

ALGUNOS RETOS ACTUALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA *

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.

Investigador, UNED

Extracto:

EL Tribunal de Justicia ha comenzado a utilizar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como un instrumento con fuerza jurídica equivalente al Tratado, a la vez que amplía el ámbito de su control jurisdiccional y su posición como garante de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Sin embargo, esto debería ir acompañado de una auténtica garantía de los mismos y una pormenorizada justificación de sus límites y restricciones, lo que no parece evidente en todos los casos.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Derechos Fundamentales, Derecho de la Unión Europea.

* Este trabajo se expuso en el I Congreso Internacional «Constitucionalismo Multinivel: Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales», celebrado en Bruselas los días 2, 3 y 4 de marzo de 2011, con el título de «Algunas reflexiones sobre el Tribunal de Justicia».

SOME CURRENT CHALLENGES IN EUROPEAN COURT OF JUSTICE'S JURISPRUDENCE LAW *

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.

Investigador, UNED

Abstract:

EUROPEAN Court of Justice has begun to use the Charter of Fundamental Rights of the European Union as a legal binding instrument equivalent to the Treaty, and expanding the level of its Jurisdiction and its position as fundamental rights guarantor in European Union. However, this should be accompanied by a genuine guarantee of these rights and a detailed justification of its limitations and restrictions, that is not evident in all cases.

Keywords: European Court of Justice, Fundamental Rights, European Union Law.

* Este trabajo se expuso en el I Congreso Internacional «Constitucionalismo Multinivel: Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales», celebrado en Bruselas los días 2, 3 y 4 de marzo de 2011, con el título de «Algunas reflexiones sobre el Tribunal de Justicia».

Sumario

1. Introducción.
2. El ámbito del derecho de la Unión y de la competencia del Tribunal de Justicia.
3. La utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento con fuerza jurídica.
4. Conclusiones generales.

1. INTRODUCCIÓN

Como es de sobra conocido, el Tribunal de Justicia ha asumido un papel protagonista en la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea y, podríamos decir, en la construcción de un sistema de protección de los derechos fundamentales en dicho ámbito ¹.

En un primer momento la exigencia de respeto a los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario se exigió solo respecto a las instituciones comunitarias, como en la Sentencia *Defrenne* (1978) ², pero no tarda en ampliar dicha exigencia a los actos de los Estados miembros que aplican Derecho comunitario, en la Sentencia *Wachauf* (1989) ³, también cuando lo derogan así en la Sentencia *ERT* (1991) ⁴ o exceptúan de forma justificada (Sentencia *Familiapress*) (1997) ⁵; excluyendo, eso sí, el control de la actividad estatal que queda fuera del ámbito del Derecho comunitario, como expone en las Sentencias *Cinéthèque* (1985), *Meryem Demirel* (1987), *Kremzow* (1997) y *Annibaldi* (1997) ⁶.

Además, como muy bien manifiesta en *Wachauf*, el alcance de los derechos no es de carácter absoluto, sino que pueden ser objeto de restricción, siempre que las restricciones respondan a objetivos de interés general perseguidos por la comunidad y no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de los derechos ⁷.

¹ Ciertamente es discutible que se pueda hablar, en sentido estricto, de un sistema de protección de derechos humanos en la Unión Europea, puesto que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, no existía un catálogo de derechos que tuviera carácter vinculante, ni mecanismos específicos de protección de los mismos. *Vid.* CASTILLO DAUDÍ, M., «La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): La Obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea», en BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 196. Pero es indudable que la tutela «pretoriana» o «casuística» que ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia ha contribuido a su construcción.

² Sentencia de 15 de junio de 1978, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne SABENA*, C-149/77.

³ Sentencia de 13 de julio de 1989, *Hubert Wachauf c. República Federal de Alemania*, C-5/88.

⁴ Sentencia de 18 de junio de 1991, *Ellinki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon prossopilou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas y otros*, C-260/89.

⁵ Sentencia de 16 de junio de 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags – und Vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*, C-368/95.

⁶ Sentencias de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, C-60/84; de 30 de septiembre de 1987, *Meryem Demirel c. Stadt de Schwaebisch Gmuend*, C-12/86; de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, C-299/95; de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi*, C-309/96.

⁷ Esto lo confirma después en la Sentencia de 5 de octubre de 1994, *X c. Comisión*, C-404/92.

Es importante tener en cuenta que las limitaciones de una tutela jurisprudencial de los derechos fundamentales, y el propio proceso de construcción europeo, motivaron que surgiera la conciencia de la necesidad de positivizar la tutela de los derechos fundamentales, que tuvo como fruto la adopción de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que se proclamó de forma solemne en Niza como Declaración Común de la Comisión Europea, el Parlamento y el Consejo, en el Consejo de Niza, celebrado del 7 al 9 de diciembre de 2000⁸.

Curiosamente ese mismo año, si bien con antelación a la aprobación de la Carta, el Tribunal de Justicia dicta la Sentencia *Kreil* (2000)⁹, donde la preferencia del Derecho comunitario respecto a las normas constitucionales nacionales, una auténtica «revolución jurídica»¹⁰, se materializaba de forma efectiva al considerar el Tribunal que el principio de paridad de tratamiento entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo, la formación y la promoción profesional (regulado en la Directiva 76/207/CEE) impedía la aplicación de disposiciones nacionales como el artículo 12 de la Constitución alemana, que excluía a las mujeres con carácter general de los empleos militares que conllevaban uso de armas¹¹.

