

La integración constitucional de la Unión Europea a través de un orden público europeo

Adrián
García
Ortiz

Doctor por la Universidad de Alicante

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El Derecho constitucional europeo crítico como marco teórico y metodología de trabajo
- III. Una propuesta de conceptualización unitaria del orden público
- IV. Contornos de un orden público en el Derecho de la Unión Europea
- V. El orden público del CEDH y la dimensión dogmática del Derecho de la Unión
- VI. Hacia un orden público europeo: propuestas *de lege ferenda*.
- VII. A modo de conclusión

NOTA BIOGRÁFICA:

Alcoy (Alicante), 1994. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante. Doctor *Cum Laude* en Derecho por la Universidad de Alicante, con estudios de posgrado sobre justicia e interpretación constitucional, comparación jurídica y Derecho de la Unión Europea por las Universidades de Castilla-La Mancha y Bolonia y el European University Institute de Florencia. Ha realizado una estancia de investigación en la Università degli Studi di Perugia. Entre sus principales líneas de investigación se encuentran la dimensión dogmática del Derecho constitucional europeo, el proceso de construcción constitucional de la Unión Europea, el principio democrático y la protección constitucional del medio ambiente.

I. INTRODUCCIÓN

La decisión de iniciar la carrera académica se encuentra condicionada, esencialmente, por dos factores. Por un lado, una fuerte motivación personal hacia la docencia y la investigación que sea capaz de resistir, al menos en los primeros momentos, la incertidumbre y la precariedad laboral. Por otro lado, una cierta coyuntura contextual, esto es, la aceptación por un grupo de investigación y la obtención de una fuente de financiación que permita sufragar la elaboración de la tesis doctoral durante un periodo de tiempo de entre tres y cuatro años.

En este contexto, finalizado el grado en Derecho en el año 2016 y tras un ejercicio de reflexión introspectiva de la envergadura propia de quien debe diseñar una hoja de ruta para su futuro profesional, considero que es en la docencia y en la investigación en Derecho constitucional donde se encuentra mi vocación. Siendo consciente, no obstante, de la compleja convergencia de factores que han de concurrir para que este camino profesional culmine con éxito, decido realizar

un máster universitario de habilitación para la profesión de la abogacía al tiempo que completo mi formación en Derecho constitucional y Derecho de la Unión Europea en las universidades de Castilla-La Mancha y Bolonia y en el European University Institute de Florencia.

Al conseguir una de las Ayudas para la Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Universidades (por aquel entonces de Educación, Cultura y Deporte), en septiembre de 2017 comienzo la investigación que culminará con la defensa de la tesis doctoral el 30 de septiembre de 2021 ante un tribunal formado por Carlos de Cabo Martín, José Asensi Sabater y Alessandra Lanciotti. Este concreto periodo (2017-2021) no es irrelevante, pues condicionará de manera directa el sentido y la finalidad del proyecto doctoral.

Tras la celebración del referéndum del Brexit en 2016, nos encontrábamos en un momento de *desconstitucionalización* europea, esto es, en un proceso en que la Unión Europea (UE) parecía tener verdaderas posibilidades de desintegrarse, lo que se presentaría como hipótesis factible —de manera inédita— en el Libro Blanco sobre el Futuro de Europa que la Comisión Europea presentó el 1 de marzo de 2017. El Brexit no era sino un síntoma más de la debilidad del proyecto europeo, que también se había manifestado en la gestión insolidaria de la crisis económica, la crisis de los refugiados de 2015 o en los fracasos en la respuesta europea a los ataques al Estado de Derecho por parte de Polonia y Hungría. Por primera vez parecía que el proyecto europeo podía retroceder, que la bicicleta de la que nos hablaba Delors podía dejar de pedalear.

Si bien el inicio del periodo de elaboración de la tesis coincidió con el (pesimista) Libro Blanco sobre el Futuro de Europa (2017), la finalización ha coincidido con la convocatoria de la Conferencia sobre el Futuro de Europa (2021), lastrada por los retrasos justificados por la pandemia del COVID-19. Aunque criticable por reproducir vicios del pasado —entre ellos, su complejidad—, la organización de eventos descentralizados y los paneles de ciudadanía europea han supuesto un revulsivo para el proyecto europeo. Pareciera que la tendencia se dirige ahora hacia una mayor integración: la pandemia del coronavirus ha fortalecido la capacidad de respuesta conjunta, la invasión rusa de Ucrania puede dar lugar a una nueva defensa europea, Dinamarca aprobó en referéndum el 1 de junio de 2022 su integración en la política de defensa de la Unión y Croacia se sumará al club de países que emplea el euro en 2023. Es en este contexto de introspección, de reflexión y análisis sobre la construcción europea donde se enmarca la tesis.

