

EL ANHELADO PLURALISMO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO FRENTE A LA SUPERIORIDAD NORMATIVA DE LAS CONSTITUCIONES DE CADA ESTADO: LA PROTECCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano¹

1.- INTRODUCCIÓN

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar la manera en que los derechos fundamentales son protegidos en el ámbito europeo, motivo por el cual se han implementado diversos planos de tutela a partir del criterio de la competencia.

De esta forma, en la actualidad es posible encontrar una primera dimensión de tutela de los derechos fundamentales a lo interno de cada Estado (donde normalmente son defendidos no sólo en las Jurisdicciones ordinarias, sino también por los órganos especializados a los cuales se ha encomendado, con carácter de monopolio, la defensa de la Constitución frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos, así como la interpretación última del Texto Fundamental).

Otra dimensión sería encontrada en el plano “supranacional”, a través de la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la

emisión posterior de diversos instrumentos encaminados hacia la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del Tratado de Lisboa, que recientemente ha entrado en vigencia y, finalmente, en el plano internacional, mediante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien se ha encomendado la salvaguarda del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, así como de sus protocolos.

Sobre lo anterior, es particularmente relevante la manera en que se ha producido la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito “supranacional” del derecho comunitario, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la cual se ha desarrollado el carácter de primacía que ostenta esa normativa, en su ámbito de competencia, por sobre las disposiciones de cada Estado miembro. A partir de ese desarrollo jurisprudencial, así como por el contenido de la normativa emitida por la Unión, mucho se

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

discute sobre la existencia de un pluralismo constitucional en el ámbito europeo, como antecedente de la conformación de un Estado Federal Europeo.

Es claro, asimismo, que las ideas relativas al carácter de primacía del derecho comunitario (y a la conformación de un Estado supra-constitucional Europeo) podrían colisionar con la superioridad normativa de sendas Constituciones (y a la noción tradicional de la soberanía) la cual ciertamente ostenta un lugar privilegiado en la cúspide del ordenamiento jurídico. No puede ser distinta la noción que se tiene sobre el carácter privilegiado de las Constituciones (como manifestación última, legítima y soberana de cada Estado), si se tienen en consideración los aportes doctrinales y jurisprudenciales que a la fecha existen sobre tales caracteres de los preceptos constitucionales.

También es evidente que esta superioridad normativa de las Constituciones es mayoritariamente defendida en el ámbito europeo, por los órganos a los cuales se ha atribuido las funciones relativas a la Justicia Constitucional, es decir, quienes poseen la facultad de expulsar del ordenamiento jurídico todas aquellas disposiciones que no se adecuan al Derecho de la Constitución.

En este sentido será explicada la manera en que la aludida superioridad normativa ha sido defendida, en concreto y en una clara manifestación de soberanía, ante la pretensión de otorgar un carácter primario al derecho comunitario, en las conocidas decisiones del Tribunal Constitucional Español (Declaración 1/2004, de 13

de diciembre de 2004) y del Tribunal Constitucional Federal Alemán (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009), las cuales claramente han delimitado el ámbito de alcance del derecho comunitario frente a las competencias que son exclusivas de los Estados ¿Quién entonces tiene la llave o la última palabra en la configuración de ese anhelado pluralismo constitucional? Una respuesta a esta interrogante se intentará en estas líneas.

2.- LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

Como se expuso con toda claridad en la sentencia recientemente emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, "*the entry into force of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community from the year 1951 (Federal Law Gazette 1952 II p. 445), which had been signed in Paris, initiated the process of European integration*"².

Desde ahí, y a partir de los criterios sostenidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos "*Van Gend & Loos (1963)* y "*Flaminio Costa (1964)*" es claro que la comunidad luego se constituyó como un nuevo ordenamiento jurídico (distinto) del Derecho Internacional, a favor del cual los Estados han cedido ciertamente parte de su soberanía (aunque en un sentido restringido) y cuyos sujetos no sólo lo constituyen sus Estados miembros, sino también su ciudadanos. Dicha comunidad, según se

² Véase sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009

indicó en la segunda decisión aludida, tiene instituciones propias, de personalidad y de capacidad jurídica, motivo por el cual también ostenta representación internacional.

Pero este derecho comunitario ha sido investido de varios principios que regulan las interacciones entre la comunidad, los Estados miembros y los ciudadanos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el contenido de posteriores instrumentos que se han celebrado en el marco de la unión: entre ellos, los principios de primacía y eficacia directa del ordenamiento comunitario, de responsabilidad de los Estados miembros frente a los ciudadanos por los daños y perjuicios derivados de las infracciones del derecho comunitario, la atribución limitada de competencias de los Estados miembros de la comunidad, el principio de subsidiariedad y proporcionalidad³. Sobre el particular, y si bien no es el propósito de estas notas desarrollar el contenido y los alcances de cada uno de estos, sí se debe advertir que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha facilitado la integración económica entre los Estados miembros, motivo por el cual ha aplicado la normativa comunitaria por sobre las disposiciones del derecho interno que se le oponen, siempre que se trate de asuntos cuya competencia ha sido atribuida por los Estados a la unión.

De este modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto “*Internationale Handelsgesellschaft*”, sentencia de 17 de diciembre de 1970, señaló:

“Considerando que el recurso a normas o conceptos jurídicos del derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto, menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho Comunitario”, y “que la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho Comunitario; que, en efecto, al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma”.

De otro lado, en el caso “*Simmenthal*”, por medio de la sentencia de 9 de marzo de 1978 ese Órgano Jurisdiccional dispuso:

“que a mayor abundamiento, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también –en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros–, impedir la formación válida de nuevos actos

³ Ver Alonso García, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y Jurisprudencia*, Tercera Edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, págs. 17-22.

legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias”.