Ante un conflicto entre el principio de no discriminación basada en el sexo, tutelado como principio general en el Derecho comunitario, y una disposición constitucional alemana que prohibía a las mujeres llevar armas en el ejército, el Tribunal de Justicia obligó a Alemania a llevar a cabo una reforma constitucional¹².

No obstante, en una sentencia posterior, la Sentencia *Dory* (2003)¹³ parece que reorienta su doctrina. Se trataba de un ciudadano alemán obligado a prestar el servicio militar obligatorio, contemplado solo para hombres en el Derecho alemán, e impugna la orden de incorporación por vulneración de la Directiva 76/207/CEE, de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción y

⁸ DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000.

⁹ Sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil*, C-285/98.

¹⁰ Se ha dicho incluso que de alguna manera parece como si el Tribunal de Justicia hubiera configurado una «supraconstitución» que se impone a los ordenamientos nacionales. Vid. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., «La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, págs. 241 y ss. En el mismo sentido, entendiéndose que esto le dotaría de especialidad se manifiesta GARCÍA HERRERA. Vid. GARCÍA HERRERA, M.A., «Rigidez constitucional y estado social», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 13, 1998, págs. 33-88.

¹¹ Efectivamente, el artículo 12 de la Constitución alemana excluía a las mujeres del acceso al ejército salvo autorizando solamente el acceso a los servicios de sanidad y formaciones de música militar. En la misma línea del asunto *Kreil*, vid. *Sirdar* (Sentencia de 26 de octubre de 1999, *Angela Maria Sirdar c. The Army borrad, Secretary of State for Defence*, C-273/97).

¹² CARTABIA considera a esta sentencia «the forerunner of the new line of decisions of the European Court on human rights» porque «there was no hesitation in obliging the Germans to come into line with the European principles by revising their Constitution». Vid. CARTABIA, M., «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009, pág. 9.

Nótese que el Tribunal se había pronunciado con antelación en supuestos de conflictos entre principios comunitarios y normas constitucionales (vid. Sentencias de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, asunto C-379/87; y de 4 de octubre de 1991, *S.P.U.C c. Grogan*, C-159/60; esta última sobre el derecho a la vida y el aborto).

¹³ Sentencia de 11 de marzo de 2003, *Dory*, C-186/01.

a las condiciones de trabajo. El Tribunal consideró que la decisión de la República de Alemania de garantizar parcialmente su defensa a través de un servicio militar obligatorio era la expresión de la elección de organización militar a la que no se aplica el Derecho comunitario ¹⁴.

Ese mismo año, en *Schmidberger* (2003) ¹⁵, el Tribunal de Justicia aceptaba que el ejercicio de un derecho fundamental como el de reunión y manifestación limitara o restringiera la libre circulación de mercancías. En particular y atendido al caso concreto, realizó una ponderación entre derecho fundamental y libertad de mercado a través del principio de proporcionalidad, considerando ajustado que un grupo de manifestantes medioambientalistas interrumpieran una importante autovía muy utilizada por camiones de gran tonelaje, en la medida en que las autoridades austríacas que habían autorizado la manifestación habían previsto la utilización de vías secundarias. La importancia de esta sentencia, en la que por primera vez el Tribunal de Justicia tutela un derecho fundamental frente a una libertad del mercado, no es baladí.

En *Omega* (2004) ¹⁶, una empresa situada en Bonn llevaba a cabo la explotación de unas instalaciones dedicadas a juegos de láser o *laser-sport*, bajo el nombre de «laseródromo», y al observar que en el mismo se permitían juegos con objeto de disparar a blancos humanos mediante rayos láser («jugar a matar»), la autoridad gubernativa de Bonn le prohibió seguir con los mismos, basando dicha prohibición en la normativa alemana que permite la adopción de medidas para evitar amenazas a la seguridad o el orden público. La autoridad alemana argumentó que estos juegos suponían una banalización de la violencia, y vulneraban valores fundamentales del orden público. El Tribunal de Justicia, en Sentencia de 14 de octubre de 2004 aceptaba como excepción de orden público dicha prohibición para tutelar la dignidad humana que se consagra como derecho fundamental en la Constitución alemana.

Y apenas un año después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su Sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus*, consideraba que la protección de los derechos humanos en la Unión Europea era equivalente a la del Convenio ¹⁷.

Mientras tanto, y tras el fracaso del *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* de 29 de octubre de 2004, que incluía la Carta de los Derechos Fundamentales dentro de su articulado, se consigue salir de la crisis europea mediante la aprobación del Tratado de Lisboa. Además, la Carta de los Derechos Fundamentales es adaptada y proclamada de nuevo en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, siendo conocida esta versión de la Carta como *Carta de Estrasburgo*, en contraposición a la versión proclamada en Niza ¹⁸.

¹⁴ Apartado 39 de la sentencia.

¹⁵ Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, C-112/00.

¹⁶ Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02.

¹⁷ STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Ireland*, recurso núm. 45036/1998.

¹⁸ A esta versión alguna doctrina la ha llamado *Carta de Estrasburgo*, al ser proclamada en dicha ciudad, en contraposición a la primera versión de la Carta, la *Carta de Niza*. Vid. PAGANO, E., «Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, núm. 1, www.dpce.it; PARISI, N., «Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona», www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FunzioneCarta_dei_diritti_fondamentali.pdf, pág. 16.

El Tratado de Lisboa finalmente entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, y atribuye a la Carta de los Derechos Fundamentales fuerza jurídica de Tratado, con lo que se abre un nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea ¹⁹.