La elaboración de una tesis doctoral, como empresa investigadora de gran magnitud, hace traslucir inevitablemente la personalidad y la cosmovisión de su autor. Son las inquietudes personales del investigador las que determinan su objeto de estudio y sólo desde el compromiso personal con el tema de tesis el doctorando podrá sentirse satisfecho con su esfuerzo diario. Es por eso por lo que, con las oportunas indicaciones y orientaciones de quien asume la dirección de la investigación, decido investigar en el ámbito del Derecho constitucional europeo.

Podríamos intentar enumerar las razones objetivas por las que la UE es una buena idea: representa un mecanismo de ordenación de poder ante una globalización descontrolada, proporciona los beneficios derivados del mercado común, concede los derechos propios de la ciudadanía europea, etc. Probablemente, sin embargo, estas razones serían insuficientes para explicar el europeísmo como motivación personal. La defensa activa de la integración política, y constitucional, europea —también a través de la ciencia y de la universidad— depende, en mi opinión, de algo más bien emocional. La UE es un *proyecto*. Es algo que se construye, que está por hacer, que puede mejorar nuestras vidas y que representa valores como la pluralidad, la diversidad y la unidad, la solidaridad o la riqueza cultural. Y eso, en un contexto de cambio y desaparición de los esquemas explicativos del orden mundial, es, sin duda, ilusionante.

La tesis, pues, se encuentra impregnada de un europeísmo que es, en cierta medida, utópico y crítico. Los objetivos ambiciosos nos permiten avanzar —y cada avance representa un éxito— y a través de una perspectiva crítica se puede articular una respuesta constructiva que supere los déficits y limitaciones de aquello que se critica.

La universidad puede parecer en ocasiones un espacio teñido de una objetividad formal arrolladora y desilusionante. La primacía de la cantidad sobre la calidad en las exigencias investigadoras, la valoración positiva del cómputo de horas de docencia frente a su buena impartición y el efectivo aprendizaje por el alumnado, la ansiedad ante los procesos de evaluación-acreditación, la competitividad y la propia concepción de la carrera universitaria como, en efecto, una *carrera* —una competición de velocidad con ganadores y perdedores— puede conducirnos a un resultado fatal: que la universidad deje de ser un espacio de reflexión, crítica y pasión por el conocimiento y su transferencia en beneficio de la sociedad. Y, tal vez más grave, que quede deshumanizada.

Por eso, es de justicia dejar por escrito que, detrás del duro proceso que supone la elaboración de una tesis doctoral —con sus inevitables bloqueos, desvelos y *síndromes del impostor*—, he contado con el apoyo de unas magníficas personas que no sólo han demostrado su gran valía profesional, sino también su enorme calidad humana: José Asensi, quien fuera mi profesor de Derecho constitucional y la persona que confió en mí para integrarme en su equipo de investigación; mi director de tesis, José Chofre, quien me acogió desde el primer día como uno más del equipo; y los compañeros José Ángel Camisón, Mar Esquembre y Manuel Alcaraz, por su apoyo incondicional.

También agradezco las diferentes posibilidades que he encontrado en el camino para poder ir exponiendo en foros de doctorandos los avances de mi investigación: las Segundas Jornadas Doctorales para Investigadores en Formación en Derecho (Universidad de Zaragoza, 2018), las IV Jornadas Doctorales de la Universidad de Murcia (2018), el III Seminario de Trabajo «Nuevos Horizontes del

Derecho Constitucional» (Universitat de Lleida, 2019) y el Taller de Doctorandos de mi universidad, la Universitat d'Alacant (2021).

En las siguientes líneas se expondrán las principales conclusiones obtenidas de la investigación que condujo a la tesis doctoral que aquí se presenta, titulada «Orden público y Unión Europea. Una contribución a la construcción constitucional europea». La tesis sentó las bases de la posterior monografía «Orden público y Unión Europea» (Tirant lo Blanch, 2022), a la cual nos remitimos para una mayor información y para obtener la relación de las referencias bibliográficas empleadas.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO CRÍTICO COMO MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA DE TRABAJO

El objeto último de la tesis doctoral es la formulación de una propuesta de reconstrucción de la dimensión dogmática del Derecho constitucional europeo a través de la categoría de orden público. Esto es, pretende ser una propuesta desde la academia para la consolidación constitucional de la UE a través de la demostración de que el orden público, como categoría jurídico-constitucional, puede erigirse en un mecanismo para dotar a la UE de una dimensión dogmática o fundamento propio del constitucionalismo social.