Con lo que es innegable la obligación de los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros de la unión, en caso de discrepancia entre las disposiciones del derecho comunitario y del derecho interno de cada Estado, si se trata de asuntos que han sido atribuidos por los Estados a la unión, de hacer prevalecer las disposiciones del derecho comunitario por las de derecho interno. Lo anterior, precisamente en aplicación del principio de primacía que informa el ordenamiento jurídico comunitario.

Tal desarrollo del principio de primacía del derecho comunitario, aunado al contenido de diversos convenios y tratados que han celebrado los Estados miembros (entre ellos el más reciente el Tratado de Lisboa que entró en vigencia el pasado 1° de diciembre de 2009), ha servido a algún sector de la doctrina para defender, como antecedente de un futuro Estado Federal Europeo, la existencia de un proceso gradual, experimental, y en incremento; es decir un proceso de constitucionalización equivalente a un proceso constituyente y actos constituyentes.

De este modo el pluralismo constitucional es planteado en el ámbito europeo (luego de haber sido despojada la noción de soberanía de los Estados miembros de cualquier utilidad o contenido, a partir de las competencias que han sido transferidas a la denominada “ComUnión europea”) como el equilibrio entre el derecho único y el derecho (objetivo) de las diversidades y el derecho (subjeto) a la diversidad (entiéndase, a la identidad constitucional nacional): lo cual

es un equilibrio ya experimentado en los Estados miembros desde las identidades de los particulares hasta las de los grupos minoritarios (minorías lingüísticas y religiosas).

Dicho pluralismo entonces se halla en las fuentes y en los presupuestos de aplicación, por un lado, materiales del derecho comunitario y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por otro, de índole procesal, que puede ser hallado tanto en el Convenio Europeo y la competencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Lo anterior, justamente luego de haberse concluido acerca de la inutilidad de la noción de la soberanía, la cual de acuerdo con esta visión ha sido despojada de todo contenido ¿Pero será posible acaso que la soberanía de cada estado no se haya manifestado en los actos por los cuales se ha logrado la aprobación y entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, por ejemplo? ¿No serán en el caso que nos ocupa las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Constitucional Español un ejercicio específico del poder soberano de cada Estado para delimitar las competencias de la unión, y declarar la existencia de otras que ciertamente están excluidas del derecho comunitario y en las cuales rige en todos sus alcances el principio de supremacía de la Constitución? ¿Quién tiene entonces (se repite la pregunta) la llave o la última palabra en la configuración de ese anhelado pluralismo constitucional?

Todas estas cuestiones serán desarrolladas de seguido, luego de analizar las implicaciones del principio de supremacía de la Constitución, que explica cuáles son

los alcances del reconocimiento del Texto Fundamental como norma jurídica dotada de plena normatividad, situada en la cúspide del ordenamiento jurídico.

3.- LA SUPREMACÍA NORMATIVA DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL ÁMBITO EUROPEO

De acuerdo con Konrad HESSE, el derecho constitucional (la Constitución) se encuentra en una situación de supremacía con respecto de todo el ordenamiento, en cuanto constituye un orden jurídico fundamental de la comunidad. Por este motivo, la Constitución no puede ser derogada ni reformada por leyes ordinarias (en atención del principio de rigidez constitucional), ni tampoco pueden ser contrariadas sus disposiciones por cualquier otro acto de los poderes públicos, tampoco el legislativo, quienes se hayan vinculados por la Norma Fundamental⁴. Así, en el sistema alemán, el principio de supremacía de la Constitución puede ser inferido del contenido de los artículos 20.3 y 1.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana⁵.

De este modo, y en el ámbito singular de los derechos fundamentales, Otto BACHOF explica el cambio de perspectiva que suponen las fórmulas contempladas en la Ley Fundamental por sobre la Constitución de Weimar, lo que ha sido mencionado de una manera tópica y, algo exagerada, por parte de Hebert KRÜGER, de la siguiente manera:

“antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”⁶.

Lo anterior, teniéndose en consideración los alcances del principio de supremacía de la Constitución, según ha sido consagrado por las normas supra mencionadas.

Por otra parte, desde ningún punto de vista es posible soslayar la cláusula de supremacía (*supremacy clause*), que está consagrada en el artículo VI, párrafo 2°, de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la cual dispone:

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en su consecuencia, y todos los tratados hechos, o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley suprema del territorio y los jueces de

4 Véase Hesse, K., y otros., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 9.

5 Estas normas establecen:

“Artículo 1° (...)

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”.

“Artículo 20° (...)

3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho. (...).”.

6 Véase Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1985, pág. 41.

*cada Estado estarán por ella obligados, sin perjuicio de cualquier disposición en contrario de la Constitución o de las leyes de los Estados*⁷.

Asimismo, BIDART CAMPOS y CARNOTA llaman la atención que si bien en los Estados Unidos de América rige el principio de supremacía de la Constitución, en Gran Bretaña por el contrario pervive la pauta (aunque matizada con la aparición del derecho comunitario europeo) de la *primacía del parlamento*⁸.

De otro lado, Isidre MOLAS sostiene que la Constitución Española de 1978 no sólo es norma jurídica, sino también es suprema, teniendo en cuenta que en su artículo 9.1 se le otorga una posición diferenciada y destacada por sobre las otras disposiciones que integran el ordenamiento jurídico⁹. En palabras de este autor::

*“como expresión del poder constituyente, es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituidos para ejercer las potestades que le han sido asignadas. Todo el ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad”*¹⁰.

