

Stephan Harbarth* (Alemania)

Protección nacional y regional de los derechos fundamentales en América Latina y Europa: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo¹

National and regional protection of fundamental rights in Latin America and Europe: The jurisprudence of the German Federal Constitutional Court on the protection of fundamental rights in the European multilevel system
Nationaler und regionaler Grundrechtsschutz in Lateinamerika und Europa: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem

Nos encontramos en una época de crisis globales: el cambio climático y la pandemia de coronavirus son solo dos ejemplos de los retos actuales a los que se enfrenta la humanidad, que difícilmente pueden ser superados por un Estado en solitario. En Europa las cosas no están mejor. Las amenazas internas y externas afectan a todo el continente. La guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, contraria al derecho internacional, está sacudiendo los cimientos del orden de paz europeo y demostrando de forma dramática nuestra propia vulnerabilidad. Las disputas que se han librado en los últimos meses sobre el Estado de derecho en algunos Estados miembros de la Unión Europea pueden haber pasado a un segundo plano en la percepción pública, pero no han terminado. Sin embargo, quizás sean precisamente estos tiempos de crisis los que nos hacen conscientes del valor de una vida en paz, libertad, democracia y Estado de derecho. Su protección se confía de manera especial a los tribunales

* Abogado, LL. M., Yale University. Presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

¹ Ponencia traducida al español por Jonathan Stelter.

constitucionales. Esto hace que el discurso y el intercambio de experiencias entre estos tribunales sea aún más importante, especialmente en estos tiempos.

Los padres y madres de la *Grundgesetz*² –teniendo ante sus ojos los horrores del nacionalsocialismo y de la Segunda Guerra Mundial desatados por Alemania– nos dejaron como legado a los alemanes nuestra Constitución en 1949. Esto se aplica también a la decisión que tomaron a favor de la llamada *offene Staatlichkeit* (estatalidad abierta). La República Federal de Alemania estaba autorizada –y aún lo está– a transferir derechos de soberanía a instituciones intergubernamentales. La misión subyacente de Alemania fue revelada por los autores de nuestra *Grundgesetz* en su preámbulo: “Servir a la paz mundial como miembro igual en una Europa unida”. Desde la perspectiva alemana, pocas cuestiones han ocupado tanto la política y la sociedad como la jurisprudencia constitucional y la doctrina del derecho constitucional, con una intensidad comparable a la de la integración del Estado-nación alemán en los contextos europeo e internacional, en particular su “participación en el desarrollo de la Unión Europea” para la “realización de una Europa unida”, como reza hoy el artículo 23 (1) frase 1 de la *Grundgesetz*.

En el año 2022, la Unión Europea cumple ya 70 años –al menos si se adopta una visión generosa que comience con la fundación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero el 23 de julio de 1952–. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha acompañado y salvaguardado la integración de Alemania a la Unión Europea desde el principio en términos de derecho constitucional; al hacerlo ha garantizado en particular que la protección de los derechos fundamentales –otro mandato central de nuestra Constitución de 1949– se preserve incluso cuando los derechos de soberanía se transfieran a la Unión Europea. En esta ponencia presentaré las líneas básicas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección de los derechos fundamentales en el llamado sistema multinivel europeo, entre otras cosas, porque la interacción transfronteriza es hoy más necesaria que nunca en todas las partes del mundo. El Tribunal Constitucional Federal ha tenido recientemente la oportunidad de abordar cuestiones relativas a la relación entre la protección nacional de los derechos fundamentales y la de la Unión. Al hacerlo, ha reajustado tanto el estándar de revisión del recurso de inconstitucionalidad como su propio papel frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Al mismo tiempo, esto puede dar una impresión de la complejidad de la interacción entre los tribunales supremos nacionales y europeos en la configuración y formación de una alianza común de tribunales constitucionales en la que la protección de los derechos fundamentales se organiza no solo a nivel nacional, sino también a nivel supranacional.

² La “constitución” alemana se llama *Grundgesetz* (Ley fundamental) porque fue concebida como una ley provisional y en su formación no cumplió los requisitos de una constitución.

1. El sistema multinivel europeo

Antes de entrar en materia haré algunas observaciones introductorias: el concepto de sistema multinivel –en el estilo del federalismo alemán– se ha impuesto en la ciencia política y en la ciencia del derecho para explicar el sistema político de la Unión Europea, así como del continente europeo en su conjunto. Esta terminología intenta captar la importancia de los diferentes niveles de gobierno e intergubernamentales en el proceso político, así como los distintos mecanismos de dirección que desempeñan un papel en estos niveles y entre ellos.