La premisa metodológica sobre la que se construye el estudio es que la UE ha desbordado las categorías y metodologías propias del Derecho internacional, deviniendo así necesaria la aplicación del Derecho constitucional al espacio supraestatal europeo. De acuerdo con la metodología del constitucionalismo crítico postulada por Carlos de Cabo, en esta misión deben ser tenidas en cuenta cuatro exigencias: la repolitización del Derecho constitucional —se denuncia el predominio en la Unión de la *ratio* económica frente a la social—, la recuperación de las categorías conceptuales propias de la teoría constitucional en la dimensión y plenitud que le corresponden —democracia, control de poder, derechos fundamentales o, en nuestro caso, el orden público en su significado constitucional—, la reconstrucción de un nuevo sujeto de Derecho —mediante la resignificación de la centralidad de la dignidad como valor nuclear del constitucionalismo social— y la traslación al espacio supraestatal y globalizado de los esquemas propios del Derecho constitucional —en concreto, los correspondientes a su dimensión dogmática—, lo que ha dado lugar al Derecho constitucional europeo como disciplina científica en formación y desarrollo que analiza la UE a través de los parámetros propios del constitucionalismo.

Esta traslación de categorías constitucionales al nivel de ejercicio de poder que constituye la UE se realiza, evidentemente, bajo la consideración de que, si bien estos conceptos no pueden encontrarse en la Unión en su misma medida —en cuanto constitutiva de una realidad distinta al espacio (estatal) en el que aquéllos se han construido— ello no ha de servir de justificación para una merma de las garantías y controles democráticos presentes a nivel estatal.

Desde la constitución de un primer proyecto de naturaleza económica en los Tratados de París y Roma de 1951 y 1957, y conforme a un método neofuncionalista —esto es, funcional a la realización de su objetivo originario de promover el desarrollo económico de los países fundadores a través, principalmente, de la creación de un mercado común—, los diferentes Tratados europeos han atribuido a la Unión una serie de competencias que han acabado convirtiéndola en una organización supranacional de poder en la que se ejercen importantes parcelas de soberanía originariamente estatal. Este proceso habría dado lugar, según algunos autores, a una constitución material europea: así, se han formulado propuestas como las del «Estado constitucional europeo» de Häberle, el «constitucionalismo multinivel» de Pernice, el «constitucionalismo dual» de von Bogdandy o el «derecho contrapuntual» de Poiares Maduro (a partir de la teoría del pluralismo constitucional de MacCormick).

Sin embargo, consideramos que no es posible afirmar la existencia, en el actual estado de la Unión, de una constitución (material) europea en sentido estricto. Junto al argumento de que los Tratados han sido aprobados conforme a los parámetros propios del Derecho internacional, es decir, a través de conferencias intergubernamentales protagonizadas por los gobiernos estatales y, por tanto, al margen de cualquier tipo de poder constituyente europeo, se añade otro que, desde un punto de vista material o sustantivo, se fundamenta en la doble distinción clásica que es posible trazar en toda constitución.

En la arquitectura constitucional de la Unión es posible vislumbrar con claridad aspectos propios de la dimensión orgánica del constitucionalismo: existe un equilibrio de poderes (*checks and balances*) entre las diferentes instituciones, un sistema de fuentes del Derecho propio, la configuración de los Tratados como la norma suprema del ordenamiento jurídico de la Unión o mecanismos de participación política directa (la Iniciativa Ciudadana Europea) y representativa (elecciones al Parlamento Europeo).

En cambio, los elementos que habrían de vincularse a la dimensión dogmática de una hipotética constitución material europea quedan reconocidos de manera meramente formal: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) es vinculante, pero la UE carece de una competencia propia sobre derechos fundamentales y de un sistema específico de garantía de esos derechos, y los valores del art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) no impregnan el ordenamiento jurídico de la UE, pues los fines (la dignidad, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, los derechos humanos) no determinan los medios (el mercado), sino que es el medio el que se convierte en un fin, del que poder extraer, en su caso, aquellos valores.