Lo anterior también es explicado por FERNÁNDEZ SEGADO del siguiente modo:

*“arrancando de la heterogeneidad de las normas constitucionales y de su diferente fuerza vinculante, y teniendo en todo momento presente esta peculiaridad de las disposiciones constitucionales, podemos pasar a abordar, con carácter general, la fuerza normativa de nuestra Constitución. Tal fuerza normativa se deduce sin ningún esfuerzo de la determinación del artículo 9.º.1 de nuestra Constitución de conformidad con lo cual: “Los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*¹¹.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 16/1982 de 28 de abril (Sala Segunda), señaló:

“Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y Magistrados integrantes

7 Sobre los alcances de esta cláusula de supremacía Edward S. Corwin ha sostenido que ese párrafo es “la esencia de la Constitución”, en la medida en que combina al gobierno nacional y a los estados con una misma organización gubernamental: *El Estado Federal. De ahí que si bien el gobierno nacional es uno de los poderes enunciados, si se trata de sus atribuciones prevalece por sobre los poderes contrarios de carácter estadual. Por lo tanto, en palabras del autor, “cuando se suscita una colisión entre la ley nacional y la estadual, la única cuestión que debe resolverse generalmente es si la primera corresponde a una definición justa de las atribuciones del Congreso”*. Véase Corwin, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*. Fraterna, Buenos Aires, 1978, págs. 353-354.

8 Véase Bidart Campos, G., y Carnota, W., *Derecho Constitucional Comparado*. Tomo I, Ediar Ediciones, primera edición, Buenos Aires, 2001, págs. 96 y 97. En la actualidad este principio de primacía del parlamento ha sufrido profundas transformaciones, todo lo cual exige la existencia de igualmente profundas investigaciones que exceden el alcance de estas notas.

9 Ver Molas, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Tercera Edición, Madrid, 2005, pág. 214.

10 Véase Molas, I., *Derecho Constitucional*. op. cit., pág. 214.

11 Ver Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 74.

del poder judicial, están sujetos a ella (artículos 9.1 y 117.1 C. E.). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución (artículo 53.1 C. E.), entre los que se cuentan, por supuesto, los contenidos en el artículo 24, cuya vulneración se cuestiona por el demandante en amparo”¹².

De esta forma, y siguiendo al profesor LEGUINA VILLA, la posición del Tribunal Constitucional Español con respecto al principio de supremacía de la Constitución puede ser esbozada de la siguiente manera:

“1.a La Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, cualitativamente distinta y superior a todas las demás, porque «incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico», que ha de ser interpretado de conformidad con la misma (STC 9/81; STC 125/83). 2.a La Constitución no sólo es la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos, singularmente en lo que

conciene a los preceptos contenidos en los artículos 14 a 30, por ser objeto del proceso de amparo (STC 22/84, de 17 de febrero), preceptos que tienen eficacia directa e inmediata sin necesidad de esperar a que resulten desarrollados por el legislador (STC 81/82, de 21 de diciembre). 3.a La Constitución no es un mero catálogo de principios orientadores, carentes de obligatoriedad e insusceptibles de ser cumplidos hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, sino que es siempre y en todo caso una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos, como todos los poderes públicos, están sujetos a ella (STC 16/82, de 28 de abril; STC 101/83, de 18 de noviembre). 4.a La Constitución es un conjunto normativo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás, lo que postula una interpretación sistemática de la misma (STC 67/1984; STC 175/85). 5.a La Constitución tiene eficacia derogatoria de todas las leyes y disposiciones anteriores que, no pudiendo ser reconducidas por vía interpretativa al marco constitucional, se opongan a la misma, perdiendo tales normas su vigencia para regular situaciones futuras, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 3.a (STC 4/1981, de 2 de febrero; STC 9/81, de 31 de marzo; STC 10/81, de 6 de abril; STC 29/81, de 24 de julio; STC 31/82, de 3 de junio; STC 8/1983,

¹² Cabe mencionar que el principio de supremacía de la Constitución también ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Español en las siguientes decisiones: 22/1984 de 17 de febrero, 15/1982 de 28 de abril y 101/1983 de 18 de noviembre, entre otras.

de 18 de febrero; A. 147/83, de 13 de abril). 6.a En lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas, la Constitución tiene además eficacia retroactiva, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución, siempre que dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de esta última (STC 9/81; STC 67/85, de 15 de noviembre; STC 125/83, de 26 de diciembre)¹³.

Es claro entonces que el principio de supremacía de la Constitución también constituye (además de los mecanismos y los instrumentos de control de constitucionalidad) una garantía sustancial de su reconocimiento como norma jurídica dotada de coercitividad y exigible a la actuación de los poderes públicos. En este orden, dicho principio parte de la existencia de un ordenamiento jurídico jerarquizado (sobre el cual se comentará más adelante), en que la Constitución es su punto de partida, en tanto que la unidad de ese ordenamiento también nace o se expresa en la unidad de la Constitución.

Este carácter fundamental de la Constitución, siguiendo a MUÑOZ MACHADO, se traduce jurídicamente en el hecho que es la norma superior respecto de las otras, de tal forma

que no puede ser modificada mediante simples decisiones del legislador ordinario¹⁴; lo anterior por estar situada en la cúspide del ordenamiento jurídico y en aplicación del principio de rigidez constitucional¹⁵, infra aludido.