Ciertamente, la construcción de un sistema de derechos fundamentales en la Unión Europea pasa necesariamente por su convivencia con los sistemas de protección de derechos fundamentales nacionales, e incluso con el sistema del Consejo de Europa ²⁰.

Sin embargo, en nuestra opinión, actualmente la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia está ligada a dos cuestiones de suma relevancia y no siempre destacadas y vinculadas como deben:

- a) Los condicionantes derivados del ámbito del Derecho de la Unión y de la competencia del Tribunal de Justicia.
- b) La utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento con fuerza jurídica.

2. EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

No podemos obviar que la garantía de los derechos fundamentales que pueda ejercer el Tribunal de Justicia dependerá de dos «circunstancias»: que estemos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea; y de que tenga competencia para ello ²¹.

Comenzando por la segunda cuestión, cabría apreciar la necesidad de una ampliación de la competencia del Tribunal para posibilitar la tutela de los derechos fundamentales más allá del anta-

¹⁹ Sobre esta cuestión, permítaseme remitir a mi trabajo SARRIÓN ESTEVE, J., «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales», *Revista Ceflegal*. CEF, núm. 121, febrero 2011, www.ceflegal.com.

²⁰ Para solucionar estos problemas de interrelación y convivencia inter-sistemas, la doctrina ha aportado fundamentalmente dos soluciones: una opción maximalista, es decir, de optar el máximo estándar de protección, y la solución pluralista. Sobre esta cuestión, permítaseme remitir a mi trabajo SARRIÓN ESTEVE, J., «El pluralismo constitucional en la Unión Europea: ¿una construcción artificial?», *Revista Ceflegal*. CEF, núm. 124, mayo 2011, www.ceflegal.com, donde planteo los problemas del pluralismo y la conveniencia de estudiar y desarrollar la opción maximalista.

²¹ En este sentido se manifiesta LIÑÁN NOGUERAS, razonando que la cuestión más problemática y peor resuelta del sistema de protección de los derechos fundamentales sería el «alcance de la garantía» o «ámbito formal de la protección», y es que «las garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea dependen de dos circunstancias: que el ámbito en el que se pretende garantizar el derecho quede bajo la competencia del TJUE y que la cuestión se plantee vinculada al Derecho de la Unión». *Vid.* MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 133.

ño pilar comunitario²², pues el Tribunal de Justicia ya había constatado sus reducidas competencias a este respecto en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, en la Sentencia *Pupino* (2005)²³; y el ámbito de la política exterior y de seguridad común, en las Sentencias *Gestoras Pro Amnistía e.a. c. Consejo*, y *Segi e.a. c. Consejo* (2007)²⁴.

Respecto a la primera, ya hemos anticipado que el ámbito del Derecho de la Unión no se circunscribe de forma exclusiva a las materias propias de la competencia europea, puesto que como ha afirmado el Tribunal de Justicia que una materia sea competencia exclusiva de los Estados miembros no comporta de forma automática su exclusión *ratione materiae* del Derecho de la Unión, sino que los Estados miembros también en el ejercicio de sus competencias exclusivas deberían respetar el Derecho de la Unión salvo que se trate de una situación interna sin conexión con el mismo. Así por ejemplo, estaríamos en supuestos de obligado respeto del Derecho de la Unión cuando existe una conexión o vinculación con el mismo derivada de elementos de extranjería concurrentes.

Esto ha permitido que el Tribunal de Justicia controle normas tributarias como se puede apreciar en las Sentencias *Schempp* (2005)²⁵, *Comisión c. Bélgica* (2007)²⁶ y *Schwarz* (2007)²⁷; la inscripción y modificación del nombre en el Registro Civil, en las Sentencias *Konstantinidis* (1993)²⁸, *García Avello* (2003)²⁹, *Grunkin-Paul* (2008)³⁰ y *Sayn Wittgenstein* (2010)³¹; y la revocación de la nacionalidad por parte de un Estado miembro, en la Sentencia *Janko Rottman* (2010)³²; o una normativa local que prohíbe la entrada en los *coffee shops* de Maastricht a personas no residentes en los

²² No podemos olvidar la estructura en pilares nacida con el Tratado de Maastricht, cuando se incorporan la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior (CAJAI), se hace bajo la cooperación intergubernamental, frente a las materias de lo que se llamaría el pilar comunitario, regidas por técnicas supranacionales. Consecuentemente, la competencia del Tribunal de Justicia quedaba fuera de los dos pilares intergubernamentales hasta que con el Tratado de Ámsterdam, en el tercer pilar que recibe como nuevo nombre Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (CPJP), se produce cierta «comunitarización» y se sujeta al control interpretativo del Tribunal. En cualquier caso, con el Tratado de Lisboa si bien parece que desaparecen los pilares, en la práctica la competencia del Tribunal de Justicia está muy reducida. *Vid.* MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6.ª edición, op. cit., pág. 133.

²³ Sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*, C-105/03. En esta sentencia el Tribunal constataba que no existía un sistema completo de recursos y procedimientos destinados a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en el marco de este pilar.

²⁴ Sentencias de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, C-354/04 P; y *Segi y otros c. Consejo*, C-355/04 P, en las que constata a su vez la existencia en el marco del artículo 35 del TUE de pocas competencias en el sistema de medios de impugnación en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, y menores todavía si cabe en materia de política exterior y seguridad común.

²⁵ Sentencia de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03.

