

EL JUEZ NACIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS: LA EXPERIENCIA ALEMANA

THE NATIONAL JUDGE AND EUROPEAN FUNDAMENTAL RIGHTS: THE GERMAN EXPERIENCE

María J. Roca*

RESUMEN: Se expone el cambio que la jurisprudencia constitucional alemana ha experimentado respecto al control de los derechos fundamentales. De considerar a los derechos garantizados en la Carta de derechos fundamentales como Derecho de la Unión, ajeno a sus parámetros de control, y a los garantizados en el Convenio como un tratado internacional integrado en el ordenamiento alemán con rango de ley, se ha pasado a considerar que la Carta, el Convenio y la Ley Fundamental tienen una raíz común y pueden ser utilizados, según lo que corresponda en cada relación jurídica, por el Tribunal Constitucional Federal como parámetros de control. Este cambio se expone sobre la base de dos sentencias de la sala primera y de tres de la sala segunda. Cabe concluir que es la nueva orientación jurisprudencial, no la doctrina ocasional o aislada de una sala. Se compara la experiencia alemana con la española.

PALABRAS CLAVE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Derecho al olvido; Diálogo entre Tribunales

* Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Correo-e: mjroca@ucm.es <https://orcid.org/0000-0002-8827-5177> La autora agradece al Prof. Dr. Jörg Ennuschat la bibliografía que le ha facilitado y al Prof. Dr. Ignacio García Vitoria sus valiosas observaciones críticas al borrador del texto.

ABSTRACT: The change that the German constitutional jurisprudence has experienced regarding the control of fundamental rights is exposed. From considering the rights guaranteed in the Charter of Fundamental Rights as Union Law, outside its control parameters, and those guaranteed in the Convention as an international treaty integrated into the German legal system with the force of law, it has come to be considered that the Charter, the Convention and the Fundamental Law have a common root and can be used, depending on what corresponds in each legal relationship, by the Federal Constitutional Court as control parameters. This change is exposed on the basis of two sentences of the first room and three of the second room. It can be concluded that it is the new jurisprudential orientation, not the occasional or isolated doctrine of a room. The German experience is compared with the Spanish one.

KEYWORDS: Charter of Fundamental Rights of the European Union; European Convention on Human Rights; Right to be forgotten; Dialogue between Courts

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL TCF Y LA CARTA DE DFUE A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL DERECHO AL OLVIDO: 2.1. Derecho al olvido I; 2.2. Derecho al olvido II.—3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR DE LA SALA SEGUNDA SOBRE DERECHO DE LA UNIÓN: 3.1. Inconstitucionalidad de la ley de adhesión al acuerdo sobre el Tribunal Europeo Unificado de Patentes; 3.2. Orden europea de entrega (*Europäischer Haftbefehl* III); 3.3. Medicamentos veterinarios.—4. CAMBIOS Y CUESTIONES ABIERTAS EN LA NUEVA POSICIÓN DEL TCF RESPECTO A LA CDFUE.—5. REFLEXIONES COMPARATIVAS CON EL DERECHO ESPAÑOL.—6. PRONÓSTICO ACERCA DE LA ACOGIDA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA POR OTROS ESTADOS.—7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante, TCFA) ha hecho uso hasta ahora de tres categorías dogmáticas para enjuiciar las consecuencias que la integración europea tiene en el ordenamiento alemán¹. Estas tres categorías son el control *ultra vires*,² la garantía de la identidad constitucional

¹ *Vid.*, por todos, la extensa monografía de Robert Pracht, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. Ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität*. (Tübingen: Mohr Siebeck), 2022.

² Desde el punto de vista procesal el BVerfG considera de forma inequívocamente clara que al TJUE se le debe dar siempre, ante todo, tanto la “posibilidad de interpretar los tratados como de decidir sobre la validez y la interpretación de los actos jurídicos inciertos”. Desde el punto de vista sustantivo, el BVerfG concreta en el asunto *Honeywell*, los límites de los elementos probatorios. A partir de entonces, se aplica un doble criterio: el control *ultra vires* sólo entrará en juego cuando, en primer lugar, la infracción competencial es manifiesta; y cuando, en segundo lugar, en el marco competencial existente en los Estados miembros y la Unión, hay una gran diferencia entre el principio de distribución de competencias y el principio de legalidad’.

alemana³ y el estándar de protección de los derechos fundamentales reconocidos en su Constitución. Los mencionados tres elementos de control no son del todo independientes entre sí, como se pone de manifiesto en que alguna de las sentencias aquí estudiadas (cfr.: apartado 3.2) parte de una demanda de control de identidad constitucional, y tiene el efecto de anular las decisiones de la jurisdicción ordinaria por lesión de los derechos fundamentales. Ahora se dedica principalmente la atención a los derechos fundamentales, y, más concretamente, a los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE). Cabe estimar que, de estos tres elementos de control, el menos considerado hacia los órganos de la Unión Europea (en adelante, UE) es el control *ultra vires*; el más difícil de reparar, es la objeción de lesión de la propia identidad constitucional, y, el más frecuente, es el de la garantía de los derechos fundamentales.

El título de este trabajo alude a los derechos fundamentales europeos, por lo que cabe entender que se refiere tanto a los de la CDFUE como a los del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Hay que tener presente, en primer término, la distinta posición que ocupa el Derecho de la UE, y por tanto la CDFUE y el CEDH, en el ordenamiento jurídico alemán. El CEDH es un tratado internacional y, como todos los tratados internacionales, se integra dentro del ordenamiento alemán con el rango de una ley, no tiene en la jerarquía de fuentes una posición superior a la Ley Fundamental (en adelante, LF), ni prevalece sobre ésta. Cuando Alemania ha sido condenada por Estrasburgo, al entender el TEDH que no se había aplicado de modo correcto por algún Tribunal Superior Federal la jurisprudencia europea, el TCFA siempre ha mantenido esta posición. Si el TCFA ha aceptado la necesidad de modificar alguna sentencia federal, ha sido, porque —a su juicio— no se habían tenido en cuenta los estándares que había marcado Estrasburgo, y esa carencia o desatención es contraria al Estado de Derecho⁴ que garantiza

es decir, cuando la actuación comunitaria conlleve un desplazamiento estructural significativo del orden competencial”. Mattias Wendel, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán entre protección jurídica y exceso competencial. Sobre la eficacia de los controles constitucionales nacionales en tiempos de crisis europea”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 134. Una crítica, desde el punto de vista dogmático del *control ultra vires*, puede verse en Marten Breuer, ‘Principled Resistance’ Meets ‘ultra vires’: New Techniques in Opposing ECtHR Judgments, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 82, 2022, 641-669 y en Claus Dieter Classen, “Der nationale Rechtsanwendungsbefehl für das Unionsrecht – eine dogmatisch verfehlt konstruiert mit praktisch verfehlten Konsequenzen”. *Europarecht*, 1, 2023, 4-29.

³ María J. Roca Fernández, “La identidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea”, en *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Tribunal Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2021, 115-178.

⁴ En Alemania, la posición del CEDH es la que ocupa el Derecho federal, es decir, está bajo la LF. Todos los tribunales alemanes tienen la obligación de aplicarlo como aplican el Derecho federal. Según la Sentencia del TCFA en el caso Görgülü, de 14 de

la LF. Es decir, en Alemania, hasta ahora no puede plantearse un recurso de amparo por lesión de un derecho garantizado en el CEDH. Cuando el TCFA admite un recurso para ejecutar una sentencia de Estrasburgo, se fundamenta en la LF, que prevalece siempre sobre el CEDH, al que se concede el rango de ley ordinaria.

La posición del Derecho de la UE es bien distinta. Se acepta, como no puede ser otro modo, la prevalencia del Derecho Europeo sobre el Derecho alemán⁵. El art. 23 de la LF⁶, es el precepto que regula el marco de rela-

octubre de 2004 (BVerfGE 111, 307), todos los órganos del Estado de la República Federal de Alemania están vinculados al CEDH y a los protocolos adicionales en el marco de sus competencias (Hartwig, M., “Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”. *German Law Journal*, n. 5, 2005, 1 May, 869. Walter, C., “Nationale Durchsetzung”, en Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn, (Hrsg.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*. Bd. 2, 2. Aufl. [Tübingen: Mohr Siebeck], 2013, 2002-2052). Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que Alemania ha lesionado el CEDH —ese había sido en caso, Alemania fue condenada por el TEDH en la sentencia *Görgülü v. Deutschland*, Sentencia de 26-V-2004, Nr. 74969/01— la sentencia del tribunal alemán que fue causa de esa lesión no deja por eso de tener fuerza vinculante para las partes. Las sentencias de Estrasburgo no tienen el efecto de la casación. Sin embargo, una sentencia del TEDH que condene a Alemania debe ser tenida en cuenta por los tribunales alemanes, que deben decidir sin lesionar el derecho humano en cuestión. No obstante, no se exige una ejecución automática (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04 - Rn. 1-73) de la sentencia. Por ejemplo, un tribunal puede decidir, teniendo en cuenta los intereses de quien no fue parte en el proceso ante Estrasburgo y aplicándole la jurisprudencia de este Tribunal. La decisión del TCFA sobre la interpretación de las Sentencias del TEDH que condenan a Alemania (la mencionada *Görgülü*, de 2004), deja abiertos espacios a la interpretación sobre cómo deben ser puestas en práctica en el Derecho nacional esas condenas. La vía ordinaria para ejecutar las sentencias en las que Alemania resulta condenada es la interposición por parte del recurrente de una demanda de restitución, incoándose así un proceso civil (§ 580 Nr. 8 ZPO). A este precepto de la ley de enjuiciamiento civil remiten también los preceptos paralelos de la jurisdicción laboral (§ 79 ArbGG), de seguridad social (§ 179 SGG), de la ley de procedimiento administrativo (§ 153 VwGO) y de procedimiento fiscal (§ 134 FGO). En caso de que se trate de un proceso penal existe la posibilidad, desde 1988, de reanudar el procedimiento a tenor de la ley de enjuiciamiento criminal (§ 359 Nr. 6 StPO, lex Pakelli). Si la sentencia de Estrasburgo solo supone una indemnización económica (art. 41 CEDH), el órgano competente de la ejecución es el Gobierno federal.

⁵ Recuérdese que ya desde el 17 de diciembre de 1970, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011> [Consulta: 11-03-2023], declaró que el Derecho de la Unión goza de primacía incluso con respecto a los derechos fundamentales garantizados en las Constituciones nacionales.

⁶ La traducción de los preceptos de la LF es la que consta en la web del *Bundestag*. Las demás traducciones que aparecen en este trabajo son propias. Art. 23 (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidia-

ciones entre el Derecho de la Unión Europea, la protección de los derechos fundamentales y el principio de subsidiariedad. Tanto este precepto como la cláusula de eternidad del art. 79.3 LF⁷, constituyen, en algunas ocasiones,

ridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del *Bundestag*. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

(1a) El *Bundestag* y el *Bundesrat* tienen el derecho de presentar una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a causa de la infracción de un acto legislativo de la Unión Europea contra el principio de subsidiariedad. El *Bundestag* está obligado a hacerlo a petición de un cuarto de sus miembros. Por ley, que necesita el acuerdo del *Bundesrat*, pueden admitirse excepciones del artículo 42, apartado 2, frase 1, y del artículo 52, apartado 3, frase 1, para el ejercicio de los derechos que les son reconocidos al *Bundestag* y al *Bundesrat* en los Tratados básicos de la Unión Europea.