La falta de desarrollo de una dimensión dogmática, es decir, de un *telos* o razón de ser, explica que la evolución de la Unión (en competencias y en diseño institucional) se haya producido sobre una misma lógica inicial, esto es, sobre una razón de ser esencialmente económica, funcional a la realización del mercado. En

consecuencia, es posible encontrar en la Unión una primacía de la *ratio* económica sobre la máxima realización de la dignidad humana, principio que constituye el eje nuclear de la constitución del Estado social.

En cuanto la categoría «dignidad» —fuente de todos los derechos fundamentales y premisa antropológico-cultural del Estado constitucional democrático— no ha sido trasladada al ámbito de la Unión, ésta se ha configurado como un espacio en el que no existe el *conflicto* y en que, por tanto, «lo económico» puede desenvolverse sin el correspondiente contrapeso «social». En definitiva, frente a la centralidad del valor dignidad, el sistema jurídico-político de la Unión se ha construido y ha evolucionado en torno a un objetivo no admisible como fundamento del ordenamiento constitucional: el desarrollo del mercado común europeo.

La «constitucionalidad» de la Unión es, así, incompleta o, en otros términos, se encuentra en una fase primigenia, la propia del primer constitucionalismo o constitucionalismo liberal: el Derecho de la Unión ordena el poder en dicho espacio para garantizar esencialmente la *libertad* de la ciudadanía —en este ámbito, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales—. En este contexto teórico, se defiende que la constitucionalización plena de la Unión sólo será posible a través de la asunción material de los parámetros propios del constitucionalismo social, esto es, a través de la articulación del ordenamiento jurídico europeo hacia el nuevo paradigma que constituiría la máxima realización de la igual dignidad humana.

De este modo, la tesis doctoral plantea, como propuesta teórica para la culminación —o, al menos, avance significativo— de la construcción constitucional de la UE, la recuperación del concepto de orden público y la conformación de un orden público propio europeo como medio para aquella *dogmatización* de la Unión en los términos propios del constitucionalismo social.

Para ello, la tesis se estructura en tres partes, cuyo contenido esencial se describe en este artículo: en la primera se realiza una propuesta de conceptualización unitaria del término y las funciones de la categoría de orden público; en la segunda nos interrogamos sobre la existencia de un orden público propio de la UE; en la tercera parte, una vez constatado que no es posible identificar en la Unión un orden público análogo en su caracterización y funciones al construido en la esfera estatal, se analizan las instituciones axiológicas existentes en el Derecho de la Unión para, a partir de ellas y del modelo que representa el orden público del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), proponer las medidas que pueden tender a la conformación de un orden público propio de la Unión, capaz de dogmatizar el ejercicio del poder europeo y de integrar políticamente a la UE.

III. UNA PROPUESTA DE CONCEPTUALIZACIÓN UNITARIA DEL ORDEN PÚBLICO

Los orígenes de la categoría de orden público se encuentran en el Código Civil napoleónico de 1804, al que fue incorporado con la finalidad de cristalizar, en el primer gran texto jurídico codificador de la modernidad, los valores de la Revolución francesa.

La delimitación conceptual del término «orden público» se enfrenta a dos problemas. Por un lado, se trata de un concepto jurídico indeterminado de tipo axiológico, que se caracteriza por la apertura de su contenido y por su carácter cambiante o dinámico, condicionado al contexto social y mutable en función de la rama del ordenamiento jurídico en que es utilizado. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, existe una confusión conceptual en el término, presente en la propia Constitución española (CE), que maneja dos significados diferentes: como sistema de valores en el art. 16.1 CE y como paz social o ausencia de conflicto —esto es, como sinónimo de seguridad pública— en el art. 21.2 CE. Esta confusión se debe, consideramos, a razones históricas.

Desde la Ley de Orden Público de 20 de marzo de 1867, el orden público se ha identificado como un instrumento que, amparándose en un concreto sistema de valores o ideología política, permitía al poder ejecutivo un ejercicio discrecional en sus funciones de policía. Así, se consideraba delito o falta contra el orden público, entre otros, las manifestaciones públicas que ofendieran «a la Religión, a la moral, a la Monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los Cuerpos Colegisladores y al respeto debido a las leyes». Esta concepción axiológica se mantendrá a lo largo de la historia constitucional española, si bien alternando contenidos más o menos amplios y vinculados en mayor o menor medida a valores de tipo político o moral.