Este sistema incluye, en primer lugar, al Consejo de Europa, una asociación jurídica internacional que se distingue de la Unión Europea y es independiente de ella. Se fundó en 1949 para garantizar la paz en Europa y hoy cuenta con 46 Estados miembros. Probablemente el tratado más eficaz del Consejo de Europa es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que contiene un catálogo de derechos civiles y políticos fundamentales y, por tanto, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), complementa los catálogos nacionales de derechos fundamentales contenidos en las constituciones de los Estados miembros. El CEDH es vinculante para todos los Estados miembros en virtud del derecho internacional público. Para hacer cumplir el Convenio, se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, al que pueden acudir no solo los Estados miembros, sino cualquier Estado, mediante una denuncia individual, si ven vulnerados derechos garantizados por el Convenio. En la República Federal de Alemania, el Convenio tiene el estatus de una simple ley federal, por debajo de la Constitución. Sin embargo, debido al principio desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal de interpretar la *Grundgesetz* de manera amistosa con el derecho internacional, el Convenio y la jurisprudencia del TEDH también deben utilizarse como ayuda para la interpretación, a fin de determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*.³

Otro nivel es la Unión Europea. Tras la salida del Reino Unido cuenta con 27 Estados miembros. La Unión Europea es –al menos en su mayor parte– una organización supranacional. Los Estados miembros le confieren determinados derechos de soberanía de acuerdo con el principio de legitimación individual establecido en los tratados europeos; estos tratados, así como los actos jurídicos adoptados sobre su base, no son derecho internacional, sino que constituyen un ordenamiento jurídico *sui generis*. Son –aunque la Unión Europea no sea un Estado federal– leyes directamente aplicables dentro del Estado y, en principio, deben prevalecer sobre el derecho nacional conflictivo de los Estados miembros, incluso sobre su derecho constitucional (la llamada primacía de la aplicación del derecho de la Unión). El cumplimiento del derecho de la Unión es controlado por el TJUE, con sede en

³ Véase BVerfGE 111, 307 (317 f).

Luxemburgo, así como por los tribunales nacionales que pueden –y en su caso deben– plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre la aplicación del derecho de la Unión.⁴ El derecho de la Unión también cuenta con garantías de derechos fundamentales, inicialmente como principios jurídicos generales desarrollados por el TJUE en virtud del derecho judicial y, desde 2009, también en forma de catálogo escrito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. Jurisdicción *Solange*

Pero pasemos ahora a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Con la llamada decisión *Solange I* (Mientras I) en los círculos profesionales de 1974, el Tribunal Constitucional Federal supeditó la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea –en aquel momento todavía llamada Comunidades Europeas– al cumplimiento de determinados requisitos estructurales, que afectaban significativamente la protección de los derechos fundamentales. La frase central de la decisión decía:

Mientras el proceso de integración de la Comunidad no haya avanzado tanto como para que el derecho comunitario contenga también un catálogo de derechos fundamentales formulado, aprobado por un Parlamento y en vigor, que sea adecuado al catálogo de derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, [...] el sometimiento de un tribunal de la República Federal de Alemania al Tribunal Constitucional Federal en un procedimiento de revisión de normas es admisible y necesario si el tribunal considera que la disposición del derecho comunitario relevante para su decisión [...] es inaplicable porque y en la medida en que entre en conflicto con uno de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*.⁵

En otras palabras: mientras el derecho comunitario no conozca una protección de los derechos fundamentales comparable a la de la *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional Federal examina el derecho comunitario con el rasero de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, de modo que el nivel de protección que garantiza no se ve mermado por la transferencia de los derechos de soberanía al nivel de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional Federal dejó de considerar la condición inherente a la palabra *Solange* (“mientras”) con el desarrollo de los derechos fundamentales comunitarios en la jurisprudencia del TJCE, como se mencionó, unos doce años después, en 1986. El TJCE aceptó el reto planteado por la sentencia *Solange I* y, recurriendo a las garantías del CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes

⁴ Véase el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁵ BVerfGE 37, 271 (285).