(2) En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el *Bundestag* y los *Länder* a través del *Bundesrat*. El Gobierno Federal debe informar en detalle y con la menor dilación al *Bundestag* y al *Bundesrat*.

(3) Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al *Bundestag* la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del *Bundestag* en las negociaciones. La regulación se hará por una ley.

(4) El *Bundesrat* debe participar en la formación de la voluntad de la Federación en tanto tuviera que participar en las correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los *Länder* fueran competentes a nivel nacional. (5) En tanto los intereses de los *Länder* sean afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que la Federación tenga, por lo demás, el derecho de legislar, el Gobierno Federal tendrá en cuenta la toma de posición del *Bundesrat*. Cuando en su esencia sean afectadas las competencias legislativas de los *Länder*, la organización administrativa o sus procedimientos administrativos, el punto de vista del *Bundesrat* en eso habrá de ser tenido en cuenta de forma determinante en la formación de la voluntad de la Federación; la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto debe ser mantenida. La aprobación del Gobierno Federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación.

(6) Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los *Länder* en las materias de la educación escolar, de la cultura o de la radiodifusión, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea será transferido por la Federación a un representante de los *Länder* designado por el *Bundesrat*. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; se mantendrá la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto.

(7) La regulación de los apartados 4 a 6 se hará por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*.

⁷ Artículo 79: (1) La Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley

“un escudo y una espada” frente al Derecho de la Unión; en cambio, en otros casos, una “bisagra” de integración⁸ entre ambos ordenamientos.

Conviene asimismo recordar dos factores relevantes: 1º: La obligación de los Estados miembros (no sólo de los órganos de la UE) de respetar la CDFUE cuando aplican el Derecho de la Unión (art. 51.1)⁹, y 2º: La interpretación de la CDFUE, como la del Derecho Europeo ya sea originario o derivado, corresponde al TJUE¹⁰. Pues bien, la confluencia de ambos factores ha supuesto de modo paulatino una pérdida de relevancia de los TC nacionales en favor del mayor protagonismo del TJUE. El TCFA comenzó a darse cuenta de su pérdida paulatina de relevancia, “porque el modelo de estricta separación le arrinconaba en un espacio iusfundamental cada vez más reducido”¹¹. Es en

Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del *Bundestag* y de dos tercios de los votos del *Bundesrat*.

(3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”. En castellano, vid.: Johannes Masing, “Preservación de la identidad constitucional respecto de la UE en la jurisprudencia constitucional alemana”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 72, 2022, 393-410. En alemán, por todos, Karl-E. Hain, “Art. 79”, en Huber P. M. / Vosskuhle, A., (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar, begründet von v. Mangoldt / Klein / Starck*, vol. 2, 7. Aufl. (München: C.B. Beck), 2018, 2217-2309.

⁸ Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021. María J. Roca Fernández, *La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales*, en *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración* / coord. por Francisco Javier García Roca, Rafael Bustos Gisbert (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi), 2022, 63-90.

⁹ Cruz Villalón, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunidad* constitucional...”, 94: “La Carta no se impone a todos y cada uno de los actos de los poderes públicos nacionales de forma necesaria sino sólo *condicionada*, es decir, por decirlo con la literalidad de la propia Carta ‘únicamente cuando aplican el Derecho de la Unión’”. Sobre la aplicación del art. 51, y la sentencia del caso Åkerberg Fransson, Luis López Guerra, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y le mouvement nécessaire des choses”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 2017, 176-178. Sobre la aplicación de este precepto en sentido horizontal, vid.: Juan Ignacio Ugartemendía Eciezabarrena, “La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz del Tribunal de Justicia”. *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 361-386.

¹⁰ Cruz Villalón, Pedro, “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”. *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 25, 2021, 62-63, la tutela de los derechos de la Carta corresponde al TJUE, si el objeto de control es un acto de órganos o instituciones de la Unión, y a la jurisdicción ordinaria de los Estados miembros cuando el Derecho de la UE es aplicado por órganos de los poderes públicos nacionales.

¹¹ Xabier Arzo Santisteban, *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Madrid: CEPC), 2022, 30. Paul Pustelnik, *Drei sind eins und eins sind wir: Das Bundesverfassungsgericht als maßstabsetzende Gewalt*

este contexto¹² en el que conviene enmarcar las últimas sentencias del TCFA relativas a su posición en materia de interpretación de la CDFUE.

Otra cuestión preliminar que conviene tener presente es la estructura y normas de distribución de competencia dentro del TCFA¹³. Como es sabido, la Sala Segunda del TCFA es la que conoce de los asuntos relativos a la integración europea y a la constitucionalidad de los tratados internacionales, y la Sala Primera, la que conoce de los procedimientos sobre derechos fundamentales, ya sean recursos de amparo o procedimientos sobre constitucionalidad de las leyes en los que se invoque la lesión de algún derecho fundamental. Pues bien, es la Sala primera la que, en 2019, con ocasión de dos pronunciamientos acerca del llamado derecho al olvido¹⁴, ha modificado la posición que hasta ahora venía sosteniendo el TCFA en materia de derechos fundamentales respecto al Derecho de la Unión. Posteriormente, en 2020, la Sala Segunda, al pronunciarse acerca de dos recursos interpuestos, uno sobre la constitucionalidad de un tratado internacional¹⁵, y otro contra decisiones judiciales que autorizaban la ejecución de órdenes europeas de entrega¹⁶; así-

im europäischen Grundrechtsschutz, *VerfBlog*, 2021/7/16, <https://verfassungsblog.de/drei-sind-eins-und-eins-sind-wir/>, DOI: 10.17176/20210716-140038-0. [Consulta: 11-03-2023], lo expresa de otro modo: en un sistema legal cada vez más moldeado por el derecho de la Unión, siguiendo el criterio anterior de la jurisprudencia constitucional quedaba fuera del control del TCF. En última instancia, se aplica lo siguiente: solo aquellos Tribunales que examinan casos individuales pueden establecer estándares, y el TCF se estaba quedando al margen de la determinación de los mismos.

¹² Cruz Villalón, “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada?...”, 82, anota que el cambio jurisprudencial producido (tanto en Alemania como antes en Austria), no se debe a la preocupación por mejorar la protección de los derechos fundamentales cuanto al objetivo de preservar la posición de los respectivos TC en la garantía de éstos.

¹³ De modo distinto a lo que rige en la jurisdicción ordinaria, la Ley del Tribunal Constitucional regula también la competencia de cada una de las Salas del TC (§ 14. 1, 2 y 3 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). La sala segunda está concebida como un tribunal para los asuntos de Estado (*Staatsgerichtshof*). En caso de duda de cuál de las dos salas es la competente, decide una comisión compuesta por el Presidente, el Vicepresidente y cuatro Magistrados más (la llamada Comisión de Seis, prevista en el § 14. 5 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Para consultar con más detalle las normas de distribución de competencia entre ambas salas y las excepciones, cfr.: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/geschaeftsverteilung_node.html [Consulta del 17-05-2023].

¹⁴ Beschluss vom 06. November 2019 - 1 BvR 16/13 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr001613.html [Consulta del 17-05-2023]. y Beschluss vom 06. November 2019 - 1 BvR 276/17 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr027617.html [Consulta del 17-05-2023].

¹⁵ Sentencia de 13 de febrero de 2020. Beschluss vom 13. Februar 2020 - 2 BvR 739/17 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200213_2bvr073917.html [Consulta del 17-05-2023].

¹⁶ Sentencia de 1 de diciembre de 2020. Beschluss vom 01. Dezember 2020 - 2 BvR 1845/18 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/>

mismo, en 2021, con ocasión de un recurso sobre el respeto a la libertad de empresa en un asunto relativo a medicamentos veterinarios¹⁷ ha ratificado ese cambio de postura, matizando algunos aspectos.

¿Cuál era hasta 2019 la postura del TCFA respecto a la CDFUE? Una postura de estricta separación. Cuando se aplicaba en Alemania la CDFUE por la jurisdicción ordinaria, el TCFA no controlaba sus decisiones, por considerar que no correspondía a su jurisdicción, sino a la del TJUE, y esto tanto si la relación jurídica era totalmente regulada por el Derecho de la Unión, como si se trataba de una relación jurídica en la que había margen de discrecionalidad para los Estados miembros. En este segundo caso, el TCFA enjuiciaba el ámbito de discrecionalidad del Estado alemán según los derechos de la LF, pero no enjuiciaba el ámbito no discrecional en el que se pudiera aplicarse la Carta. Pues como hemos indicado seguía un criterio de estricta separación: donde se aplica la Carta, conoce la jurisdicción ordinaria y controla el TJUE, no es jurisdicción constitucional. De este modo se aplicaba la doctrina del TJUE en los asuntos Hans Akerberg Fransson¹⁸, y Melloni¹⁹.

En estas páginas se expone la jurisprudencia de la Sala Primera acerca de la interpretación de la CDFUE a partir de las sentencias sobre el derecho al olvido (apartado 2.) y cómo ha sido la reacción de la Sala Segunda (apartado 3.) en sentencias posteriores. Sintetizaremos las consecuencias más relevantes que se derivan, cuáles son los cambios principales para el Derecho alemán, qué consecuencias pueden tener en Europa más allá de las fronteras alemanas y qué cuestiones han quedado abiertas (apartado 4.).

2. EL TCF Y LA CARTA DE DFUE A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL DERECHO AL OLVIDO

2.1. Derecho al olvido I

Resumen del supuesto de hecho: Dos ciudadanos alemanes (ML y WW) fueron condenados a pena de prisión permanente por el asesinato del actor WS cometido en la década de los 80; en 2007 y 2008, los condenados pasaron a situación de libertad condicional. En el año 2007, iniciaron sendos procedimientos judiciales para que sus nombres no figurasen en un reportaje de

DE/2020/12/rs20201201_2bvr184518.html [Consulta del 17-05-2023].

¹⁷ Sentencia de 27 de abril de 2021. Beschluss vom 27. April 2021 - 2 BvR 206/14 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/04/rs20210427_2bvr020614.html [Consulta del 17-05-2023].

¹⁸ STJUE C-617/10, de 26 de febrero de 2013 <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-617/10&language=ES> [Consulta: 13-04-2023].

¹⁹ STJUE (Gran Sala) C-399/11, de 26 de febrero de 2013, en respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el TC español, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-399/11&language=ES> [Consulta: 13-04-2023].

la página web de *Deutschlandradio* que se había realizado con motivo del décimo aniversario del asesinato del actor. Sus demandas fueron estimadas en primera instancia y en apelación en Hamburgo. Estos tribunales consideraron que el objetivo de la reinserción debía prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos a ser informados. La sentencia de apelación fue recurrida en casación ante el Tribunal Federal²⁰ que anuló las sentencias de las instancias inferiores, por no haber valorado en sus justos términos la libertad de prensa y el interés de los ciudadanos en ser informados. Los señores ML y WW, interpusieron una demanda al TEDH, alegando violación del art. 8 del CEDH por la decisión del Tribunal Federal. El Tribunal de Estrasburgo concluyó (caso ST. M.L. y W.W. c. Alemania, 28 de junio de 2018²¹) que, atendido el margen de apreciación nacional, la importancia de mantener a disposición el reportaje, y el comportamiento de los demandantes, el Estado alemán no había faltado a su deber de proteger la vida privada de los demandantes. Por tanto, los demandantes no obtuvieron su pretensión de la retirada del programa de radio de los archivos de internet ni ante la jurisdicción ordinaria ni ante el TEDH.