No obstante, dado que aquellos valores habían quedado identificados con una determinada concepción de la monarquía y la religión (la vigente en el siglo XIX) y, posteriormente, con la represión política de la dictadura franquista, durante el proceso constituyente se intentará depurar el concepto de orden público para que su identificación con los valores —cuya concreción queda en manos del poder— quede sustituida por un significado reducido a realidades objetivas como la ausencia de conflicto o el normal funcionamiento de las instituciones y el libre ejercicio de los derechos. Ahora bien, como puede contemplarse en la propia Constitución, el Derecho positivo español vigente continúa empleando ambos significados en sus referencias al orden público.

En este contexto, se propone, desde una perspectiva constitucional, un análisis unitario de la categoría de «orden público» a partir de la distinción en la misma de una doble dimensión, positiva y negativa. Por un lado, podemos identificar una dimensión positiva en el análisis del orden público, referida a la definición del concepto y a la determinación de su contenido y funciones. Al respecto

debemos señalar, en primer lugar, que el orden público es una categoría jurídica axiológica que se compone de aquellos valores, principios y derechos que en un determinado ordenamiento jurídico se consideran fundamentales (inderogables e irrenunciables) según la realidad social en que se predicán.

Como categoría, el orden público se construye a partir de la dimensión subjetiva de los derechos: del derecho como pretensión invocable y objeto de protección y de su desarrollo en la realidad de un determinado ordenamiento es posible extraer —en lo que constituye su dimensión objetiva— una formulación concreta de los valores y de los principios que, junto con los derechos, compondrán el contenido del orden público. De este modo, el orden público expresa las concepciones o sentimientos vigentes en la sociedad y sus contornos y contenidos dependerán del contexto social en que se produzca su invocación y aplicación.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las funciones del concepto, el orden público no constituye una simple suma agregada de valores, principios y derechos, sino una síntesis de los valores propios de un determinado ordenamiento jurídico que actúa como catalizador del mismo hacia la mayor protección, promoción y efectividad de la igual dignidad humana (art. 10.1 CE), a través del legislador en su labor de producción normativa, del ejecutivo en su función aplicativa y del juez en su actividad de resolución de conflictos. Junto a esta vertiente interna de la dimensión positiva del concepto es posible identificar también una vertiente externa en la misma, referida al orden público como elemento característico e identificativo de un determinado ordenamiento jurídico frente a otros, que actúa como un elemento de diferenciación, pero también de convergencia, con otros ordenamientos.

Por otro lado, la dimensión negativa de este análisis se refiere a aquel conjunto de instrumentos, mecanismos o técnicas jurídicas que tienen por objeto la garantía de la plena vigencia y eficacia del orden público según dimensión positiva. En este sentido debemos entender las excepciones de orden público, las limitaciones por razón de orden público o el orden público internacional que aparecen frecuentemente en el Derecho positivo y que justifican, por ejemplo, las limitaciones a las manifestaciones del ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE), impiden la renuncia al ejercicio de los derechos (art. 6.2 del Código Civil); o justifican el no reconocimiento en España de una resolución judicial extranjera (art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). Si asumimos esta construcción conceptual, la paz social, la ausencia de disturbios o el normal funcionamiento de las instituciones y ejercicio de los derechos, con los que frecuentemente se identifica en la práctica jurídica, política y social el orden público, constituirían simplemente un efecto del ordinario funcionamiento de los instrumentos de la dimensión negativa del concepto de orden público.

También en esta dimensión negativa podemos diferenciar una vertiente interna y una vertiente externa. La vertiente interna opera en el interior de un determinado

ordenamiento jurídico, en las esferas pública y privada, a través de las funciones administrativas de policía, los delitos contra el orden público o las limitaciones a la libertad de contratación. Así, por ejemplo, en 1987 la Dirección General de Asuntos Religiosos denegó la inscripción de la Iglesia Evangélica del Buen Pastor en el Registro de Entidades Religiosas porque, al prohibir el abandono voluntario de sus miembros y supeditarlos a la decisión de la autoridad religiosa, se consideraba vulnerado el orden público.

Por su parte, la vertiente externa se identifica esencialmente con las cláusulas de orden público propias del Derecho internacional privado, que excluyen la aplicación en un determinado ordenamiento jurídico de disposiciones normativas extranjeras o el reconocimiento, aplicación o ejecución en aquél de sentencias y otras resoluciones dictadas en un Estado extranjero. De este modo, y a título ejemplificativo, el Tribunal Supremo consideró, en su sentencia 247/2014, de 6 de febrero, que era contrario al orden público internacional español la inscripción en el Registro Civil consular de Los Ángeles de dos menores nacidos por medio de gestación subrogada en dicho Estado.