²⁶ Sentencia de 5 de julio de 2007, *Comisión c. Bélgica*, C-522/04.

²⁷ Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Shwarz*, C-76/05.

²⁸ Sentencia de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*, C-168/91.

²⁹ Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02.

³⁰ Sentencia de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/08.

³¹ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Inlonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptman von Wien*, C-208/09.

³² Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, C-135/08.

Países Bajos, en la Sentencia *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht* (2010)³³. Estas tres últimas, dictadas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, por tanto, ligadas a la cuestión de la utilización de la misma como instrumento jurídico, que pasamos a estudiar a continuación.

3. LA UTILIZACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INSTRUMENTO CON FUERZA JURÍDICA

En la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea, hay que tener en consideración los cambios derivados de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Como hemos anticipado, a partir del 1 de diciembre de 2009 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión de 2007, adquirió fuerza jurídica con un valor jurídico equivalente al Tratado.

El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa era el de una fuente cognitiva a efectos de la protección de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se pueden ver las Sentencias *Parlamento c. Consejo* (2006)³⁴, *Unibet* (2007)³⁵, *Viking* (2007)³⁶, *Laval* (2007)³⁷ y *Dynamic Medien* (2008)³⁸.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de citar la Carta y considerar su fuerza jurídica en múltiples ocasiones³⁹.

³³ Sentencia *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, C-137/09.

³⁴ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, C-540/03, apartado 38.

³⁵ Sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, apartado 37.

³⁶ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Worker's Federation y Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, C-438/05, apartados 43 y 44.

³⁷ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartados 90 y 91.

³⁸ Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, apartado 41.

³⁹ Entre otras, y sin ánimo de ser exhaustivos, comenzando por la Sentencia de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, sobre discriminación en base a la edad, en la que por primera vez se refiere a su valor jurídico tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; de 1 de julio de 2010, *Povse*, C-211/10, sobre el reconocimiento de decisiones que establecen el retorno de un menor transferido ilegalmente que refiere el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales; de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips c. Comisión*, C-407/08 P; de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, C-550/07 P, sobre la tutela del secreto de las comunicaciones, que cita la Carta; de 16 de septiembre de 2010, *Zoi Chatzi*, C-149/09, que utiliza la Carta como parámetro de legitimidad de un acuerdo marco; de 5 de octubre de 2010, *J.McB.*, C-400/10 PPU, sobre los derechos del niño y el derecho al respeto a la vida familiar, que utiliza la Carta para la interpretación del Reglamento 2201/2003, en materia de responsabilidad parental; de 14 de octubre de 2010, *Günter Fub*, C-243/09, y de la misma fecha, *Union Syndicales Solidaires Isère*, C-243/09, ambas sobre la tutela de la salud y de los trabajadores y la duración máxima de la jornada semanal; de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eiffert y Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, en la que utiliza la Carta de los Derechos Fundamentales como parámetro de validez de los actos comunitarios; de 22 de diciembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, sobre tutela judicial efectiva, interpretando que el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales; de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, en el ámbito del espacio de libertad y justicia, sobre ejecución de sentencias de custodia de menores; y de 22 de diciembre de 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, C-208/09, sobre la rectificación de apellidos de una ciudadana austríaca residente en Alemania.

Hay que dedicar una especial atención a la Sentencia *Kücükdeveci* (2010)⁴⁰, donde el principio de no discriminación en base a la edad, tal y como se concreta en la Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 2000 (2000/78/CE) que establece un marco general para la igualdad de tratamiento en materia de ocupación y condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que impide que una normativa nacional relativa al despido no tenga en cuenta el periodo de trabajo completo antes de que el trabajador haya cumplido la edad de 25 años para el cálculo de la duración del preaviso de despido.

Alguna doctrina ha considerado que esta sentencia sería relevante en la perspectiva de una justicia constitucional europea⁴¹. Sin entrar en dicha cuestión, nos parece que lo interesante realmente es destacar como la sentencia, tras recordar que el Tribunal había reconocido la existencia de un principio de no discriminación por razón de edad que debe considerarse como un principio general del Derecho de la Unión, tal y como había considerado en *Mangold* (2005)⁴² y la Directiva 2000/78/CE lo concretaría⁴³. A continuación afirma que el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) «establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados» prohibiéndose toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de la edad en el artículo 21.1 de la misma⁴⁴.

De la misma cabe apreciar cómo, efectivamente, y tal y como se había apuntado, la Carta de los Derechos Fundamentales es utilizada por el Tribunal de Justicia como instrumento con fuerza jurídica y que sirve de fuente de los derechos fundamentales; lo que no excluye que siga refiriéndose a su jurisprudencia y al reconocimiento de los mismos como principios generales del Derecho de la Unión. Esto posibilitaría que el Tribunal de Justicia tutelara en el futuro nuevos derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, que no estén expresamente previstos en la Carta⁴⁵.

En la Sentencia *Knauf Gips* (2010)⁴⁶ insiste en que «con arreglo al artículo 6 del TUE, apartado (...) tiene el mismo valor jurídico que los Tratados», cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma debería estar previsto en la ley⁴⁷.

La Abogado General KOKOTT entiende estas dos sentencias en el sentido que la Carta de los Derechos Fundamentales contendría un resumen de los derechos fundamentales garantizados en la Unión⁴⁸.

⁴⁰ Sentencia *Kücükdeveci*, C-555/07, ya citada.

⁴¹ SCARABBA, V., «La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea», en www.europeanrights.com.