Pero también puede ser explicado el carácter supremo y superior de la Constitución, en la medida en que, por una parte, sirve de base o brinda legitimidad a la actuación de los poderes constituidos y, por otra, establece el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, y regula los procedimientos para la producción de las otras normas. De ahí que sirva también como criterio de validez formal y material de todas las fuentes del derecho¹⁶ posteriores a ella.

De esta manera, según Isidre MOLAS, el carácter supremo y privilegiado de la Constitución tiene dos implicaciones: una formal, que se traduce en el carácter rígido de su reforma; y otra material, que consiste en la posibilidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con los preceptos constitucionales, así como el control de constitucionalidad sobre los actos y las omisiones de los poderes públicos que lesionan el Derecho de la Constitución¹⁷.

En este sentido, el profesor PÉREZ TREMPs indica que la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales no es una imposición derivada solamente de criterios de confianza, sino

13 Véase Leguina Villa, J., *Principios Generales del Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, N°114, septiembre-diciembre, Madrid, 1987, págs. 17-18.

14 Ver Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2004, pág. 12.

15 Sobre las implicaciones del principio de rigidez constitucional véase Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

16 Véase Molas, I., *Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 215.

17 Véase Molas, I., *Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 215.

una imposición de lógica jurídica; de modo que al existir:

*“un Tribunal Constitucional y siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento, que le da coherencia y unidad, ha de ser el Tribunal Constitucional este supremo órgano jurisdiccional; otra cosa, conduciría a un ilógico que podría generar lo que con licencia se ha calificado de esquizofrenia jurídica, al permitir un doble frente de interpretación última de la Constitución”*¹⁸.

En suma la Constitución, al estar colocada en el puesto superior del derecho positivo, tiene como función primordial designar a los órganos encargados de emitir o producir las otras normas jurídicas, así como los mecanismos o los procedimientos por los cuales se realiza esta situación. De ahí que una norma jurídica sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera indicada por la norma superior¹⁹.

Otra conclusión que se infiere de todo lo anterior es la necesidad de implementar

garantías o controles para asegurar la observancia efectiva y oportuna de las disposiciones constitucionales, así como la supremacía de la Carta Magna. De lo contrario la supremacía de la Constitución por sobre las otras fuentes del ordenamiento jurídico queda, realmente, al páiro, pues no existe entonces ninguna protección o tutela frente a las transgresiones del legislador o de los otros poderes públicos²⁰.

Pues bien, una vez comentados los alcances del principio de supremacía de la Constitución, y su posición privilegiada en la cúspide del ordenamiento jurídico, de seguido se realizará un intento de conciliación entre el carácter de primacía que se ha arrogado el derecho comunitario (fundamentalmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y el carácter supremo que ciertamente gozan las Constituciones en el ámbito interno de cada Estado miembro, teniendo en consideración las mencionadas decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*das Bundesverfassungsgericht*) y el Tribunal Constitucional Español

18 Ver Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador*. En *Autonomía y Justicia y Cataluña*, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona, 20-21 de noviembre de 2003, pág. 90. Citado por Solano Carrera, L. F., *Supremacía y eficacia de la Constitución*, con referencia al Sistema Costarricense, en *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006, pág. 23.

19 Véase Haro, R., *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático* en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004, págs. 47-48.

20 Ver Muñoz Machado, S., *Constitución*, op. cit., págs. 12-13.

4.- UN INTENTO DE CONCILIACIÓN ENTRE LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE A LA SUPREMACÍA NORMATIVA DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS (LOS CASOS ESPAÑOL Y ALEMÁN).

Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 es claro que los principios de integración y primacía que informan el derecho comunitario en el ejercicio de las competencias que son cedidas por los Estados a la unión, deben ser ponderados frente a la supremacía del Texto Constitucional (en cuya razón está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico), así como frente a los valores que justamente han sido plasmados de manera positiva en la Constitución. También es claro que el Tribunal Constitucional Español, al realizar ese juicio de ponderación, desarrolla competencias soberanas que le han sido otorgadas por el mismo Texto Fundamental para su defensa, por medio del control previo de constitucionalidad.

De lo que se trata entonces, en ese control previo de constitucionalidad, es de salvaguardar la posición privilegiada de la Constitución frente a los compromisos internacionales que asuma el Estado español, o bien en la cesión o atribución de

competencias a una entidad “supranacional” en el marco de la unión.

De esta manera, en esa decisión (la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004), el Tribunal Constitucional Español se pronunció sobre el requerimiento (asunto núm. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004²¹.

En este acto, el Órgano Jurisdiccional aludido negó la existencia de una posible contradicción o colisión entre los principios de supremacía de la Constitución y primacía del ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, en esa decisión se explicó que la supremacía del precepto constitucional y la primacía del ordenamiento comunitario se desarrollan en planos distintos, del siguiente modo:

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesaria-

²¹ Un comentario relevante sobre el contenido de esta declaración, pero desde una perspectiva distinta a la desarrollada en este estudio puede ser hallado en Díaz Revorio, F. J., *¿Qué Constitución prevalece? Comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre*, en *repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº12, 2005, pág. 13-32

mente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación”.

Pero más importante que lo anterior es la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que la primacía del ordenamiento comunitario no es incompatible frente a la supremacía de la Constitución, teniendo en cuenta que ella misma ha previsto, en su artículo 93,:

“la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos”.