Así construida, podemos afirmar que la categoría de orden público contribuye a los objetivos propios del constitucionalismo social. Primero, constituye el fundamento dogmático del ordenamiento constitucional, pues permite la ordenación del poder en garantía de la máxima realización de la igual dignidad humana. Segundo, le dota al ordenamiento de una legitimidad democrática, tanto porque le otorga una coherencia basada en la centralidad de la persona como porque conforma un sistema de valores que expresa los sentires y las concepciones imperantes en la sociedad. Tercero, coadyuva a la generación de una identidad constitucional, pues su contenido está constituido por los valores, principios y derechos que caracterizan a una determinada sociedad en un concreto momento histórico.

IV. CONTORNOS DE UN ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Con carácter general, y al margen de las diferentes propuestas doctrinales que han teorizado sobre un orden público existente, emergente o hipotético, entre las cuales destacan las formuladas por Angelini, Feraci y Corthaut, el Derecho de la UE, tanto el originario como el derivado, no ha configurado un concepto propio de orden público europeo.

De hecho, para el Tratado de la Unión Europea, en su artículo 4.2, el orden público equivale a un concepto nacional de paz social, cuyo mantenimiento constituye una función esencial del Estado: «[l]a Unión (...) [r]espeta las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional». Para el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por su parte, el

orden público aparece esencialmente como una noción de carácter estatal que funciona como excepción o contralímite a la aplicabilidad en un Estado miembro de normas de Derecho de la Unión que podrían lesionar cualquier valor considerado como esencial en su ordenamiento jurídico (entre otros, arts. 36, 45.3, 52.1, 65.1.b) y 202 TFUE). De este modo, la invocación al orden público puede justificar el establecimiento de restricciones a la importación o a la exportación o a la libre circulación de los trabajadores.

Esta concepción del orden público empleada en el TFUE se encuentra también en el Derecho derivado vinculante de la Unión, donde no obstante podemos encontrar una primera construcción de un orden público específico de la UE, sobre todo en el ámbito de las marcas y otros signos de identidad comercial. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 7.1.f) del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, las «marcas de la Unión Europea» —esto es, marcas de productos o servicios registrados de acuerdo a dicho Reglamento— no podrán acceder al Registro de Marcas de la UE en caso de que «sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres», expresión que ha de entenderse referida al núcleo de valores propio de la Unión, pues se trata de un motivo de denegación que el Derecho de la UE establece para acceder a un registro propio de la Unión de una marca que producirá efectos en toda la UE.

Finalmente, si bien el orden público no se contempla en la CDFUE, las Explicaciones a la misma —que no son vinculantes pero sí coadyuvan a su interpretación (art. 6.1.III TUE)— lo concibe como límite al ejercicio de los derechos al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones (art. 7 CDFUE), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10 CDFUE), la libertad de expresión (art. 11 CDFUE) y la libertad de reunión pacífica y de asociación (art. 12 CDFUE); como modulación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE); y, finalmente, como excepción a la vigencia de los derechos, «en caso de guerra o de otros peligros públicos que constituyan una amenaza para la nación, al llevar a cabo acciones en el ámbito de la defensa nacional en caso de guerra o de mantenimiento del orden público» (art. 52 CDFUE, según el art. 15 CEDH).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es posible diferenciar seis fases temporales respecto a la evolución del concepto de orden público. Durante una primera fase (1974-1982) el orden público se concibe como una categoría estatal, formada por los «intereses fundamentales de la sociedad», que debe someterse a un tratamiento específico en el Derecho comunitario. En la segunda (1982-1991), por el contrario, el orden público se reafirma como un concepto estatal, pero restringido en su contenido a determinadas normas jurídicas positivas. En la siguiente fase (1991-1999) la jurisprudencia del TJUE parece tender hacia una apertura en el contenido del orden público, que se concibe ya en términos axiológicos y, especialmente, vinculado a los derechos fundamentales. Durante la cuarta fase (1999-2004),

si bien se descarta la existencia de un orden público europeo autónomo, la categoría comienza a adquirir un contenido propio del Derecho de la UE, y, dado que éste presenta un contenido esencialmente económico, el orden público ha de ser considerado como un «orden público económico» (STJUE C-126/97). En la quinta fase (2004-2010), en cambio, la caracterización definitiva del orden público por la jurisprudencia del TJUE toma forma en la dirección opuesta: el orden público se configura como una categoría jurídica de naturaleza estatal, cuya concreción corresponde a los Estados miembros (aunque debe incluir un contenido específico del Derecho de la Unión), que permite a los Estados basarse en concepciones axiológicas específicas para limitar la aplicabilidad del Derecho de la Unión en su propio territorio. Finalmente, en la sexta y última fase (iniciada en 2011 y que transcurre hasta la actualidad, comprensiva de los recursos interpuestos ante el TJUE después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009), esta construcción se consolida, aunque el orden público comienza a ser disociado de los intereses económicos.