⁴² Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, apartado 75.

⁴³ Apartado 21.

⁴⁴ Apartado 22.

⁴⁵ Y probablemente también posibilitará que el Tribunal de Justicia tutele los derechos fundamentales que contiene la Carta como principios generales del Derecho de la Unión respecto de los Estados miembros que han ejercido el *opt-out* con sus respectivos Protocolos relativos a la aplicación de la Carta.

⁴⁶ Sentencia *Knauf Gips c. Comisión*, C-407/08 P, ya citada.

⁴⁷ Apartado 91.

⁴⁸ Conclusiones de la Abogado General Juliane KOKOTT presentadas el 30 de septiembre de 2010, asunto C-236/09, apartado 28.

En la Sentencia *Volker und Markus Schecke GbR* (2010)⁴⁹, utiliza la Carta de los Derechos Fundamentales como parámetro de validez de los actos comunitarios, en este sentido, exigiendo que las instituciones comunitarias «antes de divulgar información sobre una persona física, las instituciones comunitarias están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus acciones y, por otra, la lesión de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta». No cabiendo «atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal»⁵⁰.

Interpreta el artículo 52.1 de la Carta en el sentido de que reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que «tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, respetando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»⁵¹; y al tratarse del caso particular de los derechos a la vida privada en lo referente al tratamiento de datos de carácter personal, que consta en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), su sentido y alcance será igual al que le confiere el Convenio en virtud del artículo 52.3⁵².

Por su parte, la Sentencia *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft* (2010)⁵³ sobre tutela judicial efectiva de las personas jurídicas y la asistencia jurídica gratuita entiende que el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales debe interpretarse en el sentido de que no excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que puedan disfrutar de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, corresponde al juez nacional comprobar si los requisitos exigidos para la concesión de la misma constituyen una limitación del acceso a los tribunales que afecte a la esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y existe relación razonable de proporcionalidad, pudiendo tomar en consideración la situación de las personas jurídicas, su forma jurídica y si tiene o no ánimo de lucro y sus recursos económicos.

Por último, comentar las tres sentencias que hemos anticipado, en las que el Tribunal de Justicia entiende que a pesar de que estemos ante situaciones reguladas por normativa nacional y que compete a los Estados miembros, hay un criterio de conexión con el Derecho de la Unión que le lleva a pronunciarse y controlar su adecuación con los derechos y libertades fundamentales de la Unión Europea.

⁴⁹ Sentencia *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eiffert y Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, ya citada.

⁵⁰ Apartado 85.

⁵¹ Apartado 50.

⁵² Apartados 51 y 52. Son interesantes, por otro lado, las recientes Conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN (asunto C-120/00) presentadas el 17 de febrero de 2011, sobre un asunto de contaminación acústica y medio ambiente, en las que señala (apartado 78) que la vinculación que el artículo 52.3 de la Carta establece con respecto al CEDH para los derechos contenidos en la Carta que correspondan al mismo, esto es, que su sentido y alcance serán iguales a los que confiere el CEDH, debe interpretarse conforme a la explicación sobre dicha disposición que no el alcance y sentido de los derechos de la Carta no quedará determinado «únicamente por el texto del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del TEDH» pero además, y conforme al artículo 52.3 segunda frase, ello no obstará «a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa» si bien «impide, a contrario, la adopción de medidas menos protectoras».

⁵³ Sentencia *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, ya citada.

La Sentencia *Janco Rottman*, en la que el Tribunal de Justicia decide controlar una decisión revocatoria de la naturalización de la nacionalidad de un ciudadano de la Unión, en la medida en que puede afectar a los derechos conferidos y tutelados en el Derecho de la Unión, ha supuesto «un afianzamiento de la ciudadanía europea como estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»⁵⁴.

No obstante, quizá la Sentencia *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht* podría verse como un alto en el camino de ese afianzamiento, y que parece que el Tribunal de Justicia entiende de ajustada una normativa local que reserva la comercialización de estupefacientes en los *coffee shops* a los residentes en los Países Bajos.

Esta sentencia analiza la cuestión de si el gestor de un *coffee shop* podía invocar los artículos 12, 18, 29 o 49 del TCE para oponerse a una normativa municipal que prohibía la admisión en establecimientos, como el suyo, de personas no residentes en los Países Bajos, a lo que contesta en sentido negativo; y entiende a que si bien dicha prohibición constituye una restricción a la libre prestación de servicios estaría justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que este conlleva.

El fundamento de la decisión de la imposibilidad de invocar las libertades y el principio de no discriminación por el gestor de un *coffee shop* parece estar en que los estupefacientes que no se encuentran en un circuito controlado por las autoridades competentes para su uso con fines médicos y científicos están comprendidos en la prohibición de importación y puesta en circulación en todos los Estados miembros⁵⁵.

Sin embargo, siendo cierta la prohibición no lo es menos que la legalidad de la comercialización de dichos estupefacientes en los *coffee shops* en Maastrich lo convierte en una actividad comercial legal allí, y que la restricción del acceso a los mismos, entendemos, no solo constituye una restricción a la libre prestación de servicios, sino también a la libre circulación de personas que corresponde a todo ciudadano comunitario suponiendo además una discriminación por razón de nacionalidad muy discutible. Cuestión diversa sería razonar que no es el gerente del *coffee shop* el que debería invocar estos derechos, sino los no residentes en los Países Bajos que ven restringido su derecho de acceso a los *coffee shops*.