De ahí justamente que sea la misma Constitución la que ha aceptado la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que le es propio, con lo cual:

“la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en esa sentencia señaló claramente las dimensiones en que se

desarrolla el principio de primacía del ordenamiento comunitario a lo interno del “Reino Español”, motivo por el cual no puede entenderse de modo o de alcance general

*“sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución (art. 1-11.1 del Tratado), en cuya virtud **“la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución [europea] para lograr los objetivos que ésta determina”** (art. 1-11.2). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo 1-60 del Tratado.”*

Pero también ha advertido el Tribunal Constitucional Español en ese pronunciamiento, con respecto a la posibilidad de establecer límites a la cesión de competencias del Estado al ordenamiento jurídico comunitario, en los términos del artículo 93 de la Constitución Española de 1978, que si bien no están expresamente previstos en la Norma Fundamental:

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

Con lo que el concepto de soberanía, en el diseño actual del ordenamiento jurídico comunitario, no es inútil sino que diseña o circunscribe cada una de las materias que son cedidas por los Estados a la unión, cesión que no se encuentra exenta de límites, sino que debe respetar en todo momento los que se infieren de las estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución Española de 1978, máxima expresión de la voluntad general del pueblo español soberano.

En este diseño, le corresponde al Tribunal Constitucional Español no sólo la defensa de los preceptos constitucionales y su interpretación última y privilegiada, sino hacer valer la soberanía del pueblo español, si con motivo de la cesión de competencias del Estado a la unión se desconocen los mencionados límites implícitos. Así lo entiende el Tribunal Constitucional cuando sostiene en su Declaración:

“en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de

la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. 1-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. 1-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”.

De lo anterior se infiere, con toda claridad, que el anhelado pluralismo constitucional (como antecedente del Estado Federal Europeo) no puede, ni por asomo, ser implantado desde la estructura de los órganos comunitarios o de la unión. Los problemas de legitimación democrática y de quebrantamiento del poder soberano de cada Estado en ese supuesto serían insalvables. Por el contrario, quienes tienen la llave o la última palabra en la configuración del anhelado pluralismo constitucional son los Estados miembros de la unión.

No es otro el sentido de las decisiones del Tribunal Constitucional Español (supra-comentada) y del Tribunal Constitucional Federal Alemán (que se comentará a continuación) con respecto a la posibilidad de establecer límites a la cesión de competencias a la unión y la reserva que se han dejado ambos Tribunales Constitucionales (en su condición de garantes del carácter supremo de los preceptos constitucionales) de desconocer cualquier normativa del derecho comunitario si colisionan frontalmente con algún valor fundamental proclamado en la Constitución Española de 1978, en su caso, o la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*das Bundesverfassungsgericht*),

en la sentencia emitida con respecto a la aprobación del Tratado de Lisboa (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009) señaló varios aspectos que en alguna medida ya habían sido adelantados en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004, o bien reformulados pero en términos bastante similares; tales son (sin ánimo de hacer una revisión exhaustiva):

- La Unión Europea no tiene competencia para definir las que le son propias, sino los Estados miembros (la competencia sobre la competencia);
- La República Federal Alemana tiene derecho de separarse del Tratado de Lisboa, en los términos del artículo 50 del Tratado²²;
- El Tribunal Constitucional Federal Alemán tiene la posibilidad de declarar “*ultra vires*” los actos que la Unión Europea realice por sobre las competencias que le han sido encomendadas, las cuales

no son aplicables en la República Federal Alemana²³;

- Le atañe al Tribunal Constitucional Federal Alemán la definición de la identidad nacional de Alemania, como estado miembro y soberano, así como de declarar inaplicables cualquier normativa del derecho comunitario que soslaye esos elementos²⁴; lo anterior teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, según ha sido modificado por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea²⁵;

De lo anterior se deduce no sólo que son los Estados quienes pueden abrir o cerrar la llave en la configuración del anhelado pluralismo constitucional en el espacio europeo (todavía muy incipiente por lo dicho), o más bien en el desarrollo del derecho comunitario, y que tanto en la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuanto en la del Tribunal Constitucional Español se han defendido los alcances del principio de la supremacía de la Constitución, como

22 Al respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009, se dijo: “g) Article 50 TEU Lisbon introduces the right for each Member State to withdraw from the European Union.”

23 En la mencionada decisión el Tribunal Constitucional Federal Alemán al respecto señaló: “The ultra vires review as well as the identity review can result in Community law or Union law being declared inapplicable in Germany. To preserve the viability of the legal order of the Community, an application of constitutional law that is open to European law requires, taking into account the legal concept expressed in Article 100.1 of the Basic Law, that the ultra vires review as well as the establishment of a violation of constitutional identity is incumbent on the Federal Constitutional Court alone”.

24 Sobre el particular, en la mencionada decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán se dijo: “The identity review makes it possible to examine whether due to the action of European institutions, the principles under Article 1 and Article 20 of the Basic Law, which are declared inviolable in Article 79.3 of the Basic Law, are violated. This ensures that the primacy of application of Union law only applies by virtue of, and in the context of, the constitutional empowerment that continues in effect”

25 Esta norma dispone:

“Artículo 4. (...)”

2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.”

expresión soberana y legítima de la máxima voluntad de los pueblos alemán y español, regidos por sendas Normas Fundamentales.

5.- La protección multidimensional de los derechos fundamentales en Europa:

Con independencia de que se afirme o no el pluralismo constitucional en el ámbito europeo, es innegable en ese escenario la existencia de distintas dimensiones o planos de protección de los derechos fundamentales (en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a lo interno de cada Estado) todas las cuales serán desarrolladas de seguido.

En lo que atañe al plano internacional (es decir al ámbito regional europeo), los derechos fundamentales han sido proclamados en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, así como sus protocolos. De esta forma, y con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las partes que han adoptado ese convenio, en el artículo 19 se ha instituido un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que funciona de manera permanente.