de los Estados miembros, elaboró un catálogo de derechos fundamentales, inicialmente no escrito, que posteriormente dio un importante impulso a la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta DFUE), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En la llamada decisión *Solange II* de 1986, el Tribunal Constitucional Federal dictaminó que las Comunidades Europeas garantizaban en este momento la protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las comunidades, lo que debía considerarse esencialmente equivalente a la protección de los derechos fundamentales como indispensable en la *Grundgesetz*. “Mientras” esto sea así, el Tribunal Constitucional Federal dejará de ejercer su competencia sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado y, en consecuencia, dejará de revisar este derecho con el criterio de los derechos fundamentales de la *Ley Fundamental*.⁶ En pocas palabras, se trata de una división del trabajo: el Tribunal Constitucional Federal examina los actos del poder estatal alemán con el criterio de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, mientras que el TJCE garantiza el respeto de los derechos fundamentales de la Unión en la aplicación del derecho de la Unión.

3. Derecho al olvido I y II

Ahora abordaremos las decisiones más recientes del Tribunal Constitucional Federal ya mencionadas. Para entenderlas, es fundamental hacer una distinción: se trata de los casos en los que el derecho de la Unión deja a los Estados miembros un margen de maniobra y aquellos en los que los Estados no cuentan con dicho margen. En primer lugar, las decisiones sobre el derecho al olvido de 2019: en cada caso el asunto se refería a la protección de los derechos fundamentales en las condiciones de comunicación en internet, concretamente a la protección contra la posibilidad de descubrir información personal sobre acontecimientos pasados a través de los motores de búsqueda en la red. Se trataba, por tanto, de la existencia y el alcance del llamado “derecho al olvido”, del que ya se había ocupado el TJUE en su sentencia *Google Spain y Google*, de 13 de mayo de 2014. Sin embargo, no se abordará el “derecho al olvido” sustantivo, sino las declaraciones generales del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección de los derechos fundamentales en la aplicación del derecho de la Unión por parte de los Estados miembros que le preceden.

El objeto del primer procedimiento⁷ fue el recurso de inconstitucionalidad de un hombre que había sido condenado a cadena perpetua por dos asesinatos y un intento de asesinato en 1982. La revista de noticias alemana *Der Spiegel* había informado en varias ocasiones sobre el caso en su momento. Los artículos en los que se menciona el apellido del denunciante eran de libre acceso en internet en un archivo en línea

⁶ BVerfGE 73, 340 (378).

⁷ BVerfGE 152, 152.

desde 1999. Una búsqueda en Google de su nombre mostró los artículos entre los primeros resultados. El denunciante, que entretanto había cumplido su pena de prisión, llevó al operador del archivo en línea ante un tribunal civil para que le impusiera medidas cautelares. El Tribunal Supremo Federal alemán desestimó la demanda en última instancia. El Tribunal Constitucional Federal anuló la sentencia por considerar que se había violado el derecho general de la personalidad del demandante del artículo 2 (1) en relación con el artículo 1 (1) de la *Grundgesetz* y devolvió el caso al Tribunal Federal de Justicia.

La decisión contiene afirmaciones sobre la relación entre la protección de los derechos fundamentales con arreglo a la *Grundgesetz* y al derecho de la Unión. Esta cuestión se planteó porque el caso subyacente tuvo lugar en un ámbito regulado por el derecho de la Unión. Se trataba de la protección referente al tratamiento de datos personales. El régimen jurídico del tratamiento de datos, incluso datos privados, se ha estandarizado en toda Europa, originalmente mediante la Directiva de Protección de Datos,⁸ que ha sido sustituida por el Reglamento General de Protección de Datos.⁹ Según la jurisprudencia del TJCE, se trataba en gran medida de una armonización total sin margen de maniobra para los Estados miembros. No obstante, existía una excepción para el llamado privilegio de los medios de comunicación, que debe ser definido por cada Estado miembro. El derecho de la Unión obligaba a los Estados miembros a promulgar sus propias normas para las actividades periodísticas, científicas, artísticas o literarias que se apartaban de las normas generales, teniendo en cuenta el carácter especial de estas actividades. Nuestro caso estaba en el ámbito del “margen de maniobra” para los Estados miembros porque se trataba de un archivo de prensa y, por tanto, de un tratamiento de datos con fines periodísticos. Las afirmaciones centrales del Tribunal Constitucional Federal sobre estos ámbitos con margen de maniobra para los Estados miembros siguen en gran medida las líneas de la jurisprudencia anteriormente reconocida. Pueden resumirse como señalo a continuación.