Los mismos demandantes tenían en curso otro proceso. *Der Spiegel* mantenía en su archivo *on-line* artículos de prensa con información sobre el mismo asesinato, cometido en los años 80, accesible al público, a pesar del tiempo transcurrido desde la condena. El núcleo del recurso de amparo interpuesto ante el TCFA era en qué medida el factor tiempo (el largo tiempo transcurrido desde la comisión del delito) influía en la ponderación del conflicto entre los derechos de la personalidad de los afectados y la libertad de prensa. El TCFA consideró que el ordenamiento jurídico, bajo las condiciones que se dan en los medios de comunicación a través de internet, tiene la obligación de proteger el derecho de que una persona retire del acceso público indiscriminado información sobre posiciones, comportamientos o expresiones suyas anteriores. El TCFA consideró así que el Tribunal Superior federal no había concedido suficiente peso la transformación que el paso del tiempo había supuesto para seguir justificando la difusión de la información en comparación con el perjuicio que suponía para los interesados, y otorgó el amparo a los demandantes.

Parámetro de control para la decisión del TCFA son primariamente los derechos fundamentales garantizados en la LF alemana. Según la dogmáti-

²⁰ Para consultar las decisiones de la Sección VI. de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior Federal, vid.: Urteile vom 09.02.2010, VI ZR 243/08, VI ZR 244/08 <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=51316&pos=0&anz=1> [Consulta: 13-04-2023].

²¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184438> [Consulta: 13-04-2023]. Un resumen del proceso completo en la jurisdicción ordinaria alemana, previa a la decisión del TEDH, puede verse en Janine Gerleve, “EGMR: Sedlmayr-Mörder haben kein „Recht auf Vergessen“ im Netz”, *Medienrecht & Persönlichkeitsrecht*, 02.08.2018, <https://www.lhr-law.de/magazin/medienrecht-und-persoentlichkeitsrecht/egmr-sedlmayr-moerder-haben-kein-recht-auf-vergessen-im-netz/> [Consulta: 13-04-2023].

ca de los derechos fundamentales desarrollada por TCFA, la garantía frente a la difusión de información a través de los medios de comunicación no se deriva del derecho a la autodeterminación informativa, sino de las manifestaciones jurídicas externas de los derechos generales de la personalidad (“äußerungsrechtlichen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”), reconocidos en el art. 2, 1 en conexión con el art 1, 1 de la LF. El fundamento en virtud del cual TCF enjuicia este caso según los criterios del catálogo de los derechos fundamentales de su propia Constitución es que las normas de la protección de datos son un ámbito del Derecho de la Unión que está abierto al margen de apreciación de los Estados miembros. La controversia jurídica enjuiciada entra dentro de lo que se denomina “privilegio de los medios”²², que es un ámbito en el que la UE ha concedido a los Estados miembros un margen de discrecionalidad. Siempre que haya un margen de discrecionalidad, deberán ser aplicados primariamente los derechos fundamentales de la LF. Cuando se aplican los derechos fundamentales de la Constitución alemana, rige la presunción de que simultáneamente se están garantizando los derechos fundamentales de la Unión. De hecho, el TCFA, aunque fundamenta su decisión en su propia LF, sin embargo, cita tanto jurisprudencia del TJUE como del TEDH para fundamentar la consideración que el factor tiempo ha supuesto al otorgar el amparo.

Hasta 2019, el TCFA no entraba a enjuiciar según la LF aquellas relaciones jurídicas que estuvieran reguladas por el Derecho europeo. En la sentencia del derecho al olvido I, se cambia la doctrina: atendiendo al Derecho de la Unión, que deja un margen de discrecionalidad a los Estados, el TCFA asume como competencia propia la decisión y dirime según el parámetro de la LF alemana, basándose en ese margen de apreciación. Constituye una novedad en la doctrina la consideración de que cuando se garantizan los derechos fundamentales según la LF, simultáneamente se garantizan los derechos de la Carta. Esta doctrina empieza a modificar la hasta ahora mantenida de la estricta separación (*Trennungstheorie*, teoría de la separación).

²² El “privilegio de los medios” es un ámbito en el cual los medios de comunicación disfrutan de la excepción de que se les aplique el derecho de protección de datos. Garantiza determinadas excepciones frente a la aplicación general de la normativa relativa a la protección de datos personales, para su empleo con fines informativos. El fundamento de esta excepción es la adecuación entre el derecho a la protección de datos personales, por un lado, y los derechos a la libertad de expresión y de información, por otro. El privilegio de los medios está regulado en el derecho alemán en el art. 85.2 del Reglamento de Protección de datos *Datenschutz-Grundverordnung* (DSGVO), en el § 9c del Tratado Interestatal de Radiodifusión *Rundfunkstaatsvertrags* (RStV), acordado por todos los Estados federados para las cadenas ARD, ZDF, *Deutschlandradio* así como los canales privados de radiodifusión. En el § 57 del mismo acuerdo interestatal, se reconoce este privilegio adicionalmente para todos los proveedores de medios que operan en medios televisivos y sus empresas auxiliares que trabajan desde fuera de las oficinas editoriales, por ejemplo, agencias, corresponsales o compañías de producción.

2.2. DERECHO AL OLVIDO II

Resumen del supuesto de hecho: Una empresaria alemana aparecía en un reportaje de televisión como responsable de prácticas de despido injusto de sus trabajadores. En el proceso inicial de este caso, la empresaria había demandado al motor de búsqueda de *Google*, pero no había obtenido en la jurisdicción ordinaria su pretensión. El Tribunal administrativo superior de la Baja Sajonia (OLG Celle) le denegó a la demandante la petición de ser eliminada (o de no ser mostrada) por el motor de búsqueda. La empresaria aparecía al teclear su nombre y se mostraba un vínculo a un programa de televisión del canal del norte de Alemania emitido en 2010, en el que la demandante aparecía como una de las personas que había realizado prácticas inadecuadas hacia sus empleados. El TCFA denegó la demanda de amparo por considerarla infundada; el fundamento de la decisión constitucional es que la sentencia del Tribunal administrativo superior con sede en Celle, se había fundamentado dentro de los márgenes de ponderación adecuados.

Con la sentencia del derecho al olvido II, el TCFA da un nuevo paso, al asumir por primera vez como una competencia propia el control de cómo aplican los tribunales ordinarios los derechos fundamentales de la Carta. Este caso no debe ser valorado, según el TCFA, según el parámetro de control de la Ley Fundamental, porque la relación jurídica enjuiciada no está dentro del marco del privilegio que se otorga a los medios de comunicación; por el contrario, la relación jurídica está íntegramente regulada por el Derecho de la Unión. Además, la situación de hecho de este caso no entra dentro de ninguna de las reservas que relativizan la prevalencia del Derecho de la Unión en Alemania (*Solange-* o identidad). En vez de declarar inadmisibles el recurso de amparo (apartándose de la jurisprudencia constitucional reiterada hasta este caso), el TCFA eleva la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como estándar de valoración directo. En el control de la aplicación de los derechos fundamentales de la Unión, el TCFA señala como criterio el estándar del TEDH. De este modo, en lugar de aplicar la específica doctrina desarrollada por el propio TCFA sobre la eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales, aplica la argumentación menos específica del Tribunal de Justicia, a tenor de la cual, la ponderación entre el tratamiento de los datos a través de un motor de búsqueda debe realizarse según una ponderación propia. No obstante, la decisión frente al proveedor de servicios de búsqueda se ve afectada regularmente por la apreciación jurídica de la difusión de datos por parte del proveedor de contenidos, si este último ya tiene en cuenta los efectos para el interesado en Internet. El TCF en su decisión pondera la jurisprudencia del TJUE sobre los arts. 7 y 8 de la CDFUE, la sentencia en el caso de *Google Spain*²³, y la forma-

²³ La Sentencia del TJUE sobre *Google España* de 13 de mayo de 2014 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> [Consulta del 13.04.2023].

ción de los criterios de distinción en la valoración del supuesto de hecho. Por lo que se refiere a la empresa del motor de búsqueda, el TCFA considera la libertad de empresa del art. 16 de la Carta, y los derechos fundamentales de terceros (derecho a la libertad de expresión –art. 11 de la Carta- y el interés de ser informados de los usuarios).

Hasta ahora, la jurisprudencia del TCFA había sostenido una relación excluyente entre los derechos fundamentales de la UE y los derechos fundamentales nacionales. De esta exclusión recíproca, se derivaba una estricta separación entre las esferas de competencia del TCF y el TJUE. Debido a la prevalencia del Derecho de la UE, el TCFA limitaba su control a los poderes públicos alemanes, según el estándar de la LF, allí donde había un margen de apreciación nacional y se aplicaba exclusivamente el parámetro de la LF. Esta concepción de unas relaciones de *recíproca exclusión* se puso de manifiesto en la ley de apoyo a las inversiones, cuando el TCF obligó a la jurisdicción ordinaria a elevar una cuestión prejudicial al TJUE para que aclarase la intensidad del Derecho Europeo aplicable²⁴. Este test de discrecionalidad se aplicaba tanto para separar los ordenamientos jurídicos como para separar las competencias jurisdiccionales. En materias donde el Derecho de la UE era obligatorio, según el TCFA sólo serían aplicables los derechos fundamentales de la Carta, y estarían bajo la exclusiva competencia de los tribunales ordinarios sometidos al control del TJUE, mientras que allí donde hubiera margen de apreciación nacional se aplicarían exclusivamente los derechos fundamentales del Estado, bajo el control del TCFA. Los argumentos con los que la Sala Primera justificó la ampliación del parámetro de control a los DFUE fueron el mandato constitucional de responsabilidad con la integración europea y la necesidad de llenar una laguna de tutela judicial efectiva.²⁵

Esta nueva línea jurisprudencial adoptada por el TCFA en las sentencias del derecho al olvido, ha llevado a reflexionar sobre el papel de TCFA como garante de la atribución de competencias entre los Estados miembros y la UE y sobre el potencial de conflicto que entrañan para la aplicación prevalente del Derecho de la Unión.²⁶ La doctrina alemana designa como “teoría del

²⁴ BVerfG, Beschluss v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08, el TCF declaró el control concreto de constitucionalidad como ilegítimo, declarando así que no procedía el control según la LF, porque el tribunal ordinario no había tenido en cuenta del modo pertinente en el caso el Derecho de la Unión. Un comentario a esta decisión puede verse en Max Foerster, “BVerfG, 4.10.2011 - 1 BvL 3/08. Zur Vorlagepflicht an den EuGH bei Unionsrecht umsetzendem nationalen Recht”, *Juristen Zeitung*, 18. Mai 2012, 67. Jahrg., Nr. 10, 2012, 511-518.

²⁵ Arzoz Santisteban, *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales...*, 228. Vid., de modo sintético, Fabian Toros, / Martin Weiss, “Echte Kooperation?! – Wandel des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem Zu den Entscheidungen „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ des BVerfG.” *Zeitschrift für das Juristische Studium*, Nr. 2, 2020, 100-108.