De acuerdo con el artículo 35 del Convenio, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos le corresponde declarar, en última instancia,

las violaciones de los derechos protegidos en ese instrumento, luego de haber agotado todas las instancias internas en el ámbito de los Estados. Son distintas las maneras de acceder a la jurisdicción al Tribunal, de conformidad con los artículos 33 y 34 ídem.

No es el propósito de estas notas hacer un comentario detallado sobre las funciones, la jurisprudencia que ha elaborado ese Órgano en el ejercicio de sus atribuciones, ni cuales son las posturas que ha asumido con respecto a cada uno de los derechos que han sido consagrados en el Convenio, sino simplemente comentar, de acuerdo con Gianmario DEMURO, que *“la Corte de Estrasburgo, haciendo referencia a parámetros suficientemente homogéneos, ha podido desarrollar, a diferencia de la Corte de Luxemburgo, su propia doctrina partiendo de la interpretación de un único documento jurídico, la CEDU que siempre ha sido utilizada como un documento con un estándar mínimo e irrenunciable de tutela de derechos fundamentales. Por el contrario, la CJCE ha construido una tutela de derechos fundamentales no preexistente en los tratados, interpretando per se los materiales que tenía a su disposición. Sin embargo, si partimos de diferentes identidades genéticas, en el curso del desarrollo de los ordenamientos respectivos, las Cortes se han unido en un punto de instauración de criterios (o prácticas compartidas) de mutual cooperation”*²⁶.

Como se puede apreciar, la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas requiere un poco más de desarrollo.

26 Véase Demuro G., *Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de los Derechos Humanos*, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 17, julio-diciembre, 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, pág. 66.

Inicialmente, los tratados constitutivos de la unión no recogían catálogo alguno de derechos fundamentales, ni hacían referencia a la sujeción de las instituciones y a los agentes comunitarios. En este sentido, y de acuerdo con Luis María Díez-PICAZO:

“sólo cabía hallar algún atisbo de la idea de derechos fundamentales en preceptos aislados, como el art. 141 TCE, que establece el principio de igual salario a igual trabajo independientemente del sexo del trabajador”²⁷.

Ante la laguna que se planteaba a finales de los años sesenta en el derecho comunitario con respecto a la tutela de los derechos fundamentales, y ante la presión ejercida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asumió el compromiso, en palabras de Luis María Díez-PICAZO,

“de que las instituciones y agentes comunitarios están obligados a respetar los derechos fundamentales de los particulares, tanto al aprobar normas, como al aplicar tales normas a casos concretos”²⁸. Por lo anterior, y en vista que los tratados constitutivos de la unión no contenían ninguna declaración de derechos, ni siquiera indirectamente, “el Tribunal de Justicia reconoció los derechos fundamentales calificándolos de principios generales de derechos”²⁹.

Un ejemplo de lo anterior sin duda es la sentencia adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

en el mencionado asunto *“Internationale Handelsgesellschaft”*, sentencia de 17 de diciembre de 1970 (supra- mencionada), en que se dijo:

“que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado.

4. Considerando que, sin embargo, es preciso examinar si no se ha infringido ninguna garantía análoga, inherente al Derecho comunitario.

que, en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia;

que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad;

que procede, pues, examinar a la luz de las dudas manifestadas por el Verwaltungsgericht si el régimen de garantías habría menoscabado los derechos fundamentales cuyo respeto debe garantizarse en el ordenamiento jurídico comunitario”³⁰.

Esa construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con posterioridad fue ofi-

27 Véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tercera Edición, Thomson-Cívitas, Navarra, 2008, pág. 180.

28 Ver Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit, pág. 180.

29 Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit, pág. 180.

30 En términos similares pueden ser mencionados los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJ Stauder de 12 de noviembre de 1969 y Nold de 14 de mayo de 1974.

cializada, otorgándole el valor de norma de derecho comunitario primario en el Tratado de Maastricht de 1992, en cuyo artículo 6.2 se dispuso: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”³¹.

Lo anterior por los problemas que se suscitaban ante la falta de reconocimiento de derecho positivo del valor de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario.

Pues bien, en el recientemente aprobado Tratado de Lisboa (que ha entrado en vigencia, como se ha expuesto, el pasado 1º de diciembre de 2009) se ha dado una nueva redacción al artículo 6 del TUE, el cual ha quedado como sigue:

“Artículo 6.- La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán

con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.”

De esta forma, en la mencionada disposición la unión reconoce los derechos que han sido proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007. Sobre el particular, sin duda excede el objeto de estas notas desarrollar los procesos históricos que han dado cabida a la formulación de la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales; en este orden de ideas, es suficiente con mencionar el contenido de los artículos 51 (con respecto al ámbito de aplicación de la Carta: dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho comunitario), y el 52 referido al alcance e interpretación de los derechos y principios; esta última norma establece:

“1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por

31 Ver Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit, pág. 182.

- la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.
2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas.
 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.
 4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.
 5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.
7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.”

Perotambién es preciso tener en consideración las explicaciones que, con respecto a los artículos 51 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, han sido elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que si bien no tienen un valor jurídico, sí constituyen un instrumento valioso de interpretación de las disposiciones de la Carta.

Así, una vez expuestos en términos bastante amplios y generales la manera en que los derechos fundamentales son protegidos en el ámbito del derecho comunitario europeo (a través de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), así como en el plano internacional (mediante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos), procede comentar la manera en que los derechos fundamentales son tutelados en el ámbito interno de cada Estado, teniendo en consideración los casos particulares de Italia, Alemania y España.