En los casos en que los Estados miembros tienen margen de maniobra en la aplicación del derecho de la Unión, es decir, cuando la aplicación *no* está determinada por el derecho de la Unión, se aplican los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, y, por ende, pueden hacerse valer mediante un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Esto se desprende directamente de las afirmaciones de la *Grundgesetz*. El compromiso con los derechos fundamentales acompaña la responsabilidad de decisión política de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Los

⁸ Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación de estos datos, DO L 281 de 23/11/1995, 31-50.

⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a su libre circulación, por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119 de 4/5/2016, 1-88.

tribunales alemanes, en particular el Tribunal Constitucional Federal, deben velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ejercicio de esta responsabilidad.¹⁰ Del derecho de la Unión no se desprende otra cosa: según el artículo 51 (1), frase 1 de la Carta DFUE, los Estados miembros están vinculados por los derechos fundamentales de la Unión “únicamente cuando aplican el derecho de la Unión”. La Carta DFUE no ofrece una protección integral de los derechos fundamentales para toda la Unión Europea, sino que reconoce la diversidad federal para la garantía de dichos derechos, con la limitación de su ámbito de aplicación. Esto no debe ser socavado por una interpretación excesivamente amplia del artículo 51 (1), frase 1 de la Carta.¹¹ No obstante, el Tribunal Constitucional Federal considera que es posible que las medidas nacionales de transposición deban valorarse como “aplicación del derecho de la Unión” en el sentido del artículo 51 (1) citado, si se deja a los Estados miembros un margen de maniobra, pero el derecho de la Unión establece un marco suficientemente sustancial para esta disposición, el cual también debe concretarse de forma reconocible en el respeto de los derechos fundamentales de la Unión. Estos derechos se añaden, entonces, a las garantías de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*. Asimismo, en tal caso, el Tribunal Constitucional Federal ejerce su competencia de revisión principalmente sobre la base de la *Grundgesetz*. La posibilidad de esta coexistencia de la protección de los derechos fundamentales, tanto nacional como de la Unión, en ámbitos normativos abiertos a la interpretación corresponde tanto a los tratados europeos, que garantizan la diversidad federal de la protección de los derechos fundamentales, como a la jurisprudencia del TJUE.¹²

Al utilizar los derechos fundamentales nacionales como criterio de revisión en ámbitos abiertos a la interpretación, el Tribunal Constitucional Federal puede basarse en la presunción de que el nivel de protección de la Carta, tal como lo interpreta el TJUE, está generalmente garantizado al revisar la legislación nacional con el criterio de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*. Esta presunción se apoya en una conexión general entre la *Grundgesetz* y la Carta, en una tradición europea común de derechos fundamentales. Al igual que los principios generales del derecho equivalentes a los derechos fundamentales que el TJUE desarrolló inicialmente en el marco del derecho judicial, la Carta también se basa en las distintas tradiciones constitucionales de los Estados miembros: los reúne, los amplía y los desarrolla como criterio para el derecho de la Unión. Por su parte, los distintos sistemas de derechos fundamentales de los Estados miembros tienen un fundamento común en el CEDH, en el que también se basan los fundamentos de los tratados de la Unión Europea y su Carta de Derechos Fundamentales, aunque la propia Unión Europea aún no se haya adherido al Convenio.

¹⁰ BVerfGE 152, 152 (169).

¹¹ BVerfGE 152, 152 (169).

¹² BVerfGE 152, 152 (170).

La segunda decisión,¹³ a diferencia de la primera, se basó en un caso que tuvo lugar en un ámbito totalmente unificado por el derecho de la Unión Europea, es decir, no había margen de regulación nacional. Originalmente, este caso también estaba sujeto a la Directiva de Protección de Datos y hoy al Reglamento General de Protección de Datos; sin embargo, a diferencia del primer caso, estaba sujeto a la parte de la ley de protección de datos unificada por el derecho de la Unión.