²⁶ Rainer Hofmann / Alexander Heger, “Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter des Kompetenzverhältnisses zwischen der Europäischen Union und Deutschland”, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 47, 2020, 176.

puente” (*Brückentheorie*), la posición del TCFA que no ve en la primacía de aplicación del Derecho de la Unión una primacía absoluta, sosteniendo que el propio Derecho de la Unión reclama su vigencia sólo a través de las leyes de adhesión de los Estados miembros. El surgimiento de la Unión Europea como agrupación de Estados se deriva del tratado fundacional, la aplicación del Derecho de la UE en el sentido de prevalencia en la aplicación, se deriva exclusivamente de un mandato de aplicación del Derecho nacional.²⁷ Sobre estas premisas, los límites del mandato de aplicación (y, en consecuencia, de la prevalencia en su aplicación) derivan de la LF, según el TCFA (así lo sostuvo en las conocidas sentencias *Solange II*, y *Maastricht*).²⁸ La LF determina un marco vinculante para el legislador nacional que éste en ningún caso puede traspasar. Si el legislador nacional no puede sobrepasar los límites de la Constitución, todavía menos podrá ceder aquello que ni siquiera le compete²⁹. Esta concepción se ve reforzada en el art. 23 de la LF. Esta había sido la opinión de sostenida hasta antes del cambio jurisprudencial (2019), entre otros, por el presidente emérito del TCFA³⁰. Aunque no faltara quien, como Pernice, sostuviera que el Derecho de la UE es un ordenamiento jurídico autónomo, que no debe su vigencia a un mandato de aplicación que pasa a través del ordenamiento jurídico de los Estados, sino que lo obtiene directamente del ordenamiento jurídico de la UE. Por ello, no requiere ningún tipo de norma de transformación en Derecho del Estado: el art. 23, 1³¹ de la LF es sólo la norma que permite la adhesión a la UE.

²⁷ Hofmann / Heger, “Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter des Kompetenzverhältnisses...”, 177, y la jurisprudencia constitucional citada en la nota 18.

²⁸ Hofmann / Heger, “Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter des Kompetenzverhältnisses...”, 177, y la jurisprudencia constitucional citada en la nota 19.

²⁹ Hofmann / Heger, “Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter des Kompetenzverhältnisses...”, 177.

³⁰ Andreas Voßkuhle, “»Integration durch Recht« – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts”. *Juristen Zeitung*, 71, 2016, 161-168.

³¹ Art. 23: (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

(1a) El *Bundestag* y el *Bundesrat* tienen el derecho de presentar una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a causa de la infracción de un acto legislativo de la Unión Europea contra el principio de subsidiariedad. El *Bundestag* está obligado a hacerlo a petición de un cuarto de sus miembros. Por ley, que necesita el acuerdo del *Bundesrat*, pueden admitirse excepciones del artículo 42, apartado 2, frase 1, y del artículo 52, apartado 3, frase 1, para el ejercicio de los derechos que les son

La sentencia del “derecho al olvido I” debilita la exclusión recíproca en la medida en que el TCFA decide él mismo que hay margen de apreciación para el Estado, y después aplica sus propios derechos fundamentales. La sentencia “derecho al olvido II” da otro paso: el TCFA proclama que los derechos de la Carta pueden ser objeto de recurso de amparo constitucional frente a decisiones judiciales³². Esto habría sido impensable siguiendo la doctrina de la exclusión recíproca mantenida hasta ahora. Con las dos sentencias del derecho al olvido, el TCFA ha fijado un ámbito de monopolio exclusivo frente al TJUE en la interpretación de los derechos fundamentales³³, además de reforzar su posición de garante en la atribución de competencias (Estados

reconocidos al *Bundestag* y al *Bundesrat* en los Tratados básicos de la Unión Europea. (2) En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el *Bundestag* y los *Länder* a través del *Bundesrat*. El Gobierno Federal debe informar en detalle y con la menor dilación al *Bundestag* y al *Bundesrat*. (3) Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al *Bundestag* la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del *Bundestag* en las negociaciones. La regulación se hará por una ley. (4) El *Bundesrat* debe participar en la formación de la voluntad de la Federación en tanto tuviera que participar en las correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los *Länder* fueran competentes a nivel nacional.

(5) En tanto los intereses de los *Länder* sean afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que la Federación tenga, por lo demás, el derecho de legislar, el Gobierno Federal tendrá en cuenta la toma de posición del *Bundesrat*. Cuando en su esencia sean afectadas las competencias legislativas de los *Länder*, la organización administrativa o sus procedimientos administrativos, el punto de vista del *Bundesrat* en eso habrá de ser tenido en cuenta de forma determinante en la formación de la voluntad de la Federación; la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto debe ser mantenida. La aprobación del Gobierno Federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación.

(6) Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los *Länder* en las materias de la educación escolar, de la cultura o de la radiodifusión, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea será transferido por la Federación a un representante de los *Länder* designado por el *Bundesrat*. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; se mantendrá la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto.

(7) La regulación de los apartados 4 a 6 se hará por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*.

³² David Preßlein, Grundgesetz vs. Grundrechtecharta? Zur „europäisierten Grundrechtsprüfung“ des BVerfG nach den Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen“ und „Europäischer Haftbefehl III“. *Europarecht*, 3, 2021, 254. En la doctrina española: Cruz Villalón, “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada?...” 70. Ricardo Alonso García, “El TC y el derecho al olvido: ¿allanando un camino “a la alemana” de la CDFUE como parámetro directo de amparo?” REDE. *Revista española de derecho europeo*, n. 82, 2022, 13

³³ Sebastian Bering, “Solange bis Vergessen – Kritische Analyse der Entwicklung und gegenwärtigen Position der BVerfG-Rechtsprechung zum Verhältnis von EU-Recht und den Grundrechten des Grundgesetzes”, *Beiträge zum Europa- und Völkerrecht*, Heft 21, September 2020, 5.

miembros y UE), como se ha anotado. Faltaba por conocer la reacción de la Sala Segunda a este cambio jurisprudencial introducido por la Sala Primera. Tres son las decisiones principales a través de las que se manifiesta el criterio de la Sala Segunda.

3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR DE LA SALA SEGUNDA SOBRE DERECHO DE LA UNIÓN

3.1. Inconstitucionalidad de la ley de adhesión al acuerdo sobre el Tribunal Europeo Unificado de Patentes

El 13 de febrero de 2020³⁴, la Sala Segunda del TCFA declaró inconstitucional la ley de aprobación del acuerdo sobre el Tribunal Europeo Unificado de Patentes. Es la primera vez que se declara inconstitucional la ley de aprobación de un acuerdo internacional concluido por los Estados miembros³⁵. El TCF afirmó que el Derecho de la Unión no es parámetro de constitucionalidad, pero dejando abierta la cuestión de que pudiera seguirse otro criterio con respecto a la Carta de DFUE (n. marginal 116 de la sentencia), haciendo referencia a la sentencia del “derecho al olvido II”. Conviene tener presente que la versión alemana del art. 6.1 *in fine* del TUE dice “La Carta de Derechos fundamentales y los Tratados tienen el mismo valor jurídico” (*die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig*). De ese tenor literal, el Tribunal constitucional austríaco dedujo que una cosa son los tratados, y otra la Carta, y, en consecuencia, a la Carta no habría que aplicarle siempre la jurisprudencia del TJUE anterior a su entrada en vigor³⁶. El TCFA no declara

³⁴ Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2020 - 2 BvR 739/17 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200213_2bvr073917.html [Consulta del 13.04.2023].

³⁵ Comenta esta sentencia, sobre todo desde el aspecto de la declaración de inconstitucionalidad de la ley por motivos formales y de las consecuencias que tiene esta decisión para la práctica legislativa en el futuro, Christian Wehmhörer, “Souveränitätsverzicht und parlamentarische Legitimation. Die Rechtsprechung des BVerfG zum Einheitlichen Patentgericht”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 40. Jahrgang 2021, 1814-1820. En el comentario de Thomas Giegerich, “BVerfG verzögert europäische Patentreform: Vorschläge zur Schadensbegrenzung”. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Bd. 31, 2020, 560-566, se pone de manifiesto que el TCFA no entró a pronunciarse, entre otras omisiones que el autor pone de relieve, sobre si el Tribunal Europeo Unificado de Patentes era compatible o no con la identidad constitucional alemana (p. 564). Doris Möller, “Patentrecht: Nichtigkeit des Gesetzes zum Abkommen über ein Einheitliches Patentgericht mit Anmerkung”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Bd. 31, 2020, 336-337, destaca que la ley que autorizó la adhesión de la RFA al Tribunal Europeo Unificado de Patentes, suponía una modificación material de la Constitución.

³⁶ Österreich-Verfassungsgerichtshof, 14 März 2012, U466/11 ua N. 5 https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09879686_11U00466_2_00/

lo mismo, pero sí asume la distinción entre los Tratados y la Carta. Desde esta diferenciación, les niega rango constitucional a los primeros y admite que la segunda lo tenga.

Es decir, la Sala Segunda dejó abierta la posibilidad de que la CDFUE fuera considerada parámetro de constitucionalidad, como había hecho la Sala Primera en el “derecho al olvido II”. No llega a declarar que la CDFUE pueda invocarse en un recurso de inconstitucionalidad de una ley.

3.2. Orden europea de entrega (*Europäischer Haftbefehl* III)

La Sala Segunda pronunció el 1 de diciembre de 2020³⁷ una sentencia relativa a dos recursos en los que los demandantes alegaban la violación del art. 1.1., de la LF (dignidad humana), y en la que pedían que se efectuara un control del respeto a la identidad constitucional alemana. Dos decisiones de la jurisdicción ordinaria autorizaban la ejecución de las correspondientes órdenes europeas de entrega de dos personas reclamadas por las autoridades de Rumanía (en un caso, para ejecución de una condena y en el otro, para la persecución penal de un delito).

El TCF consideró que la decisión marco sobre la orden europea de detención está plenamente regulada por la Unión, sin margen de apreciación a los Estados, y por tanto rigen los derechos fundamentales de la CDFUE, y el TC procede a efectuar el control sobre si las decisiones de la jurisdicción ordinaria alemana respetaban los derechos de la Carta. No parece necesario destacar que si lo hace es porque TC se considera competente para ello, gracias a la doctrina de derecho al olvido 2. El TCFA, aplicando los derechos de la Carta anuló las decisiones judiciales impugnadas por considerar que las condiciones de reclusión en Rumanía no respetaban la garantía del art. art. 1.1. de la LF, ni los arts. 3 y 4 de la CDFUE (derecho a no recibir tratos inhumanos o degradantes). Es la primera vez que el TCFA, con base en los derechos de la Carta, anula una decisión de un tribunal ordinario alemán.

No puede extrañar que la Sala Segunda del TCFA sea favorable en este caso a la equivalencia entre la protección de la CDFUE y de la LF, porque el TJUE en una sentencia de Gran Sala³⁸, fijó las garantías sustantivas (condiciones de reclusión en el Estado de emisión de la orden de entrega) y procesa-

JFT_09879686_11U00466_2_00.pdf [Consulta del 13.04.2023]. Magdalena Pöschl, “Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon. Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH”. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, September. Issue 3, 2012, 587-609.

³⁷ Un resumen de esta sentencia en Mattias Wendel, “Grundrechtswende zur Jahreswende: Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts erkennt die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab an” *VerfBlog*, 2021/1/01, <https://verfassungsblog.de/grundrechtswendezur-jahreswende/> DOI: 10.17176/20210102-081623-0.