A diferencia del sistema de justicia constitucional italiano, en el cual no se ha diseñado un procedimiento particular o específico ante la Corte de Constitucionalidad para la defensa de los derechos funda-

mentales (sino que son protegidos a través de los distintos mecanismos de control de constitucionalidad a priori y a posteriori, por la vía principal o incidental), *en el caso alemán y en el español* sí se ha establecido, y ha sido denominado recurso de amparo o queja constitucional en el primer caso, y recurso de amparo en el segundo. Sobre el origen del recurso de amparo, puede decirse que se produjo en dos lugares lejanos pero en fechas cercanas de nacimiento. Así, de acuerdo con Lucio PEGORARO, el recurso de amparo fue elaborado y traducido en la práctica en América Latina y, en concreto, en el Estado Mexicano de Yucatán, con la Constitución de 1841; de allí se extendió, con variantes muy significativas por otros ordenamientos del continente americano. Pero un instituto análogo, con rasgos muy similares, ya había sido contemplado en las Constituciones de Baden y de Baviera de 1818, y desde allí pasó a la Constitución de 1919 y a la austriaca de 1920, denominándose *Verfassungsbeschwerde* o *Beschwerde* en los países de lengua alemana³².

De esta forma, en el *sistema alemán* la doctrina ha considerado que el recurso previsto en el artículo 93.1 num. 4a) de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana es independiente al que está contemplado en el artículo 19.4 ídem, pues sólo el primero habilita al particular para acudir directamente al Tribunal Constitucional, ante la violación de un derecho fundamental. En palabras de Peter HÄBERLE

“puesto que el amparo constitucional sólo existe respecto de la lesión de derechos fundamentales enumerativamente especificados, el artículo 93, 1, núm 4a no va tan lejos como el artículo 19, 4 Ley Fundamental. Como “derecho de todos” (sin obligación de asistencia letrada y sin costas judiciales) es, pues, el “recurso extraordinario”, “último”, “subsidiario”, pero desde luego de gran popularidad. Sin embargo, o precisamente por ello, los presupuestos de admisibilidad son controlados de forma tan estricta como “metódicamente”³³.

Como se adelantó, el objeto de la queja constitucional está regulado en el §90.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. Al respecto, la doctrina ha considerado que el recurso de amparo constitucional tiene un carácter híbrido, pues al rasgo subjetivo inicial le es sumado un componente de carácter objetivo, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden jurídico en un sistema coherente y completo de valores dirigido a la protección de la dignidad de la persona y a su libre desarrollo. Este valor objetivo del sistema es de tal magnitud, que convierte al Estado constitucional alemán en un Estado de los derechos fundamentales y a la sociedad en una sociedad de los derechos fundamentales³⁴. Sobre el particular, Louis FAVOREU advierte que:

32 Véase Pegoraro, L., *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 106-107.

33 Véase Häberle, P., *El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania, en el Derecho de amparo en el mundo*, coordinadores Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-gregor, E., editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Editorial Porrúa, Argentina y la Fundación Konrad -Adenauer- Stiftung, México, 2006, pág. 733.

34 er Acosta Sánchez, J., *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, S. A., Madrid, 1998, pág. 270.

“la mayor parte de los recursos constitucionales se dirigen contra fallos de tribunales federales, o sea “fallos generalmente pronunciados en tercera instancia” (Schaich, 1982, p. 132). El Tribunal se convierte así en una especie de jurisdicción suprema encargada de imponer una interpretación uniforme de las normas constitucionales al conjunto de los tribunales superiores alemanes, lo que le permite ejercer una influencia decisiva sobre el conjunto del derecho alemán, comprendidos los derechos civil y penal (Fromont y Reig, p. 104)”³⁵.

En vista que el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* debía enfrentarse a decenas de millares de recursos individuales a los que ni siquiera la organización en secciones era capaz de hacer frente, de acuerdo con Lucio PEGORARO:

“éste se ha visto obligado a elaborar una jurisprudencia restrictiva basada en el principio de subsidiariedad: en particular, la acción directa se puede intentar sólo si no existen otros remedios jurisdiccionales y si se considera indispensable para eliminar un prevenir una violación de los derechos indicados”³⁶. A pesar de lo anterior, la experiencia ha demostrado que el Bundesverfassungsgericht no sólo ha tenido una importancia capital en el complejo “mosaico” del federalismo cooperativo alemán, sino también ha

sido calificado como un “Tribunal de los ciudadanos” y ha desempeñado un papel cargado de significado no sólo en la defensa sino también en la promoción de los derechos fundamentales, gracias a la interpretación del sentido evolutivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del principio de igualdad, eliminándose de esta manera cualquier discriminación irracional realizada por el legislador o por la Administración Pública³⁷.

En España, por otra parte, el artículo 53.2 de la Constitución le asigna al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los amparos constitucionales, por el se protegen las libertades y los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo II de esa Norma Fundamental, más la objeción de conciencia consagrada en el artículo 30 ídem. Sobre el particular, la doctrina española ha considerado que el recurso de amparo tiene 3 funciones capitales en ese ordenamiento:

- De instrumento de protección de los derechos y libertades señalados por la Constitución.
- Como medio de control sobre la aplicación de los preceptos constitucionales por parte de los Jueces y Magistrados y;
- La última, para determinar mediante la interpretación el alcance y significado de las normas constitucionales³⁸.

35 Véase Favoreu, L., *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 70.

36 Ver Pegoraro, L., *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., pág. 52.

37 Ver Rescigno, F., *La Justicia Constitucional en Alemania*, en *la Justicia Constitucional en Europa*, Coordinadores Groppi, T., Celotto, A., y Olivetti M., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004, pág. 79.