El núcleo de la decisión puede resumirse del siguiente modo: en la medida en que los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* se ven desplazados por la primacía de la aplicación del derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional Federal revisará a partir de ahora su aplicación por parte de las autoridades alemanas sobre la base de los derechos fundamentales de la Unión. A modo de explicación: el hecho de que los derechos fundamentales alemanes no sean aplicables en materias totalmente unificadas del derecho de la Unión se ajusta a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional Federal alemán para el examen de la validez de estas normas; solo se aplica al caso concreto. Si la Unión Europea, en el ámbito de sus competencias, crea reglamentos que son válidos en toda la Unión y que deben aplicarse de manera uniforme, la protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse al aplicar estos reglamentos también debe ser uniforme. Esta protección está garantizada por la Carta DFUE. Los derechos fundamentales alemanes no son aplicables en estos casos, porque de lo contrario se frustraría el objetivo de unificar el derecho. Ahora bien, el “espacio en blanco”, la laguna resultante en el criterio de revisión del Tribunal Constitucional Federal en la evaluación de un recurso de inconstitucionalidad se cierra ahora aplicando directamente los derechos fundamentales de la Unión. En otras palabras, el Tribunal Constitucional Federal examina directamente el cumplimiento de tales derechos¹⁴ si es necesario, tras remitir el caso al TJCE para que aclare las cuestiones de interpretación abiertas.¹⁵

4. Orden de Detención Europea III y Ecotox

Esta jurisprudencia se consolidó aún más con las decisiones *Europäischer Haftbefehl III* (Orden de Detención Europea III) y *Ökotox* (Ecotox), por lo que la jurisprudencia puede considerarse consolidada. Además, ambas decisiones son ejemplos ilustrativos de cómo la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tiene un impacto práctico en la revisión de los derechos fundamentales.

Los denunciantes en la decisión Orden de Detención Europea III de diciembre de 2020¹⁶ habían recibido una orden de detención por parte de las autoridades judi-

¹³ BVerfGE 152, 216.

¹⁴ BVerfGE 152, 216 (236 ff).

¹⁵ BVerfGE 152, 216 (243 ff).

¹⁶ Véase BVerfGE 156, 182.

ciales rumanas. Ambos se encontraban detenidos en Alemania y habían recurrido su traslado a Rumania para la ejecución de las penas y el enjuiciamiento, respectivamente, alegando que las condiciones de detención en Rumania eran inhumanas. Los denunciantes no tuvieron éxito ante los tribunales correspondientes, aunque los recursos de inconstitucionalidad sí prosperaron, en concreto porque se había violado el derecho fundamental de los denunciantes contenido en el artículo 4 de la Carta. El Tribunal Constitucional Federal declaró que la disputa legal se refería a un asunto que estaba completamente determinado por el derecho de la Unión. Por lo tanto, los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* no eran aplicables como criterio directo de revisión. Los derechos fundamentales de la Unión, expresados en particular en la Carta DFUE, eran decisivos; así, a la hora de interpretar estos derechos deben tenerse en cuenta tanto los derechos del Convenio concretados por el TEDH como los derechos fundamentales de los Estados miembros desarrollados por los tribunales constitucionales y supremos de dichos Estados y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes. Según la jurisprudencia consolidada del TJUE, el tribunal que se ocupa de una solicitud de traslado debe examinar, en un procedimiento de traslado iniciado por una orden de detención europea, si la persona que va a ser trasladada se enfrenta a un riesgo concreto de ser sometida a un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 de la Carta. Esto debía ser aclarado por el tribunal especializado competente *ex officio* en dos etapas de examen. En el presente caso, los tribunales especializados competentes no habían tenido suficientemente en cuenta el significado y el alcance del artículo 4 de la Carta y las obligaciones de información asociadas.

Por otro lado, la decisión *Ökotox* se dictó en abril de 2021¹⁷ y trataba de un recurso de inconstitucionalidad contra la autorización de comercialización concedida en el marco del procedimiento de reconocimiento mutuo para un competidor genérico de un medicamento veterinario por parte de la Oficina Federal competente. En concreto, la denuncia se refería a la exigencia de aportar datos sobre la compatibilidad medioambiental del medicamento, los llamados “datos ecotóxicos”, o, respectivamente, a la exención (parcial) del aporte de dichos datos para la autorización de un medicamento genérico, que la ley correspondiente preveía, a diferencia de la directiva correspondiente dentro del ordenamiento de la Unión Europea. La Oficina Federal competente había concedido la autorización de comercialización sobre la base de un informe de evaluación elaborado por la autoridad británica correspondiente, que también hacía referencia a los datos ecotóxicos del medicamento. La acción de los titulares de derechos del medicamento de referencia contra el reconocimiento de la autorización británica del producto genérico no prosperó en todas las instancias de la jurisdicción administrativa.