Si un Estado miembro puede restringir los servicios prestados de forma legal en su Estado miembro a ciudadanos no residentes, amparándose en la atracción que suponen para los ciudadanos no residentes, en un futuro no muy lejano quizá el Reino Unido y otros países como España donde se lleva a cabo de forma legal la interrupción del aborto, podrían prohibir su prestación a no residentes; o en el caso de España, la celebración de bodas por cónyuges del mismo sexo también a no residentes en dicho país.

⁵⁴ En este sentido, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.). «Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, 2010, pág. 199.

⁵⁵ Apartados 41 y ss. de la sentencia.

En la relevante Sentencia *Sayn Wittgestein* (2010) en la que el Tribunal tiene oportunidad de pronunciarse sobre un conflicto entre la libre circulación de personas, el derecho a la vida privada y familiar, y el principio constitucional a la igualdad vinculado a la identidad republicana de Austria, en el ámbito de la prohibición de la inscripción y utilización de apellidos nobiliarios por la legislación austríaca.

Tras el fin de la Primera Guerra Mundial, la nueva República de Austria abolió la nobleza y los privilegios vinculados a la misma, como ocurrió también en Alemania, pero con una diferencia, pues en Austria la prohibición extendía también al uso de partículas de carácter nobiliario «von» y «zu», a diferencia de lo que ocurría en Alemania.

Una ciudadana austríaca que vivía en Alemania fue adoptada por un ciudadano alemán en dicha situación, y conforme al Derecho alemán adquirió el apellido de «Fürstin von Sayn-Wittgestein». Si bien la misma vive y ejerce su actividad profesional esencialmente en Alemania, también la realiza fuera de dicho Estado interviniendo en la venta de castillos y casas solariegas.

Además, se le expidió un permiso de conducción en Alemania con dicho nombre y creó una sociedad en Alemania con el mismo. En Austria se asentó con dicho apellido en el Registro Civil, y además se le renovó el pasaporte austríaco al menos una vez durante el 2001, y le fueron expedidos dos certificados de nacionales, y en todos los documentos constaba dicho nombre.

El Tribunal Constitucional austríaco dictó una Sentencia de 27 de noviembre de 2003 en la que resolvió una situación similar declarando que la Ley de abolición de la nobleza, que gozaba de rango constitucional, aplicaba en este ámbito el principio de igualdad, e impedía por lo tanto a un ciudadano austríaco adquirir un apellido que incluyera un antiguo título nobiliario, por medio de la adopción de un ciudadano alemán que lo ostenta legalmente; puesto que en virtud de dicha ley de abolición, los austríacos no estarían autorizados a utilizar títulos nobiliarios, incluidos los que tengan origen extranjero.

A raíz de dicha sentencia, una resolución administrativa rectificó la inscripción del apellido de la interesada, eliminando los elementos nobiliarios. Esta resolución fue recurrida, alegando vulneración de la libre circulación de personas al tener que usar apellidos diferentes en diferentes Estados miembros, así como el derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del CEDH.

Y el *Verwaltungsgerichtshof* que conoce del recurso judicial plantea la cuestión prejudicial, planteando si el artículo 21 del TFUE se opone a una legislación en cuya conformidad «las autoridades competentes de un Estado miembro pueden negarse a reconocer el apellido de un adoptado (adulto), determinado en otro Estado miembro, en la medida en que el mismo contiene un título nobiliario no admitido por el Derecho (constitucional) del primer Estado miembro»⁵⁶.

⁵⁶ Apartado 35 de la sentencia.

El Tribunal sigue los pasos de la Abogado General SHARPSTON⁵⁷, y comienza por observar que la situación de la demandante entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, dado que si bien las normas que rigen el apellido de una persona y el uso de título nobiliario son competencia de los Estados miembros, deben respetar el Derecho de la Unión al ejercer dicha competencia recordando la Sentencia *Grunkin y Paul*.

La demandante es nacional de un Estado miembro y como ciudadana de la Unión ejerce su derecho a la libre circulación y residencia en otro, pudiendo invocar dichas libertades reconocidas por el artículo 21 del TFUE; y como ejerce en Alemania una actividad profesional de prestación de servicios a destinatarios de uno o más Estados miembros, también puede invocar las libertades reconocidas en el artículo 56 del TFUE⁵⁸.

La cuestión a resolver planteada por el órgano jurisdiccional remitente es «si razones de índole constitucional pueden autorizar a un Estado miembro a no reconocer en todos sus elementos el apellido obtenido por uno de sus nacionales en otro Estado miembro y no saber si el hecho de no reconocer un apellido adquirido legalmente en otro Estado miembro constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios»⁵⁹.

La respuesta del Tribunal de Justicia parte del reconocimiento de que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad, y vida privada, quedando protegido por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales, y el artículo 8 del CEDH, que si bien no lo menciona de forma expresa lo incluye conforme a la jurisprudencia el TEDH⁶⁰.

Además de afectar a este derecho fundamental, lo hace también respecto al derecho de circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro⁶¹.

Recuerda el Tribunal de Justicia su doctrina sobre los problemas derivados de los apellidos diferentes, constatando que declaró incompatible con el Tratado una legislación que obligaba a una persona a usar apellidos diferentes en Estados miembros diferentes, cuando un menor tiene la nacionalidad de ambos, pudiendo encontrar el interesado dificultades ligadas a los diplomas, certificados y otros documentos (Sentencia *García Avello*). Dificultades que también podrían derivarse cuando el menor afectado únicamente tiene la nacionalidad de un Estado miembro, pero este se niega a reconocer el apellido adquirido por el menor en el Estado de nacimiento y residencia (Sentencia *Grunkin y Paul*)⁶².