En cualquier caso, no se transfieren a las sentencias las importantes construcciones de los Abogados Generales, en cuyas conclusiones es posible encontrar una tendencia a reconocer un orden público propio de la Unión, existente o emergente, que debe ser dotado de un contenido propio y una operatividad específica en el contexto europeo. De este modo, por ejemplo, el Abogado General Wathelet identifica en *Gazprom* el orden público europeo con «normas y valores cuya inobservancia no cabe concebir (...) porque semejante inobservancia sería inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático. Se trata por tanto del conjunto de “principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico [de la Unión]”» (Conclusiones a la STJUE C-536/13, apdo. 177). Por su parte, en sus conclusiones al caso *Paoletti* el Abogado General Bot concibe el orden público europeo como un núcleo de valores morales y principios fundamentales que ha de prevalecer sobre cualquier norma (Conclusiones a la STJUE C-218/15, apdos. 20-26).

En definitiva, la jurisprudencia del TJUE configura el orden público como un instrumento de conflicto entre el sistema axiológico de los Estados miembros y las exigencias de aplicación uniforme del Derecho de la Unión: el orden público se erige como una cláusula, prevista en diferentes instrumentos normativos comunitarios, que permite a los Estados miembros hacer valer una concepción particular de un valor, de un principio o de un derecho, singular y característica de su ordenamiento jurídico y diferente de la de otros, para evitar la aplicación en tal Estado miembro de una norma de Derecho de la Unión que pudiera lesionar tal concepción axiológica.

Ahora bien, debe advertirse que este orden público no se concreta en un valor, principio o derecho *específico* del Estado y desconocido en otros países —situación poco probable entre los Estados miembros de la Unión—, sino más bien como una cierta *concepción* de tales valores, principios o derechos. Así, por ejemplo, cuando en el caso *Omega* (STJUE C-36/02) las autoridades gubernativas alemanas

prohibieron un juego de matar con láser porque constituía un «peligro para el orden público», la decisión no se basaba sobre el valor «dignidad», sino sobre la particular concepción alemana de la dignidad respecto a la del resto de Europa, y esto fue suficiente para que el TJUE reconociera la primacía del orden público alemán —su particular concepción de la dignidad— sobre la libre circulación de servicios y mercancías —porque los elementos del juego se importaban del Reino Unido, donde era legal—.

En definitiva, no es posible identificar en el Derecho de la Unión una concepción de orden público propio que, análogamente a lo que sucede en los ordenamientos constitucionales estatales, opere como una cláusula de garantía de la dignidad y de centralización de la persona en el ordenamiento jurídico-político.

V. EL ORDEN PÚBLICO DEL CEDH Y LA DIMENSIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La constatación de la inexistencia de un orden público propio de la UE puede conducir a la conclusión de que no cabe la traslación de esta categoría al nivel supranacional europeo de ejercicio de poder por la estricta constricción del concepto al espacio estatal. No obstante, debemos descartar esta hipótesis si atendemos al modelo que representa el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa, cuyo órgano judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha conformado, a partir del CEDH —al que califica como «instrumento constitucional de orden público europeo» (STEDH *Loizidou c. Turquía*, de 23.03.1995)— y de su sistema de garantía colectiva y obligaciones objetivas, un orden público europeo entendido como síntesis de valores o estándar mínimo de protección de derechos que opera como núcleo axiológico y guía del Tribunal de Estrasburgo y de los órganos judiciales nacionales en torno al criterio de la sociedad democrática y la dignidad humana.

Por ello, aun sin olvidar que, a diferencia de las Comunidades Europeas, el Consejo de Europa se constituyó con el objetivo de promocionar la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos y que, de este modo, la única competencia transferida fue la decisiva para la generación de un orden público (la competencia para garantizar determinados derechos por vía judicial), este sistema puede ser considerado como un modelo de referencia para la conformación de un orden público propio de la Unión.