El Tribunal Constitucional Federal dictaminó que ni la decisión de admisión ni las sentencias de los tribunales administrativos que la confirmaban violaban los

¹⁷ BVerfGE 158, 1.

derechos fundamentales de los demandantes del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta DFUE. En primer lugar, había que aclarar si el criterio de evaluación era el de los derechos fundamentales alemanes o el de los europeos. La cuestión decisiva era si la Directiva europea pretendía excluir una referencia a los datos ecotóxicos de la autorización para los medicamentos genéricos, o si los Estados miembros podían hacerlo posible en sus legislaciones nacionales. El Tribunal deja esto abierto en el resultado. Dado que no solo la interpretación de los derechos fundamentales garantizados en la *Grundgesetz* debe realizarse a la luz del CEDH, de la Carta DFUE y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como su concreción por los tribunales supremos, sino que también la interpretación de la Carta recurriendo al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en forma de concreción por los tribunales supremos, la utilización del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales conducen al mismo resultado, al menos en el presente caso. Las normas constitucionales pertinentes de la *Grundgesetz* y de la Carta DFUE eran esencialmente las mismas en el presente caso. Ambos reconocieron el secreto comercial y empresarial como parte integrante de la libertad de ejercer la profesión, aplicaron un concepto amplio de intromisión y solo permitieron las restricciones si existía una base legal efectiva. Los defectos de legalidad de la decisión de autorización británica no debían ser examinados por la Oficina Federal. La cuestión de si la decisión de la Oficina Federal violaba los derechos fundamentales de los denunciantes del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta DFUE dependía, por un lado, de si la Oficina Federal era responsable de consultar y procesar los datos de Ökotox recopilados por los denunciantes y, por otro, del alcance de su ámbito de decisión y responsabilidad. El Tribunal Administrativo Federal no se había pronunciado en detalle al respecto. Sin embargo, incluso si la utilización y el tratamiento de los datos ecotóxicos de la autorización de referencia causaban una invasión independiente del derecho fundamental de los denunciantes del artículo 12 (1) de la *Grundgesetz* o, respectivamente, del artículo 16 de la Carta DFUE imputable a la República Federal de Alemania, ello estaba en todo caso justificado por las disposiciones de la Ley de Medicamentos que los legitimaban. Porque estas, a falta de aplicabilidad directa, tampoco quedaban superadas por las disposiciones divergentes de la Directiva europea. La posible intromisión en la libertad de ejercicio de la profesión y la distorsión de la competencia asociada al uso de los datos servía a un interés público, a saber: aumentar la eficacia de los procedimientos de autorización y evitar ensayos innecesarios de medicamentos en humanos y animales. Además, el caso no era especialmente grave.

Aunque las decisiones mencionadas no han aclarado a cabalidad todas las cuestiones abiertas, se puede afirmar que, con el reajuste de su jurisprudencia sobre la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo, el Tribunal Constitucional Federal ha hecho una nueva contribución al diálogo,

igualmente necesario y deseable, de los tribunales de la red europea de tribunales constitucionales, que quizá pueda resumirse en las siguientes premisas:

En primer lugar, se presenta una diversidad nacional de derechos fundamentales, si es posible, y una unidad europea de derechos fundamentales, si es necesario.

En segundo lugar, se mantiene el cumplimiento de la promesa constitucional de protección judicial específica de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del derecho, es decir, también sobre la base de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Finalmente, se manifiesta la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional Federal en los ámbitos de la vida regulados por el derecho de la Unión –en su caso, en colaboración con el TJUE–.

5. Decisión Public Sector Purchase Program

La estrecha relación de cooperación entre el Tribunal Constitucional Federal y el TJUE, dentro de la red de tribunales constitucionales europeos, para garantizar la protección de los derechos fundamentales y más allá, tal y como se ha descrito aquí, quedaría ciertamente incompleta si no me refiriera también en este punto a un desacuerdo entre ambas instituciones que se ha agudizado apenas unos meses después de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al olvido con la sentencia del 5 de mayo de 2020 sobre la compra de bonos por parte del Banco Central Europeo. En la llamada decisión PSPP (Public Sector Purchase Program),¹⁸ el Tribunal Constitucional Federal reafirmó los principios ya desarrollados en su jurisprudencia para revisar la validez de las medidas de la Unión Europea y, por primera vez, certificó que esta se había excedido en sus competencias. Ahora bien, en contra de lo que algunos piensan, la sentencia no es en absoluto adecuada como plantilla para un ataque general a los principios de la comunidad jurídica europea o a la autoridad del TJUE.