⁵⁷ Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor SHARPSTON presentadas el 14 de octubre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*.

⁵⁸ Apartados 37, 38, 39 y 40.

⁵⁹ Apartado 41.

⁶⁰ Apartado 52. Se refiere a las SSTEDH *Burghartz c. Suiza*, de 22 de febrero de 1994, y *Stjerna c. Finlandia*, de 25 de noviembre de 1994.

⁶¹ Apartados 53 y 54.

⁶² Apartado 56.

El Tribunal señala que el apellido de la demandante figura en un único registro civil, el austríaco, y que solo las autoridades austríacas pueden expedirle documentos oficiales como el pasaporte o el certificado de nacionalidad, por lo que no habría posibilidad de conflicto con Registros Civiles de otros Estados miembros u otros documentos oficiales no expedidos por Austria ⁶³.

En el caso concreto, a la demandante se le expidió un pasaporte con el nombre de «Fürstin von Sayn-Wittgestein» por las autoridades consulares austríacas en Alemania, utilizando dicho nombre durante 15 años, y habiéndosele expedido en Alemania un permiso de conducir con dicho nombre e inscribiendo en el mismo país una sociedad con el mismo ⁶⁴, siendo posible que haya dejado muchos rastros formales en Alemania (asume aquí las reflexiones de la Abogado General en el apartado 44 de sus Conclusiones, que razonaba la posibilidad de que la demandante hubiera sido inscrita por las autoridades alemanas como residente extranjera, y haya estado afiliada a la Seguridad Social, o abierto en Alemania cuentas bancarias y celebrado contratos con dicho nombre) ⁶⁵.

Siendo el apellido «Fürstin von Sayn-Wittgestein» un único apellido compuesto en Alemania, con varios elementos, pueden surgir confusión e inconvenientes por la discrepancia en cuanto se apliquen distintos apellidos a una misma persona ⁶⁶; concluyendo que sí constituye un inconveniente grave para la demandante la modificación de sus rastros formales ⁶⁷, y por ello cada vez que deba acreditar su identidad o su apellido en Alemania, que es su Estado de residencia «corre el riesgo de tener que disipar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido, rectificado, que figura en sus documentos de identidad austríacos y el apellido que ha utilizado desde hace 15 años en la vida cotidiana, que ha sido reconocido en Austria hasta la rectificación en cuestión (...)» ⁶⁸.

Si bien el riesgo puede no ser tan grave como el que puede acceder el menor de que trataba la Sentencia *Grunkin y Paul*, constituye una circunstancia que puede obstaculizar el ejercicio de su derecho del artículo 21 del TFUE ⁶⁹; en consecuencia constituye una restricción a las libertades reconocidas en dicho artículo la negativa a reconocer su apellido, en todos sus elementos ⁷⁰.

No obstante, considera que esta restricción de la libertad de circulación y residencia estaría justificada, al entender que la invocación del Gobierno austríaco en referencia a la historia constitucional austríaca y la Ley de abolición de la nobleza como elemento de la identidad nacional, debe interpretarse como una invocación del orden público ⁷¹; y si bien esta debe entenderse en sentido estricto para que un Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin con-

⁶³ Apartado 60.

⁶⁴ Apartado 62.

⁶⁵ Apartado 63.

⁶⁶ Apartados 64 y 65.

⁶⁷ Apartado 67.

⁶⁸ Apartado 68.

⁶⁹ Apartado 70.

⁷⁰ Apartado 71.

⁷¹ Apartados 83 y 84.

trol de las instituciones europeas, pudiendo invocarse solo «en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» recordando la Sentencia *Omega* ⁷².

A continuación constata que las circunstancias que pueden justificar el recurso al orden público «pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra» por lo que «hay que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado» ⁷³; y teniendo en cuenta la alegación del gobierno austriaco de que la Ley de abolición de la nobleza constituye una aplicación del principio de igualdad ⁷⁴, cuyo respeto como principio general del derecho es una de las finalidades del ordenamiento jurídico de la Unión ⁷⁵, y que como ya había declarado en *Omega*, «no es indispensable que la media restrictiva adoptada (...) corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido» ⁷⁶.

Ahora bien, de conformidad también con la doctrina *Omega*, el hecho que «un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia» ⁷⁷.

Por tanto se dispone a controlar la proporcionalidad y adecuación de la limitación. Teniendo en cuenta que conforme al artículo 4 del TFUE, apartado 2, la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, como la forma republicana, «no parece desproporcionado que un Estado miembro pretenda garantizar el objetivo de preservar el principio de igualdad prohibiendo la adquisición, posesión o uso por sus ciudadanos de títulos nobiliarios o elementos nobiliarios que pudieran hacer creer a la persona que los usa que ostenta tal honor nobiliario ⁷⁸; por lo que razona que no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre circulación y la libre residencia de los ciudadanos de la Unión ⁷⁹.

Y termina concluyendo que las autoridades nacionales podrían negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional, tal y como fue terminado en otro Estado miembro, cuando dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primero, conforme a su Derecho constitucional «siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias al objetivo legítimamente perseguido» ⁸⁰.

⁷² Apartado 86.

⁷³ Apartado 87.

⁷⁴ Apartado 88.

⁷⁵ Apartado 89.

⁷⁶ Apartado 91.