³⁸ STJUE (Gran Sala) 15 de octubre de 2019, asunto C-128/98 Dimitru-Tudor Dorantu. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:268:FULL&rom=EN> [Consulta del 13.04.2023].

les (deberes de información sobre esas condiciones de los órganos judiciales del Estado de ejecución de la orden de entrega), contestando precisamente a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo federal de Alemania³⁹.

Esta sentencia de 1 de diciembre de 2020 de la Sala segunda es la base de un desarrollo de la llamada teoría del acto claro; existe ‘acto aclarado o bien acto claro’, no solo cuando el Tribunal de Justicia ha pronunciado una sentencia aclarando la cuestión controvertida sino también “cuando lo han hecho el TEDH o la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros relativos a los derechos fundamentales que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes y que se corresponden con los derechos fundamentales garantizados en la Carta”⁴⁰.

¿Qué aporta esta Sentencia respecto a la transformación de la posición del TCFA en materia de derechos fundamentales? Constituye una aceptación de la línea marcada por la Sala Primera: aplica simultáneamente los derechos de la Carta y los de la LF en un ámbito plenamente regulado por el Derecho de la UE. Hasta la sentencia del “derecho al olvido 2”, el TCFA nunca había revisado las decisiones de la jurisdicción ordinaria en ámbitos regulados plenamente por el Derecho de la Unión. Aquí llega a anular las decisiones de la jurisdicción ordinaria con base en preceptos de la Carta.

3.3. Medicamentos veterinarios

Resumen supuesto de hecho: El caso de los medicamentos veterinarios puede resumirse del siguiente modo. Dos empresas habían recibido en Gran Bretaña la aprobación del Enroxil como medicamento genérico. Con posterioridad, solicitaron en 2006 la aprobación también en Alemania por el procedimiento de reconocimiento mutuo. La oficina federal competente otorgó la aprobación sobre la base de un informe de evaluación que había preparado la autoridad británica pertinente; este informe contenía los datos de ecotoxicidad del fármaco de referencia Baytril (antibiótico veterinario). Los titulares de los derechos de Baytril interpusieron entonces una demanda ante el tribunal administrativo competente, alegando que la referencia a sus datos de ecotoxicidad proporcionados para Baytril violaba la protección de los secretos comerciales garantizada por la libertad profesional. En septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo Federal desestimó la acción en última instancia, sin haber planteado la cuestión prejudicial al TJUE, ya que consideró que

³⁹ Sentencia de 19 de diciembre de 2017 2 BvR 424/17. *BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Dezember 2017 - 2 BvR 424/17 - Rn. (1 - 61)*, http://www.bverfg.de/e/rs20171219_2bvr042417en.html (*bundesverfassungsgericht.de*). [Consulta del 13.04.2023].

⁴⁰ Arzoz Santisteban, *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales...*, 231.

el Derecho europeo solo era relevante para las deficiencias en la aprobación de la referencia británica, que no era impugnabile en el procedimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania.

El supuesto de los medicamentos veterinarios es un caso técnico que trata de intereses económicos particulares y que, en última instancia, tiene como objetivo la protección frente a la competencia a través de los lazos de protección de los derechos fundamentales. El hecho de que la Sala Segunda del TCFA solo se haya pronunciado en 2021 sobre un recurso planteado en 2014 sugiere que quizá el caso fue tomado como una ocasión para pronunciarse sobre una cuestión dogmática de los derechos fundamentales⁴¹. Es decir, sobre la cuestión de si la decisión de aprobación debía decidirse con el estándar de los derechos fundamentales de la LF o con el de la CDFUE.

Desde las dos resoluciones sobre el derecho al olvido, esta cuestión se ha decidido en función de si la relación jurídica subyacente está plenamente determinada por el Derecho europeo (entonces, básicamente, los derechos fundamentales de la Carta) o si los Estados miembros tienen un cierto margen de discrecionalidad (entonces, los derechos fundamentales de la LF). La determinación de cuál de las alternativas es la correcta, se decide interpretando la ley o norma de la UE. Si la norma europea tiene como objetivo la estandarización en toda la UE o si, por el contrario, concede a los Estados discrecionalidad. La Sala Segunda precisó que la cuestión de si en el caso concreto estamos ante un supuesto de una relación jurídica totalmente determinada por el Derecho de la UE debe responderse atendiendo a si las normas aplicables pretenden facilitar la diversidad de valoraciones y la pluralidad entre los Estados (*Ermöglichung von Vielfalt und die Geltendmachung unterschiedlicher Wertungen*) o si por el contrario los márgenes de discrecionalidad reconocidos deben servir sólo para tener en cuenta de modo suficientemente flexible especiales circunstancias de hecho, pero en un ámbito en el que el Derecho de la Unión tiene como finalidad su aplicación de modo uniforme (*ob eingeräumte Spielräume nur dazu dienen sollen, besonderen Sachgegebenheiten hinreichend flexibel Rechnung zu tragen*)⁴². En consecuencia, en el caso de los medicamentos veterinarios debería haberse analizado si la Directiva 2004/28/CE quiere excluir una referencia a datos relativos a ecotoxicidad en la homologación de referencia o si los Estados miembros pueden permitirlo en sus normas de desarrollo. No existe jurisprudencia del TJUE al respecto.

⁴¹ Matthias Ruffert, "Europarecht und Verfassungsrecht: Anwendung der GRCh durch das BVerfG. Auslegung der GRCh im Licht der gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen". *Juristische Schulung*, 2022, 182, apunta a un posible deseo de entablar un diálogo con el TJUE.

⁴² Ruffert, "Europarecht und Verfassungsrecht: Anwendung der GRCh durch das BVerfG....", 181.

Pero el TCFA no procedió así⁴³. La Sala Segunda justifica la convergencia general de los niveles de derechos fundamentales de la siguiente manera: Primero, los tres catálogos se basan en el respeto y la protección de la dignidad humana y tienen su punto de referencia común en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Esto significa que los derechos fundamentales de la Carta, el CEDH y la LF se encuentran en la misma tradición como “características de los valores europeos comunes y universales”⁴⁴. En segundo lugar, los derechos fundamentales de los tres niveles son estructural y funcionalmente equivalentes. Son fundamentalmente derechos de defensa del individuo frente a la autoridad pública, cuya dimensión central del derecho de defensa (*Abwehrrechte*) está flanqueada por derechos de participación y actuación, así como por deberes de protección (*objektive Gewährleistungs- und Schutzpflichten*). En tercer lugar, los tres catálogos de derechos fundamentales son esencialmente idénticos en contenido. En consecuencia, se debe realizar una interpretación de conformidad. Para la Carta y el CEDH esto está expresamente estandarizado en el art. 52.3 y 4 CDFUE y en el art 53 CEDH⁴⁵. La CDFUE debe interpretarse no solo a la luz del CEDH sino también de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, “incluidos los derechos fundamentales de la LF y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”⁴⁶.

Después de derivar una convergencia general de los tres catálogos de derechos fundamentales, la Sala Segunda también elabora en términos concretos la congruencia de las normas del art. 12 de la LF y el art. 16 de la CDFUE. Ambos garantizan la protección de los secretos comerciales, están sujetos a un concepto amplio de interferencia, incluida la interferencia indirecta, y pueden estar restringidos por ley. Debido a la identidad del objeto de protección entre ambas normas, el TCFA realiza su examen en lo sucesivo utilizando la “norma respectiva”. Mientras que las dos sentencias del derecho al olvido, supusieron la creación de estándares generales europeos para casos concretos, la sentencia sobre los remedios veterinarios agrega una reivindicación de un estándar paneuropeo de carácter general⁴⁷. No obstante, se reconoce que allí

⁴³ Ruffert, “Europarecht und Verfassungsrecht: Anwendung der GRCh durch das BVerfG...”, 182, con consideraciones críticas.

⁴⁴ Peter M. Huber, “Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten – Identifizierung und Konkretisierung”. *Europarecht*, 2, 2022, 152-157.

⁴⁵ Susanne Baer, “Grundgesetz und Arbeitsrecht: Eckpunkte für schwierige Verhältnisse”, *Europarechtliches Symposium Bundesarbeitsgericht Erfurt*, 12.-13. Mai 2022”, 2022, 14 <https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2022/08/Referat-Baer.pdf> [Consulta: 11-03-2023].

⁴⁶ Sentencia de 27 de abril de 2021. Beschluss vom 27. April 2021 - 2 BvR 206/14, párr. 72.

⁴⁷ De algún modo, sobre esta orientación ya se venía discutiendo en la Academia de Ciencias de Gotinga, vid.: Christoph Grabenwarter, “Konkurrenz und Kooperation zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht”, en Schumann, Eva, (Hrsg.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*. 17. *Symposium der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”*, De Gruyter

donde pueda haber pequeñas divergencias entre los Estados, corresponde al TJUE garantizar la unidad de la aplicación del Derecho de la Unión.⁴⁸

4. CAMBIOS Y CUESTIONES ABIERTAS EN LA NUEVA POSICIÓN DEL TCF RESPECTO A LA CDFUE

Las decisiones del derecho al olvido habían declarado que, dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, la determinación de las garantías de los derechos fundamentales relevantes para las autoridades y los tribunales alemanes depende, en principio, de si la cuestión jurídica a decidir está totalmente determinada por el Derecho de la Unión o por el Derecho nacional. Las disposiciones de aplicación en el caso concreto son determinantes en su contexto, no una consideración general del ámbito normativo de que se trate. En cambio, en la sentencia del 27 de abril de 2021⁴⁹, la Sala Segunda del TCFA argumentó que los niveles de derechos fundamentales en Europa que son relevantes -la CDFUE, el CEDH y la LF- son también esencialmente equivalentes⁵⁰ y, por lo tanto, el examen conduce al mismo resultado independientemente del estándar específico.

La primera pregunta que surge es si las conclusiones anteriores ya estaban establecidas en la jurisprudencia de la Sala Primera sobre el derecho al olvido. Es opinión común de la doctrina alemana que la Sala Segunda ha dado un paso más allá del cambio que había introducido la Sala Primera. La Sala Primera, a diferencia de la Sala Segunda, destaca que, más allá de un cierto consenso básico, existen importantes divergencias, en particular entre los derechos fundamentales de la CDFUE y la LF, ya que el primero se alimenta de los diversos sistemas de derechos fundamentales de todos los Estados miembros, que difieren en cuanto a la forma externa, la integración institucional y

Akademie Forschung, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2015, 129-161.

⁴⁸ Sentencia de 27 de abril de 2021. Beschluss vom 27. April 2021 - 2 BvR 206/14, párr. 73. Huber, "Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten...", 152-157. En opinión de este autor (p. 163), el art. 24, 2 ("El Tribunal de Justicia podrá también pedir a los Estados miembros y a las instituciones, órganos u organismos que no sean parte en el litigio todas las informaciones que considere necesarias a efectos procesales".) del Estatuto del TJUE, hace posible que pueda solicitar a los Tribunales competentes de los Estados la documentación que estime necesaria para identificar las tradiciones constitucionales comunes.

⁴⁹ Beschluss vom 27. April 2021 - 2 BvR 206/14, accesible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/04/rs20210427_2bvr020614.html [Consulta del 13.04.2023].