En concreto, con esta decisión, el Tribunal Constitucional Federal no cuestiona ni la primacía de la aplicación del derecho de la Unión sobre el derecho nacional, incluso sobre el derecho constitucional nacional, ni la competencia decisoria vinculante en última instancia del TJUE en la interpretación del derecho de la Unión. Más bien, para que la Unión Europea funcione como un espacio jurídico único, es esencial que la legislación adoptada conjuntamente a este nivel no se aplique ni se interprete de forma diferente en los 27 Estados miembros. Sin embargo, esta premisa no puede aplicarse sin excepción. La primacía de la aplicación del derecho de la Unión se basa tanto en los tratados europeos como en la *Grundgesetz*, en la atribución de derechos de soberanía por parte de los Estados miembros. El artículo 1 (1) del Tratado de la Unión Europea dice: “Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes

¹⁸ BVerfGE 154, 17.

constituyen entre sí una Unión Europea [...], a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes”. En términos más concretos, el artículo 5 (2) del Tratado de la Unión Europea señala: “En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. De tal suerte, los propios tratados ya dejan claro que los Estados miembros siguen siendo los “dueños” de estos y que las competencias de la Unión Europea se basan en una atribución de derechos soberanos por parte de los Estados miembros. Asimismo, el artículo 23 (1) de la *Grundgesetz* establece que la República Federal de Alemania, con el fin de realizar una Europa unida, participará en el desarrollo de la Unión Europea; que estará vinculada a los principios democráticos, constitucionales, sociales y federales y al principio de subsidiariedad, y garantizará una protección de los derechos fundamentales esencialmente comparable a la de esta *Grundgesetz*. Para ello, la Federación puede transferir derechos de soberanía por ley con el consentimiento del *Bundesrat*.¹⁹ En resumen, la primacía de la aplicación del derecho de la Unión se extiende solo en la medida en que la *Grundgesetz* y la ley que otorga el consentimiento permiten o prevén la atribución de derechos de soberanía. Corresponde al Tribunal Constitucional Federal velar por el cumplimiento de estos límites constitucionales.

El primer instrumento en el que se apoya el Tribunal Constitucional Federal para llevar a cabo esta tarea de integración es el llamado control *ultra vires*. En el marco del control *ultra vires*, el Tribunal Constitucional Federal examina si una medida de las instituciones, los organismos u otras entidades europeas está dentro de las competencias atribuidas a la Unión Europea por el legislador nacional. El Tribunal Constitucional Federal ya se ocupó ampliamente de esta cuestión en 1993 en su decisión sobre el Tratado de Maastricht. Ya entonces declaró expresamente –en relación con su jurisprudencia anterior–:

Si, por ejemplo, las instituciones u órganos europeos aplicasen o desarrollasen el Tratado de la Unión de una manera que ya no estuviese contemplada en el Tratado, tal como constituye la base del Acta de aprobación del Tratado por parte de Alemania, los actos jurídicos resultantes no serían vinculantes en el ámbito de la soberanía alemana. Los órganos estatales alemanes no podrían aplicar estos actos jurídicos en Alemania por razones constitucionales. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal examina si los actos jurídicos de las instituciones y organismos europeos se mantienen dentro de los límites de las competencias que les han sido atribuidas o si se salen de estos.²⁰

¹⁹ La Cámara con representantes de los estados federales.

²⁰ BVerfGE 89, 155 (188).

Asimismo, en su decisión de 2009 en la que aprobó en principio el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional Federal aclaró expresamente que, para salvaguardar el orden de competencias establecido en los tratados, así como en la *Grundgesetz*, está obligado a examinar si un acto jurídico de la Unión Europea se mantiene dentro del marco de competencias atribuido.²¹