⁷⁷ Véase nota anterior.

⁷⁸ Apartado 93.

⁷⁹ Apartado 94.

⁸⁰ Fallo de la sentencia.

En definitiva, deja la decisión sobre la apreciación, en última instancia, de la proporcionalidad y adecuación de la restricción al juez nacional.

Esta sentencia, en línea con *Omega*, refuerza el acento constitucional en la medida en que ya no son solo los derechos fundamentales de un Estado miembro los que se ponderan con las libertades del mercado, sino también un principio constitucional que define la identidad constitucional de un Estado miembro.

En el caso concreto se trata del principio de igualdad vinculado a la identidad republicana de Austria y la abolición de los títulos y privilegios nobiliarios, incluidos los nombres nobiliarios. Como se puso de manifiesto, este principio era la base de la prohibición en Austria de que sus nacionales ostenten y utilicen nombres o apellidos que contengan elementos nobiliarios en aras de garantizar una auténtica igualdad entre todos los ciudadanos del país.

Esta prohibición puede afectar a derechos fundamentales como el derecho a la vida privada y a libertades fundamentales del mercado como el derecho a la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios.

No obstante, se aprecia cómo el Tribunal de Justicia, a pesar de reconocer los perjuicios derivados de esa prohibición a la demandante, que había utilizado durante 15 años el apellido nobiliario del padre alemán que la había adoptado, incluso para realizar una actividad económica (consistente, en particular, en la de compraventa de castillos y casas solariegas), considera que un Estado miembro puede mantener dicha prohibición de conformidad a su Derecho constitucional, siempre que las medidas estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido ⁸¹.

Con esta determinación, deja la decisión sobre la proporcionalidad y adecuación de la restricción al juez nacional, si bien por los razonamientos que lleva a cabo es evidente que entiende ajustada la medida. En nuestra opinión el Tribunal de Justicia no pondera de una forma adecuada los perjuicios derivados de la medida respecto de la interesada, puesto que le afectan de una manera notable, no solo a su vida privada y familiar, sino también a la actividad económica que realiza con dicho nombre.

En este sentido, se echa en falta una mayor consideración por las circunstancias concretas del caso en particular, que podrían haber llevado al Tribunal a razonar que de forma general la limitación justificada en el Derecho constitucional austríaco sería ajustada al Derecho de la Unión, pero que en este caso concreto los perjuicios derivados de la modificación de un apellido que se ha estado utilizado legalmente y de buena fe durante 15 años (y que constata el propio Tribunal de Justicia) deberían motivar que no se hiciera pechar a la interesada con los mismos, y por tanto que se le permitiera la utilización de su apellido y circular libremente con él en la Unión Europea.

⁸¹ Apartado 96.

4. CONCLUSIONES GENERALES

El Tribunal de Justicia sigue desarrollando un sistema de protección de los derechos fundamentales, pero ahora con la referencia de una Carta de los Derechos Fundamentales con fuerza jurídica equivalente a los Tratados, y una utilización del criterio de ámbito del Derecho de la Unión que puede posibilitar el control de los actos de los Estados miembros cuando concurra un elemento de conexión con el Derecho de la Unión.

Así, las Sentencias estudiadas, y en particular, *Janco Rottman* (2010), *Marc Michel Josemans* (2010) y *Sayn Wittgestein* (2010) muestran cómo la actividad legislativa de los Estados miembros en materias que son de su competencia (estatal) deberá tener en cuenta el Derecho de la Unión y garantizar el respeto de las libertades fundamentales del mercado y de los derechos fundamentales de la Unión.

En este sentido, entendemos que sería conveniente que los legisladores nacionales tengan en cuenta los posibles criterios de conexión con el Derecho de la Unión a la hora de legislar, aunque hablemos de materias que son competencia de los Estados miembros.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia se constituye en garante de la tutela de los mismos como principios generales del Derecho de la Unión Europea, por lo que si bien la Carta ya no es una mera fuente cognitiva, sino una fuente jurídica, no es la fuente exclusiva de los derechos fundamentales, y de la jurisprudencia estudiada se deriva de forma nítida que nada impide al Tribunal de Justicia tutelar derechos fundamentales que no estén contemplados de forma expresa en la Carta.

No obstante, tal y como hemos puesto de manifiesto, la garantía de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia no debe estar exenta de cierta crítica. En efecto, en particular en las Sentencias *Marc Michel Josemans* (2010) y *Sayn Wittgestein* (2010) se echa de menos una mayor insistencia en la valoración de las circunstancias concretas de cada caso particular, para apreciar la posible vulneración de libertades y derechos fundamentales.

La Carta de los Derechos Fundamentales supone un instrumento jurídico de indudable relevancia, y puede que esté sirviendo para que el Tribunal de Justicia amplíe su control y posición de garante de los derechos fundamentales, pero ello debe ir acompañado de una auténtica garantía de los mismos, y una pormenorizada justificación de sus límites y restricciones, lo que no parece evidente en todos los casos.

Cumplir con el mandato de adhesión de la Unión Europea al CEDH que contiene el Tratado de Lisboa puede servir para garantizar, al menos, un estándar o nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, teniendo en cuenta que los artículos 52 y 53 de la Carta vienen a configurar un sistema de protección de los derechos fundamentales que introduce no solo un principio de no regresión, sino también un criterio a favor del mayor nivel o estándar de protección de los derechos fundamentales, la doctrina debería comenzar a solicitar del Tribunal de Justicia la aplicación de dicho criterio.