⁵⁰ "Los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los derechos fundamentales de la Carta de la Unión Europea están predominantemente enraizados en tradiciones constitucionales comunes y son manifestaciones de valores europeos comunes y universales".

el tratamiento de los conflictos de valores entre diferentes derechos básicos (derecho al olvido II, párr. 44 y ss.). Por lo tanto, no se puede suponer que la Carta se identifique siempre con la LF. En el ámbito plenamente unificado, una interpretación de la CDFUE a la luz de los derechos fundamentales de la LF entraña el riesgo de que “las normas nacionales [...] se entiendan también como normas para los demás Estados miembros” (derecho al olvido II, párr. 45). En consecuencia, puede suponerse que los derechos fundamentales en virtud del Derecho de la Unión y los derechos fundamentales nacionales son independientes.

Ambas Salas tienen el mismo punto de partida - los presupuestos básicos comunes y tradiciones de origen-, pero extraen conclusiones distintas en cuanto a la congruencia y la autonomía de los niveles de derechos fundamentales. Mientras que las sentencias del derecho al olvido consideran que los derechos fundamentales se unen en la diversidad, la sentencia de los medicamentos veterinarios sólo alude a derechos fundamentales que “se unen”, sin mencionar diferencias. Queda por ver si esta diferencia entre las Salas en las sentencias persistirá a largo plazo y si es lo suficientemente grande como para conducir a una decisión plenaria de conformidad, según lo previsto en el art. 16 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (§ 16 BVerfGG)⁵¹. En la sentencia del derecho al olvido II, el TCFA declaró que no era necesaria una decisión del pleno.⁵² La sala Segunda tampoco la ha considerado necesaria.

En cualquier caso, las diferencias destacadas en las sentencias del derecho al olvido ya no se consideran determinantes en los medicamentos veterinarios. Según la evaluación de la Sala Segunda, las divergencias “(pequeñas)”⁵³ se basan menos en diferencias conceptuales que en la sustanciación del máximo tribunal respectivo. En general, se hace mucho hincapié en la dimensión institucional de la protección de los derechos fundamentales en los medicamentos veterinarios. Se han de tener en cuenta los derechos fundamentales, independientemente del nivel, siempre en la forma de su respectiva fundamentación por el máximo tribunal. Esta conciencia del poder institucional de interpretación está presente en toda la decisión de fortalecer la jurisdicción ordinaria en relación con la jurisdicción especializada –y también con el TJUE– al permitir que se vuelvan a examinar más casos individuales. Se percibía que el ordenamiento jurídico alemán estaba siendo moldeado cada vez más por el Derecho de la Unión y quedaba paulatinamente fuera del control del Tribunal Constitucional Federal. El TCFA consciente de que solo aquellos

⁵¹ Este artículo de la Ley del Tribunal Constitucional prescribe: “(1) Si en una determinada cuestión una Sala desea desviarse de la doctrina contenida en una decisión de la otra Sala, decidirá la sesión plenaria del Tribunal Constitucional.

(2) Hay quórum si están presentes dos tercios de los magistrados de cada Sala”. Véase el comentario de Bruno Schmidt-Bleibtreu / Franz Klein / Herber Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG*, 62. Auflage. (München: C.H.Beck), 2023.

⁵² “Einer Entscheidung des Plenums nach § 16 BVerfGG bedarf es nicht”, párr. 86.

⁵³ Sentencia de 27 de abril de 2021. Beschluss vom 27. April 2021 - 2 BvR 206/14, párr. 73.

tribunales que examinan casos individuales pueden establecer estándares, ha recuperado para sí la capacidad de establecerlos, también cuando se aplica el Derecho europeo.

En el caso de los medicamentos veterinarios, la Sala Segunda da un segundo y decisivo paso para extender la potestad normativa del TCFA a toda la protección de los derechos fundamentales en Europa. La competencia de interpretación del Tribunal Constitucional Federal está ligada institucional y procesalmente a la Ley Fundamental. Sin embargo, si todos los niveles de los derechos fundamentales en Europa corresponden a la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal puede afirmar que su establecimiento de normas en la materia se aplica a todos los casos en los que deba examinarse incluso cualquier derecho fundamental europeo. Mientras que el derecho al olvido creó las ocasiones individuales para la estandarización paneuropea, los medicamentos veterinarios añaden el reclamo de validez paneuropeo.

El hecho de que los derechos de la CDFUE se incorporen como posible objeto de recurso de amparo, tiene como consecuencia que el TCFA es, en esos casos, el tribunal de última instancia sobre quien recae el deber de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE sobre extremos relativos a los derechos fundamentales que no sean supuestos de acto claro ni acto aclarado⁵⁴. “La Sala segunda elabora su propia doctrina sobre la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta. El germen de esa doctrina se encuentra en un criterio sentado en la sentencia anterior de 1 de diciembre de 2020: entonces se argumentó que existe ‘acto aclarado o bien acto claro, tanto cuando el Tribunal de Justicia ha pronunciado una sentencia aclarando la cuestión controvertida como cuando también lo han hecho el Tribunal Europeo de Derechos humanos o la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros relativos a los derechos fundamentales que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes y que se corresponden con los derechos fundamentales garantizados en la Carta’⁵⁵.”

Este posicionamiento institucional está dirigido contra el TJUE y posiblemente también contra el TEDH. Si el Tribunal Constitucional Federal ya no examina en absoluto sobre la base de la Carta, sino sobre la base de un “criterio” difuso, ni siquiera puede surgir una obligación de sumisión vinculada a la relevancia del Derecho europeo para la decisión. Solo el Tribunal Constitucional Federal tiene control sobre su “estándar respectivo”, así como sobre los estándares constitucionales. No falta en la doctrina alemana quien ironice sobre la decisión de los medicamentos veterinarios, afirmando del TCF que ha declarado “tres son uno y nosotros somos uno”.

⁵⁴ Cruz Villalón, “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? ...”, 68

⁵⁵ Arzoz Santisteban, *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales...*, 231.

5. REFLEXIONES COMPARATIVAS CON EL DERECHO ESPAÑOL

La doctrina del TC español sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, podría resumirse en tres aspectos:

“1) Dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano judicial que esa ley es contraria al Derecho de la UE, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el TJUE, resulta contrario al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24, CE) si existe una ‘duda objetiva, clara y determinante’ sobre esa supuesta contradicción.

2) En cambio, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional que uno de los litigantes considera contraria al Derecho de la Unión, no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

3) Ahora bien, sí corresponde al TC velar por el principio de primacía cuando exista una interpretación del mismo efectuada por el TJUE. En tales casos el desconocimiento y preterición de ese Derecho puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”⁵⁶.

Estos tres criterios puede decirse que están mejor ajustados que la estricta separación que mantenía hasta 2019 el TCFA, porque en virtud del tercer criterio, casi siempre se permite al TC entrar a enjuiciar, por la vía de la vulneración de la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado acerca del alcance de la expresión “duda objetiva, clara y determinante”: STC 58/2004, FJ 13: “la existencia o inexistencia de una duda... no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante de duda alguna en su aplicación”⁵⁷. También esta interpretación permite mayor discrecionalidad que la doctrina del “acto

⁵⁶ Ramón Punset Blanco, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del caso Melloni”, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 193. Eso lo decidió la STC 232/2015, porque el juez ordinario inaplicó una Directiva interpretada por el TJUE en el sentido de excluir la diferencia de trato entre los funcionarios interinos y los no interinos. Lo que se apunta en el apartado 2), citando a este autor, requiere matizaciones, a tenor de lo que se recoge en las pp. 17-23 sobre la decisión de la jurisdicción ordinaria sobre el planteamiento de cuestión prejudicial, vid.: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Prontuario%20jurisprudencia%20constitucional%20sobre%20Derecho%20de%20la%20UE.pdf> [Consulta del 29-05-2023].

⁵⁷ Punset Blanco, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del caso Melloni”, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 193, en la nota 10 con más extensión. Sobre la del TC ante la primacía del Derecho de la Unión,

claro” del TCFA que exige prácticamente o bien que no haya margen de discrecionalidad alguno o que se haya producido algún pronunciamiento al respecto del TJUE.

Asimismo, es doctrina reiterada del TC español que “[no] corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo. Este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso de incumplimiento”⁵⁸. Esta doctrina es coincidente con la anterior a 2019 del TCFA. Veremos si nuestro TC la modifica en el futuro.

En la doctrina española, se ha venido manteniendo que “cuando el Derecho europeo actúa con fuerza armonizadora y ocupa todo el espacio normativo (en el marco de sus competencias compartidas) el nivel de garantías de los derechos será exclusivamente el de la Carta, que si fuese inferior al de las Constituciones nacionales deberá aplicarse con primacía. Si, en cambio, el Derecho europeo permitiese un margen de discrecionalidad a los Estados para el desarrollo del Derecho europeo (caso de las Directivas o las Decisiones marco) entonces los Estados podrían imponer el nivel de garantías más elevado de sus Constituciones”.⁵⁹ Asimismo se afirma que “el canon de control en orden a enjuiciar la constitucionalidad de la decisión judicial impugnada está integrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la CDFUE (junto con la interpretación de los mismos llevada a cabo por sus Tribunales de garantía), que devienen ‘elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE. Contenido cuyo desconocimiento determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles’⁶⁰”.⁶¹ Sólo por vía indirecta, el TC entra a conocer del Derecho de la Unión⁶².

vid.: Jorge Fernández-Miranda Fernández-Miranda, *El principio de prevalencia del ordenamiento estatal* (Madrid: Dykinson), 2020, 80-84.

⁵⁸ SSTC 372/1993, FJ 8 y otras hasta 202/1996 FJ 12.

⁵⁹ Augusto Aguilar Calahorra, “La aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por la jurisdicción ordinaria, en Francisco Balaguer Callejón / José Tudela Aranda (coords.), *Perspectivas actuales del proceso de integración europea* (Zaragoza: Fundación Giménez Abad), 2019, 256.

⁶⁰ STC26/2014, FJ 4 (caso Melloni). Francisco Javier Donaire Villa, “Supremacía de la Constitución versus primacía del derecho de la UE en materia de derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Melloni”, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 637-654.

⁶¹ Punset Blanco, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo...”, 202.

⁶² Punset Blanco, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo...”, 209: “Sí compete al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación del mismo efectuada por el TJUE. En tales casos el desconocimiento y preterición de ese Derecho cabe que suponga una ‘selec-

Hasta aquí, se puede decir que la interpretación jurisprudencial y doctrinal en España coincide con la alemana, anterior a las sentencias de la Sala Primera sobre el “derecho al olvido” de 2019 y de las posteriores de la Sala Segunda (principalmente la de los medicamentos veterinarios). Sin embargo, hay una diferencia importante. En nuestro Derecho, “la finalidad del proceso constitucional de amparo no es la de proteger, en virtud de lo dispuesto en el art. 93 de la CE, los preceptos proclamados en la CDFUE, sino la de dispensar tutela a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución, según establece el art. 53.2 de la misma”⁶³. En cambio, en Alemania el TCFA se considera corresponsable del proceso de integración europea y, como se ha visto a partir de la sentencia del derecho al olvido 2, se puede interponer un recurso de amparo por violación de la CDFUE. Además, a tenor de la Sentencia del TCFA de los medicamentos veterinarios, las decisiones de este órgano aspiran a tener una fuerza de irradiación paneuropea⁶⁴.