38 Ver García Morillo J. y otros, *Derecho Constitucional*, Séptima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 502-503.

De lo anterior se ha entendido que el recurso de amparo en el ordenamiento español tiene un carácter híbrido, pues tiene por fin no sólo la protección particular y subjetiva del derecho fundamental menoscabado, sino también la defensa objetiva de la Constitución³⁹. Esta vertiente ha sido reforzada con la aprobación de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (aprobada por LO 6/2007 de 24/5), según la cual el recurrente debe justificar la especial trascendencia de la demanda para que sea admitida.

Tales son, pues y a muy grandes rasgos, las maneras en que son protegidos los derechos fundamentales en el escenario multidimensional europeo, regido por un criterio de competencia, en el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o, los tribunales ordinarios, en su caso, pueden hacer valer los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario. De otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido instituido para salvaguardar los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, mientras que en el ámbito interno de cada Estado los derechos fundamentales no sólo han sido proclamados en las respectivas Constituciones (que como se ha visto están dotadas de superioridad normativa), sino también son protegidos no sólo por los tribunales ordinarios, sino también por los órganos especializados de Justicia Constitucional, a través de la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, en los lugares donde así se ha establecido.

También es claro que este funcionamiento multidimensional de protección de los derechos fundamentales puede suscitar controversia o diálogos jurisprudenciales entre los órganos aludidos, como en efecto se ha producido en múltiples temas y ocasiones, todas las cuales exceden el objeto de esta pequeña investigación.

6.- Conclusiones.

Como se ha desarrollado en este ensayo, en la actualidad son irrefutables las ideas relativas a la existencia, en el escenario europeo, de la protección multidimensional de los derechos fundamentales, en el cual confluyen tres planos; uno, el internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; dos, el relativo al derecho comunitario desarrollado inicialmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y ahora estipulado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, contenida en el recientemente aprobado Tratado de Lisboa, que ha entrado en vigencia el pasado 1º de diciembre de 2009; finalmente, los derechos fundamentales han sido consagrados de manera positiva en las Constituciones de cada uno de los Estados miembros de la unión, y protegidos no sólo en las jurisdicciones ordinarias, sino también por los órganos de Justicia Constitucional, en los lugares donde así se ha contemplado.

³⁹ Véase González-Trevijano Sánchez, P. J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzandi, Sociedad Anónima, Navarra, España, 2000, pág. 121.

Aunque es innegable el desarrollo del derecho comunitario, ahora reforzado con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, todavía son incipientes las ideas relativas a la configuración de un anhelado pluralismo constitucional en el ámbito europeo, como antecedente de un Estado Federal Europeo. Es claro que estas ideas han tenido como punto de partida el carácter de primacía que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha otorgado al derecho comunitario por sobre las disposiciones del ordenamiento interno de cada uno de los Estados, en aquellas materias que han sido atribuidas o cedidas por los Estados a la unión.

Pero del resultado de tales procesos de integración no es posible concluir, en modo alguno, que los órganos de la unión ostenten la facultad de determinar cuáles materias o competencias son propias del derecho comunitario. En este sentido, han sido los Estados miembros quienes justamente en ejercicio de su soberanía han delineado qué competencias deben ser transferidas a la unión. De ahí que son los Estados quienes tienen la llave o la última palabra en la configuración del anhelado pluralismo constitucional y en la determinación de las competencias que son cedidas a la unión.

De ahí que la noción de soberanía, en el marco actual de la integración europea, no es un concepto inútil, en la medida en que, por una parte, permite delinear qué materias componen el derecho comunitario (al establecer límites al poder de cesión de competencias de los Estados a la unión) y, por otra, armonizar el carácter de primacía del derecho de la unión frente a la supremacía normativa de las Constituciones de los Estados miembros, las cuales siguen

siendo la máxima expresión de la voluntad general de los pueblos soberanos.

Un ejemplo de lo anterior sin duda lo constituyen las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán (la primera acerca del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa y, la segunda, con respecto al Tratado de Lisboa), en las cuales claramente se afirmaba la posibilidad de establecer límites al poder de cesión de competencias del Estado a la unión (con lo que, son los Estados quienes definen qué materias serán transferidas), así como la posibilidad de declarar inaplicables, con respecto a cada uno de esos países, los actos de la unión que no se extralimiten de la competencia comunitaria.

Pero todavía más importante ha sido la afirmación realizada por ambos Órganos jurisdiccionales en el sentido que la primacía del derecho comunitario se debe entender en el seno de las materias que expresamente han sido atribuidas por los Estados a la unión, con lo que en el fondo sólo es aparente la colisión entre la primacía del derecho comunitario frente a la superioridad normativa de la Constitución Española de 1978 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949. Más allá de las materias aludidas, el carácter de supremacía de las Constituciones de los Estados miembros permanece incólume.

Pero también es notoria la manera en que ambos Órganos Jurisdiccionales, en su condición de intérpretes últimos y defensores de los preceptos constitucionales se han reservado la posibilidad de dilucidar en qué supuestos la normativa comunitaria se extralimita con res-

pecto a las materias que han sido cedidas a la unión, y de declararlas inaplicables siempre que afecten los valores transcendentales que han sido proclamados en ambos Textos Fundamentales. Esta realidad incluso ha sido reconocida expresamente en el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, según ha sido modificado por el Tratado Constitutivo

de la Comunidad Europea ¿Quiénes definen entonces el futuro de los actuales procesos de integración en el ámbito europeo? Sobre el particular, es innegable que los Estados miembros, mediante la adopción de determinados actos (de cesión de competencias a la unión por ejemplo) en los cuales se manifiesta su carácter soberano.