En todo esto, el Tribunal Constitucional Federal era y es consciente de que un espacio jurídico uniforme como la Unión Europea requiere una aplicación y un cumplimiento uniformes del derecho decidido conjuntamente. Por esta razón, por ejemplo, en su sentencia llamada *Honeywell* de 2010, aclaró que solo se puede considerar una activación de la reserva de *ultra vires* si, en primer lugar, la acción impugnada del poder de la Unión es manifiestamente contraria a la competencia; en segundo lugar, conduce a un desplazamiento estructuralmente significativo de la competencia en detrimento de los Estados miembros y, en tercer lugar, el TJUE ha tenido previamente la posibilidad de interpretar el Tratado y de pronunciarse sobre la validez y la interpretación de los actos controvertidos en el marco de un procedimiento prejudicial, en la medida en que aún no ha aclarado las cuestiones planteadas. Así pues, el Tribunal Constitucional Federal ha establecido deliberadamente altos obstáculos para la activación de la reserva de *ultra vires*.²²

El segundo instrumento utilizado por el Tribunal Constitucional Federal en este contexto es el llamado *Identitätskontrolle* (control de identidad). En el marco del control de identidad debe examinarse si los principios constitucionales declarados inviolables por el artículo 79 (3) de la *Grundgesetz* se ven afectados por una medida de la Unión Europea. El mencionado artículo declara inadmisibles una modificación de esta si afecta al principio federal de la inviolabilidad de la dignidad humana, los principios de la democracia, del Estado de bienestar y del Estado de derecho. Dado que la *Grundgesetz* prohíbe al legislador realizar modificaciones que afecten a esta identidad constitucional, también se le prohíbe atribuir a la Unión Europea competencias para intervenir en este núcleo de identidad constitucional. Esto se regula expresamente en el artículo 23 (1) frase 3 de la *Grundgesetz*. Ahora bien, en la práctica, un conflicto real seguirá siendo la rara excepción. Después de todo, la propia Unión Europea es una comunidad basada en valores constitucionales y democráticos, que se caracteriza por el Estado de derecho y un alto nivel de protección de los derechos fundamentales, entre otras cosas, gracias a la jurisprudencia del TJUE. Además, la profundización del diálogo con el TJEU sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión, iniciada por el Tribunal Constitucional Federal con sus decisiones sobre el “derecho al olvido” y las posteriores decisiones sobre la Orden de Detención Europea III y Ecotox, tiene el potencial de contribuir a evitar una divergencia jurídicamente significativa de las normas de derechos fundamentales.

²¹ BVerfGE 123, 267 (353).

²² BVerfGE 126, 286 (302 et seqq).

Conclusiones

El TJUE es y sigue siendo un importante garante de la preservación de la Unión Europea como comunidad jurídica. No obstante, no es el actor con jurisdicción universal dentro de la red de tribunales constitucionales europeos. A pesar de todo, las tareas de los actores pueden ser diferentes –el TJUE con su competencia para interpretar el derecho de la Unión en última instancia, el Tribunal Constitucional Federal con su competencia para defender las exigencias constitucionales de la integración europea–, pero están unidos por un objetivo: ayudar a que prevalezca el imperio de la ley en una asociación de carácter propio, en la que la relación entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales elude las categorías judiciales clásicas de superioridad y subordinación.

Permítanme terminar con una conclusión personal: la orientación de nuestra *Grundgesetz* hacia la llamada “estatalidad abierta” fue una decisión audaz y, al mismo tiempo, previsoras del legislador constitucional alemán. La clarividencia demostrada por los padres y madres de la *Grundgesetz* no puede ser sobrestimada. Con la intención, contenida en el preámbulo, de servir a la paz en el mundo en una Europa unida, allanaron el camino de la integración europea y, por tanto, de la prosperidad económica y de un periodo de paz duradero en Europa. Donde apenas una generación se libraba de la guerra, la muerte y el sufrimiento, el continente europeo se ha unido de forma notable en las últimas décadas. Recordando esto, la muerte y el sufrimiento en Ucrania duelen aún más hoy.

A pesar de todos los desafíos actuales, estoy seguro de que la orientación de la *Grundgesetz* hacia la integración de Alemania en los contextos internacionales es un importante requisito para el éxito del futuro de nuestro país y de nuestro orden constitucional. En un mundo cada vez más interconectado a nivel global, en el que la solución a los problemas que nos aquejan –desde el cambio climático hasta la lucha contra una pandemia– a menudo solo puede lograrse mediante la cooperación internacional, por cierto, más allá de los continentes, y por tanto también entre América Latina y Europa, una constitución de principio abierta a los contextos internacionales es superior a otros sistemas constitucionales. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal es también una prueba de que esta apertura no tiene por qué ir en detrimento ni de la identidad de la constitución ni de la protección de los derechos fundamentales de cada individuo.