El problema en la aplicación de un derecho fundamental proclamado en la CDFUE y en la CE: “El problema se plantea si el Derecho europeo —sin vulnerar la Carta, a criterio del TJUE, máximo intérprete de la misma— contraviene un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución en los términos y con el alcance fijado en la doctrina del TC. Es obvio en tal caso que ni el art. 93 CE dispensa a los poderes públicos españoles llamados a ejecutar el Derecho europeo de su sometimiento a la Constitución (art. 9.1), ni la vía hermenéutica del art. 10.2 CE permite retorcer el significado lingüístico de los preceptos constitucionales ni eliminar la supremacía exegética sobre ellos por parte del TC”⁶⁵. A mi parecer, este aserto no es tan obvio⁶⁶. Un hipotético supuesto como este, sí sería muy útil para que el TC español aplicase la

ción irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”.

⁶³ Punset Blanco, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo...”, 206.

⁶⁴ Punset Blanco, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo...”, 208: “Por lo tanto, debe reputarse de indiscutible, que a diferencia de lo que ocurre con el TCF alemán, el TC español en modo alguno se considera autorizado para determinar el alcance hermenéutico del Derecho europeo, lo cual compete en exclusiva al TJUE. Y esto es completamente lógico: el ordenamiento europeo vincula con idéntico grado de intensidad a todos los Estados de la Unión, de manera que ninguno de ellos puede fijar, aunque sólo sea para su exclusivo ámbito territorial, el sentido y el alcance de las normas europeas”.

⁶⁵ Punset Blanco, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo...”, 210.

⁶⁶ Francisco Balaguer Callejón, “Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, n. 37, 2022, 178, en caso de que los tribunales españoles apreciaran una posible tacha para la aplicación de una norma europea, y la respuesta del TJUE a una cuestión prejudicial fuera que la norma es válida, “entonces la norma legal interna es inconstitucional por aplicación del art. 93 de la CE, al lesionar el derecho europeo, y debe ser inaplicada, limitando su ámbito temporal de validez”.

doctrina del TCFA⁶⁷, haciendo de las tres declaraciones de derechos (Carta, Convenio y Constitución) un *unum*, de cuya interpretación no se considera excluido sino que aspira a irradiarla a los demás Estados.

Esta situación prueba que la posición alcanzada por la CDFUE “no es el exclusivo resultado de lo que el Derecho primario de la Unión, interpretado por el Tribunal de Justicia, dispone. Está siendo también, complementariamente, la obra de los Estados miembros, algunos de los cuales han aportado contribuciones específicas a la referida posición de la Carta”.⁶⁸ “La Carta es Declaración de derechos y libertades *de la Unión*, y es declaración de derechos y libertades *de los Estados miembros*. Y aún dentro de éstos, la Carta puede mostrar diferencias de valor entre unos y otros”.⁶⁹ “La CDFUE pretende ‘superponerse’ así a las cartas nacionales, con vocación de desplazamiento”.⁷⁰ Ahora bien, “la CDFUE no *anula* los derechos y libertades nacionales, incluso en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como el Tribunal de Justicia ha venido a reconocer en el conocido punto 29 del asunto Åkerberg”.⁷¹ Para que nuestra jurisprudencia contribuya al establecimiento de estándares interpretativos, sería necesario que las Sentencias de los tribunales superiores fueran más argumentativas, sin limitarse a citar los preceptos de la Carta y del Convenio, y alguna Jurisprudencia del TJUE y del TEDH⁷².

⁶⁷ Alonso García, Ricardo, “El TC y el derecho al olvido: ¿allanando un camino “a la alemana” de la CDFUE como parámetro directo de amparo?” REDE. *Revista española de derecho europeo*, 82, 2022, 9-15.

⁶⁸ Cruz Villalón, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales...”, 86.

⁶⁹ Cruz Villalón, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunidad* constitucional...”, 92.

⁷⁰ Cruz Villalón, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunidad* constitucional...”, 94. Cruz Villalón, “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada?...”, 63.

⁷¹ Cruz Villalón, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunidad* constitucional...”, 94.

⁷² En la STS 12/2919, de 11 de enero, sobre derecho al olvido, en el FJ 2 “sobre el marco normativo y jurisprudencial aplicable para resolver el recurso de casación”, se mencionan los art. 7, 8 y 11 de la CDFUE, las S del TJUE de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12) y S. de 1 de junio de 2018 (asunto 210/18), así como el art. 10 del CEDH y las S del TEDH de 16 de diciembre de 2010 Caso Aleksey Ovchinnikov c. Rusia, la S. 16 de junio 2015 (caso Delfi As c. Estonia y la S de 28 de junio de 2018. Estimamos que se referirá al caso ST. M.L. y W.W. c. Alemania, 28 de junio de 2018, aunque el FJ de la STS no lo especifica. Sobre esta STS, puede verse: Sancho López, Marina, “El derecho al olvido y el requisito de veracidad de la información. Comentario a la STS de España núm. 12/2019, de 11 de enero”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n. 28, 2019, 432-443. Sancho López, Marina, “Límites del derecho al olvido”, en *Revista general de derecho constitucional*, n. 32, 2020. Para un estudio del derecho al olvido desde la perspectiva penal, Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros, “El conflicto entre el derecho al olvido digital del pasado penal y las libertades informativas”, en *Revista de derecho político*, n. 106, 2019, 137-166. Desde la perspectiva civil Juan Pablo Murga Fernández, “La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4 Núm. 4, 2017, pp. 181-209.

6. PRONÓSTICO ACERCA DE LA ACOGIDA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA POR OTROS ESTADOS

Como decía hace unos años Cruz Villalón, “la Carta opera un ‘cambio de paradigma’ en el modo de asumir la garantía de los derechos y libertades”.⁷³ El TC de Austria, ya en 2012 había abierto la posibilidad del recurso de amparo invocando la CDFUE, y este cambio parece haber sido bien acogido por el TJUE, al menos así lo pone de manifiesto la carta de su presidente dirigida al *Verfassungsgerichtshof* austríaco⁷⁴. En este sentido, el TCFA no es pionero. A mi parecer, la nueva orientación de la jurisprudencia constitucional alemana será bien acogida por los Estados que han hecho —como venía haciendo hasta ahora el TCFA— una doble renuncia⁷⁵: 1º.— Una renuncia al control del Derecho de la UE. Dicho de otro modo: una renuncia al control de la aplicación del derecho de la UE por los tribunales ordinarios dentro de su Estado, según el parámetro de la propia Constitución estatal. Y 2º.— Una renuncia al control dentro de su Estado de la aplicación del Derecho de la UE, según el parámetro de la Carta de DFUE. Los TC de los Estados, podrán seguir la estela marcada por el TCFA para recuperar el enjuiciamiento de la práctica totalidad de los recursos sobre derechos fundamentales e ir así fijando sus propios estándares y contribuir a fijar los estándares europeos.

En qué medida será aceptado el paso más atrevido de la Sala Segunda que pretende un alcance paneuropeo para los criterios interpretativos de un TC nacional ya es más dudoso⁷⁶. Probablemente otros Estados —como ha ocurrido con el control del respeto a la identidad constitucional— también lo sigan, pero no parece que pueda considerarse como criterio paneuropeo si no

⁷³ Cruz Villalón, “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales...”, 90.

⁷⁴ Cruz Villalón, “¿Una forma de cooperación judicial no reclamada?...”, 69, nota 30. Koen Lenaerts, “Concluding remarks”. EUnited in diversity: between common constitutional traditions and national identities International Conference Riga, Latvia – 2-3 September 2021, 231-238, no hace referencia explícita al cambio jurisprudencial en el TCFA sobre la posibilidad de recurso de amparo sobre la base de la CDFUE. Ciertamente, el objeto fundamental del congreso es la “identidad constitucional”, pero ello no impide al Presidente referirse a importantes aspectos sobre la garantía de la igualdad, y sí se hace eco de la preocupación expresada por el Magistrado italiano Viganò sobre las potenciales dificultades que puede presentar el unilateralismo a nivel paneuropeo (p. 235). https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/eunited_in_diversity_-_riga_september_2021_-_conference_proceedings.pdf [Consulta: 6-03-2023].

⁷⁵ Wendel, “Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte....”, 159

⁷⁶ Daniel Sarmiento, *On the Road to German Hegemony in EU Law?*, *VerfBlog*, 2020/10/07, <https://verfassungsblog.de/on-the-road-to-german-hegemony-in-eu-law/>, DOI: 10.17176/20201007-121534-0. [Consulta: 6-03-2023].

hay un consenso en la doctrina jurisprudencial de un número representativo de TC. La doctrina alemana ve esta orientación como una protección de los derechos fundamentales cooperativa (“*kooperativer Grundrechtsschutz*”) ⁷⁷. Estimo que la introducción de la CDFUE como materia esencial en el diálogo entre tribunales ⁷⁸ es no solo inevitable, sino también deseable.

Una progresiva tendencia a la unidad de comprensión de los derechos fundamentales —ya sean garantizados en la Constitución nacional, en la CDFUE o en el CEDH— a mi parecer terminará imponiéndose. No es del todo comprensible para los ciudadanos, los destinatarios del Derecho, que el ejercicio de un derecho fundamental tenga distintos parámetros de control. Ahora bien, ello supone aceptar que haya una última instancia que tenga la última palabra. Y aquí —si se camina hacia esa unidad— la cuestión estaría en cuál sería ese órgano jurisdiccional, ¿el TJUE o el TEDH? En caso contrario, las contradicciones serían flagrantes.

BIBLIOGRAFÍA:

- Aguilar Calahorra, Augusto, La aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por la jurisdicción ordinaria. Francisco Balaguer Callejón / José Tudela Aranda (coords.), *Perspectivas actuales del proceso de integración europea* (Zaragoza: Fundación Giménez Abad, 2019), 245-274.
- Alonso García, Ricardo, “A vueltas con el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”. REDE. *Revista española de derecho europeo*, N.º. 73-74, 2020, 13-20.
- Alonso García, Ricardo, “El TC y el derecho al olvido: ¿allanando un camino “a la alemana” de la CDFUE como parámetro directo de amparo?” REDE. *Revista española de derecho europeo*, N.º. 82, 2022, 9-15.
- Arzoz Santisteban, Xabier, *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Madrid: CEPC), 2022.
- Baer, Susanne, “Grundgesetz und Arbeitsrecht: Eckpunkte für schwierige Verhältnisse”, *Europarechtliches Symposium Bundesarbeitsgericht Erfurt, 12.-13. Mai 2022* <https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2022/08/Referat-Baer.pdf> [Consulta: 11-03-2023].
- Balaguer Callejón, Francisco, “Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, n. 37, 2022, 137-186.
- Bering, Sebastian, “Solange bis Vergessen – Kritische Analyse der Entwicklung und gegenwärtigen Position der BVerfG-Rechtsprechung zum Verhältnis von EU-Recht und den Grundrechten des Grundgesetzes”, en *Beiträge zum Europa- und Völkerrecht*, Heft 21, September 2020.

⁷⁷ La expresión es de Baer, “Grundgesetz und Arbeitsrecht: Eckpunkte für schwierige Verhältnisse...”, 16. En parecidos términos, Masing, “Preservación de la identidad constitucional respecto de la UE...”, 409.

