a un refugiado, reconocido formalmente o no, si existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra, o haya sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad y por esta razón constituya un peligro para la seguridad.

A partir de esta interpretación ciertamente expansiva acerca de las potestades de los Estados miembros sobre la revocación de un permiso de residencia, que a buen seguro no han de ser resultar inocuas para a quien van dirigidas, el Tribunal de Luxemburgo remite a los tribunales nacionales la ponderación de las circunstancias específicas que rodean a cada caso. En este sentido, interpreta que a pesar de este tipo de apoyo a la organización calificada como terrorista «[...] *las autoridades competentes están obligadas no obstante a llevar a cabo, bajo el control de los tribunales nacionales, una apreciación individual de los aspectos de hecho específicos de las acciones de asociación así como del refugiado afectados*». Además introduce un límite más preciso y, de mayor carga garantista de los derechos del refugiado al afirmar que: «[C]uando un Estado miembro decide expulsar a un refugiado cuyo permiso de residencia se ha revocado pero suspende la ejecución de esa decisión, es incompatible con la referida Directiva [la Directiva 2004/83/CE, sobre los refugiados y los apátridas] privarle del acceso a los beneficios garantizados por el capítulo VII de ésta, a menos que sea aplicable una excepción expresamente prevista por la misma Directiva». Ello significa que mientras que la medida cautelar de suspensión de la revocación se mantenga, al refugiado le asisten todas las prestaciones que se derivan de la protección internacional (protección contra la devolución, mantenimiento de la unidad familiar, documentos de viaje, acceso al empleo, educación, a la asistencia social y sanitaria, etc.).

- *El derecho a la igualdad y a no ser discriminado*<sup>55</sup>. El asunto C-43-75, *Defrenne II*, resuelto en la STJCEE de 8 de abril de 1976, aunque antiguo es especialmente significativo para la protección del derecho a la igualdad frente a los actos discriminatorios. Una azafata de la compañía aérea SABENA solicitó una compensación económica por la discriminación padecida en razón de su sexo, al haber recibido un salario inferior al percibido por los hombres para idéntico trabajo. El Tribunal, en su sentencia, que se remitía a otra anterior por la que resolvió una cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Travail* de Bruselas, con relación el antiguo artículo 119 del TCEE (actual 157 TFUE), declaró que este precepto estaba dotado de efecto directo y vincula a toda autoridad pública. Dicho precepto imponía a los Estados una obligación de resultado que debía cumplirse de forma imperativa en un plazo determinado. Y, además, la eficacia del citado precepto no podía verse afectada por el hecho de que algunos Estados miembros no hayan adoptado no hayan adaptado su legislación al respecto para evitar discriminaciones de esta naturaleza.

<sup>55</sup> A partir de aquí, se siguen los datos aportados por el trabajo de: UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y BENGOTXEA CABALLERO, X.R. «Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 33, Madrid, pp. 443-480, en los que se recogen algunos *leading case* y su evolución posterior en la jurisprudencia más reciente.

En un contexto material distinto, el Tribunal también se ha pronunciado sobre el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad (Asunto 184/99. Rudy Grzelczyk y Centre Public D'aide Sociale de Ottignies-Louvain-La Neuve, en la STJCE, de 20 de septiembre de 2001.

— *El derecho a la tutela judicial.*

En el asunto C-222-84, M. Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, el Tribunal, en su Sentencia de 15 de mayo de 1986 estableció que el derecho a la tutela judicial efectiva es la «*expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*». Acorde con este principio general, «[...] *corresponde a los miembros garantizar un control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho comunitario y las de la legislación nacional* [...]».

— *Sobre el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.*

En este caso, la cuestión prejudicial remitida al Tribunal planteaba cuestiones relativas al alcance de las medidas de huelga adoptadas por un sindicato, en relación al derecho a la libre circulación y sobre el efecto del artículo 49 del TFUE (derecho de establecimiento), así como también acerca de la existencia de restricciones a la libre circulación, los derechos de establecimiento y de prestación de servicios y la justificación de las medidas. En su STJUE, en el Asunto C-438-05, INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS y FINNISH SEAMANS' UNION V VIKING LINE ABP y OÜ VIKIN LINE E) decidió que la conducta del sindicato de adoptar una medida de conflicto colectivo contra una empresa, a fin de forzar la firma de un convenio colectivo cuyo contenido podía disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento, entraba dentro de la aplicación del artículo 49 TFUE. No obstante, la cuestión subsiguiente que se plantea es dónde queda el contenido del derecho de huelga en este caso.

En fin resulta del todo evidente que la incidencia del procedimiento de la cuestión prejudicial sobre los derechos y libertades ha sido y es una vía para construir una doctrina jurisprudencial sobre un parte importante de los derechos y libertades reconocidos previamente por las Constituciones nacionales. En aquellos sistemas como el alemán o el español dotados además de la garantía extraordinaria del recurso de amparo, el incidente procesal europeo constituye un reto, por las posibilidades que se abren para que la tutela de un derecho fundamental sea garantizada con mayor premura ante el TJUE que ante la jurisdicción ordinaria o ante el propio Tribunal Constitucional, que en ese caso quedaría desplazado. Por esta razón, seguramente no sea osado afirmar que el amparo constitucional ya no es lo que era.

En todo caso, una forma de afrontar el reto es la que ofrece la reforma del recurso de amparo por la Ley Orgánica 6/2007 y la interpretación jurisprudencial del trámite de admisión vinculado a la cláusula de la «especial trascendencia

constitucional», a través de las reglas que le permiten, excepcionalmente, admitir una demanda de amparo cuando aparezca una faceta nueva de un derecho, o nuevas circunstancias que le inciten para aclarar o modificar la doctrina constitucional o para la aplicar disposiciones generales<sup>56</sup>.

\*\*\*

TITLE: *About the Luxembourg Court and the guarantee of fundamental rights*

ABSTRACT: *The question referred for a preliminary ruling has become an instrument for the participation of national judges in the interpretation of European Union law. For its part, the Court of Justice of the Union has extended its jurisdictional power over the protection of fundamental rights and, to a certain extent, has displaced the constitutional courts.*

RESUMEN: *La cuestión prejudicial se ha convertido en un instrumento para la participación de los jueces nacionales en la interpretación del Derecho de la Unión Europea. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión ha extendido su poder jurisdiccional sobre la tutela derechos fundamentales y, en cierto modo, ha desplazado a los tribunales constitucionales.*

KEY WORDS: *Preliminary ruling, Fundamental Rights, Court of Justice of the European Union, Guarantee of fundamental rights.*

PALABRAS CLAVE: *Cuestión prejudicial, Derechos Fundamentales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tutela judicial.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 20.12.2016

FECHA DE ACEPTACIÓN: 01.02.2017

<sup>56</sup> ARROYO JIMÉNEZ, L. *Empatía constitucional. Derecho de la Unión europea y Constitución española*. Marcial Pons. Madrid, 2016, p. 123.