⁷⁸ Vid.: Ignacio García Vitoria, “La participación de los Tribunales constitucionales en el Sistema europeo de Derechos Fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el Asunto Taricco).” REDE. *Revista española de derecho europeo*, n. 67, 2018, 139-164.

- Breuer, Marten, 'Principled Resistance' Meets 'ultra vires': New Techniques in Opposing ECtHR Judgments, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 82, 2022, 641-669. DOI 10.17104/0044-2348-2022-3-641
- Calliess, Christian, "Grundrechtsschutz zwischen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und Gerichtshof der EU (EuGH): Von Solange I bis zum Recht auf Vergessen II", en *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Nr. 134, 06.09.2021 y *Zeitschrift Jura*, 2021 (open Access). [Consulta: 6-03-2023].
- Carmona Contreras, A. M., "El espacio europeo de los derechos fundamentales de la Carta a las constituciones nacionales." *Revista española de derecho constitucional*, n. 107, 2016, 13-40.
- Casares Marcos, Ana Belén, "Derecho al olvido en internet y autodeterminación informativa personal." *Revista de administración pública*, n. 212, 2020, 401-437.
- Classen, Claus Dieter, "Der EuGH: keine Bedrohung für die deutsche Souveränität." *Juristen Zeitung*, 2022, 887-889.
- Classen, Claus Dieter, "Der nationale Rechtsanwendungsbefehl für das Unionsrecht – eine dogmatisch verfehlt konstruiert mit praktisch verfehlten Konsequenzen." *Europarecht*, 4, 2023, 5-30.
- Cruz Mantilla de los Ríos, Pablo, *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi), 2021.
- Cruz Villalón, Pedro, "¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE." *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 25, 2021, 57-85.
- Cruz Villalón, Pedro, "El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunidad* constitucional europea." *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 85-101.
- Donaire Villa, Francisco Javier, "Supremacía de la Constitución *versus* primacía del derecho de la UE en materia de derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto *Melloni*." *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 637-654.
- Edenharter, Andrea, "Die EU-Grundrechte-Charta als Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts". *Die Öffentliche Verwaltung*, 9, 2020, 349-357.
- Fernández-Miranda Fernández-Miranda, Jorge, *El principio de prevalencia del ordenamiento estatal* (Madrid: Dykinson), 2020.
- Franzius, Claudio, "Grundrechtsschutz in Europa. Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte." *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 75, 2015, pp. 383-412.
- García Vitoria, Ignacio, "La participación de los Tribunales constitucionales en el Sistema europeo de Derechos Fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el Asunto *Taricco*)."
- REDE. Revista española de derecho europeo*, n. 67, 2018, 139-164.
- Gerleve, Janine, "EGMR: Sedlmayr-Mörder haben kein „Recht auf Vergessen“ im Netz", *Medienrecht & Persönlichkeitsrecht*, 02.08.2018, <https://www.lhr-law.de/magazin/medienrecht-und-persoendlichkeitsrecht/egmr-sedlmayr-moerder-haben-kein-recht-auf-vergessen-im-netz/> [Consulta: 13-04-2023].
- Giegerich, Thomas, "BVerfG verzögert europäische Patentreform: Vorschläge zur Schadensbegrenzung, Europäische" *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Bd. 31, 2020, 560-566.
- Grabenwarter, Christoph, "Konkurrenz und Kooperation zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht", en Schumann, Eva, (Hrsg.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*. 17. *Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*, De Gruyter Akademie Fors-

- chung, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2015, 129-161. <https://doi.org/10.1515/9783110416558-008> [Consulta: 13-04-2023].
- Hain, Karl-E., “Art. 79”. Huber P. M. / Vosskuhle, A., (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, begründet von v. Mangoldt / Klein / Starck, vol. 2, 7. Aufl. (München: C.B. Beck), 2018, 2217-2309.
- Hartwig, Matthias, “Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”. *German Law Journal*, n. 5, 1 May, 2005, 869-894.
- Hillgruber, Christian, “Von souveränen Nationalstaat zur souveränen Europäischen Union? Souveränitätsverlagerung durch supranationale Rechtsprechung.” *Juristen Zeitung*, 2022, 584-592.
- Hofmann, Rainer / Heger, Alexander, “Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter des Kompetenzverhältnisses zwischen der Europäischen Union und Deutschland”, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 47, 2020, 176-190.
- Hofmann, Rainer / Heger, Alexander, “Zur neuen Grundrechte-Architektur im europäischen Mehrebenensystem.” *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 48, 2021, 1-11.
- Hofmann, Rainer / Heger, Alexander, “Zur Zukunft der Europäischen Union als Wertunion.” *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 49, 2022, 361-378.
- Höreth, M., Grundgesetz und EU-Recht, en *Das Europalexikon* <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/das-europalexikon/177026/grundgesetz-und-eu-recht/> [Consulta: 11-03-2023]
- Huber, Peter M., “Grundrechtsschutz in Europa – Vermehrung, Verunsicherung, Kohärenz.” Giovanni Biaggini / Oliver Diggelmann / Christine Kaufmann (Hrsg.), *Polis und Kosmopolis Festschrift für Daniel Thürer* (Baden-Baden: Nomos Verlag), 2015, 305-321.
- Huber, Peter M., “Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten – Identifizierung und Konkretisierung”. *Europarecht*, 2, 2022, 145-165.
- Jiménez-Castellanos Ballesteros, Inmaculada, “El conflicto entre el derecho al olvido digital del pasado penal y las libertades informativas”, en *Revista de derecho político*, n. 106, 2019, 137-166.
- Lenaerts, Koen, “Concluding remarks”. EUUnited in diversity: between common constitutional traditions and national Identities International Conference Riga, Latvia – 2-3 September 2021, 231-238 https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/eunited_in_diversity_-_riga_september_2021_-_conference_proceedings.pdf [Consulta: 6-03-2023].
- López Guerra, Luis, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y ‘le mouvement nécessaire des choses.’” *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 163-188.
- Lührig, Nicolas, BVerfG-Präsident Stephan Harbarth: „Steigen Sie in die Charta ein“ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/anwaltspraxis/verfassungsbeschwerde-eu-grundrechtecharta> [Consulta: 11-03-2023].
- Masing, Johannes, “Preservación de la identidad constitucional respecto de la UE en la jurisprudencia constitucional alemana.” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 72, 2022, 393-410.
- Möller, Doris, “Patentrecht: Nichtigkeit des Gesetzes zum Abkommen über ein Einheitliches Patentgericht mit Anmerkung, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Bd. 31, 2020, 324-337.
- Murga Fernández, Juan Pablo, “La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet.” *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4. Núm. 4, 2017, 181-209.
- Nowak, Carsten / Thiele, Carmen (Hrsg.), *Effektivität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union. Beiträge zum 10. Jahrestag der rechtsverbindlichen EU-Grundrechtecharta* (Baden-Baden: Nomos Verlag), 2021.

- Paulus, Andreas, “Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in herausfordernden Zeiten: Rede zur Verabschiedung als Richter des Bundesverfassungsgerichts.” *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 49, 2022, 357-360.
- Pöschl, Magdalena, “Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon. Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH”. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, September. Issue 3, 2012, 587-609.
- Pracht, Robert, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. Ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität* (Tübingen: Mohr Siebeck), 2022.
- Preßlein, David, Grundgesetz vs. Grundrechtecharta? Zur „europäisierten Grundrechtsprüfung“ des BVerfG nach den Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen“ und „Europäischer Haftbefehl III“. *Europarecht*, 3, 2021, 247-273.
- Punset Blanco, Ramón, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del caso Melloni.” *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 189-212.
- Pustelnik, Paul, *Drei sind eins und eins sind wir: Das Bundesverfassungsgericht als maßstabsetzende Gewalt im europäischen Grundrechtsschutz*, *VerfBlog*, 2021/7/16, <https://verfassungsblog.de/drei-sind-eins-und-eins-sind-wir/>, DOI: 10.17176/20210716-140038-0. [Consulta: 11-03-2023].
- Recht-auf-Vergessen-Entscheidungen: Wie das BVerfG die Grundrechtsprüfung neu ordnet. Legal Tribune Online, 04.12.2019, https://www.lto.de/persistent/a_id/39061/ [Consulta: 13-03-2023].
- Roca Fernández, María J., “La identidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea”, en *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Tribunal Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2021, 115-178.
- Roca Fernández, María J., “La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales” en *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración* / coord. por Francisco Javier García Roca, Rafael Bustos Gisbert, (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi), 2022, 63-90.
- Romeo Ruiz, Aritz, “El derecho al olvido en las administraciones públicas.” *Revista española de derecho administrativo*, n. 198, 2019, 215-242.
- Ruffert, Matthias, “Europarecht und Verfassungsrecht: Anwendung der GRCh durch das BVerfG. Auslegung der GRCh im Licht der gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen”. *Juristische Schulung*, 2022, 180-182.
- Sancho López, Marina, “El derecho al olvido y el requisito de veracidad de la información. Comentario a la STS de España núm. 12/2019, de 11 de enero”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n. 28, 2019, 432-443.
- Sancho López, Marina, “Límites del derecho al olvido”, en *Revista general de derecho constitucional*, n. 32, 2020.
- Sarmiento, Daniel, *On the Road to German Hegemony in EU Law?*, *VerfBlog*, 2020/10/07, <https://verfassungsblog.de/on-the-road-to-german-hegemony-in-eu-law/>, DOI: 10.17176/20201007-121534—0. [Consulta: 6-03-2023].
- Schmidt, Reiner, “Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgericht?” *Juristen Zeitung*, 2022, 853-908.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz / Bethge, Herber, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG*, 62. Auflage. (München: C.H.Beck), 2023.
- Toros, Fabian / Weiss, Martin, “Echte Kooperation?! – Wandel des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem Zu den Entscheidungen „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ des BVerfG.” *Zeitschrift für das Juristische Studium*, Nr. 2, 2020, 100-108.
- Ugartemendía Eciezabarrena, Juan Ignacio, “La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz del Tribunal de Justicia”. *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 361-386.

- Voßkuhle, Andreas, "La integración europea a través del Derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal (alemán)." *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 103-121.
- Voßkuhle, Andreas, "Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa", en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 47, 2020, 165-171.
- Voßkuhle, Andreas, "»Integration durch Recht« – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts". *Juristen Zeitung*, 71, 2016, 161-168.
- Walter, Christian, "Nationale Durchsetzung", en *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*. Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn, (Hrsg.), Bd. 2, 2. Aufl., (Tübingen: Mohr Siebeck), 2013, 2002-2052.
- Wehmhörner, Christian, "Souveränitätsverzicht und parlamentarische Legitimation. Die Rechtsprechung des BVerfG zum Einheitlichen Patentgericht", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 40. Jahrgang 2021, 1814-1820.
- Wendel, Mattias, "Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte." *Juristen Zeitung*, Jg. 75, 2020, 157-168.
- Wendel, Mattias, "El Tribunal Constitucional Federal Alemán entre protección jurídica y exceso competencial. Sobre la eficacia de los controles constitucionales nacionales en tiempos de crisis europea", en *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, 2017, 123-162.
- Wendel, Mattias, "Grundrechtswende zur Jahreswende: Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts erkennt die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab an" *VerfBlog*, 2021/1/01, <https://verfassungsblog.de/grundrechtswendezur-jahreswende/> DOI: 10.17176/20210102-081623-0.