En efecto, la construcción del TEDH evidencia que la categoría de orden público no queda necesariamente reducida al Estado; se construye a partir de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales; opera como una categoría axiológica autónoma y distinta de los órdenes públicos nacionales; desempeña una función informadora y armonizadora de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte del CEDH en torno a la mayor protección de la dignidad humana conforme a una escala de valores homogénea, propia y europea; y, finalmente,

opera como mecanismo de integración política europea sobre la base de la protección jurisprudencial equivalente de unos determinados derechos.

Afirmada la posible existencia, en términos teóricos, de un orden público propio de la UE, las razones que obstaculizan su desarrollo deben rastrearse en los elementos materiales que constituyen el contenido del orden público (valores, principios y derechos); esto es, en la dimensión dogmática del Derecho de la Unión.

En relación con los valores y principios, podemos constatar su proclamación, al menos con carácter formal, en los Tratados, como fines (en particular, art. 2 —que no produce efectos directos pero sí puede guiar la interpretación de las normas— y art. 3.1 TUE), objetivos a promover en la política de acción exterior europea (en particular, arts. 3.5 y 21 TUE) o requisitos para la adhesión a la Unión (art. 49 TUE).

Por su parte, los derechos fundamentales han transitado desde su construcción originaria por la jurisprudencia del TJUE hasta su positivización como principios generales en el Tratado de Maastricht (1992). Tras el Tratado de Lisboa (2007), el art. 6 TUE mantiene en su tercer apartado la proclamación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, tanto los que proceden del CEDH como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y, junto a la previsión de la necesaria adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE), consagra a la CDFUE —proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y adaptada el 12 de diciembre de 2007— como la declaración de derechos propia de la Unión, con el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE).

Esta nueva posición de la CDFUE, no obstante, si bien refuerza su función simbólica de integración (que ya desempeñaba con anterioridad a la adquisición de vinculatoriedad jurídica), no ha alterado la arquitectura constitucional de la UE, pues continúa presentando una serie de importantes limitaciones. En primer lugar, la limitación del ámbito de aplicación de la Carta a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE), dejando fuera de este ámbito de aplicación a las posibles violaciones de derechos que se produzcan en el territorio de la UE por actuaciones no vinculadas al Derecho de la UE.

En segundo lugar, la subordinación de los derechos fundamentales a la consecución de los objetivos de interés general de la Unión (art. 52.1 CDFUE), lo que implica que la tutela de los derechos puede ceder en asuntos en que estén implicadas cuestiones referentes al mercado interior y las libertades económicas, contradiciendo así la propia idea de centralidad de los derechos fundamentales y de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, y destacadamente, la ausencia de una competencia sustantiva o normativa autónoma en materia de derechos fundamentales (arts. 6.1 TUE y 51.2

CDFUE). De este modo, si bien la atribución a la CDFUE del valor jurídico propio del Derecho originario otorga a los derechos contemplados en ella vinculación negativa (los derechos como límites a la acción del poder), la no asunción de una competencia propia al respecto les priva de vinculación positiva (los derechos como obligación de los poderes públicos respecto a su protección y promoción), lo que determina que las instituciones de la Unión no puedan llevar a cabo una actividad normativa de tutela de los derechos.

A estas limitaciones deben añadirse aquellas otras de tipo interpretativo: el sentido y alcance de los derechos de la Carta se condicionan a su configuración e interpretación en otros preceptos de los Tratados (art. 52.2 CDFUE), del CEDH (art. 52.3 CDFUE) o de las tradiciones constitucionales comunes (art. 52.4 CDFUE); los principios de la CDFUE se limitan a informar la actividad legislativa y ejecutiva (art. 52.5 CDFUE); la interpretación de los derechos debe respetar las legislaciones y prácticas nacionales (art. 52.6 CDFUE); en la interpretación de los derechos proclamados en la CDFUE deben tenerse en cuenta las Explicaciones de la Carta (art. 52.7 CDFUE); las disposiciones de la Carta no pueden limitar o lesionar los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión, en el Derecho internacional y en las constituciones estatales (art. 53 CDFUE); y, finalmente, la interpretación de dichas disposiciones no puede conducir a una restricción mayor de la prevista (art. 54 CDFUE).

El sistema de derechos fundamentales de la UE presenta también importantes limitaciones en lo que se refiere a los instrumentos de garantía de los derechos, que pueden clasificarse en mecanismos de tutela objetiva y subjetiva. Los «mecanismos de tutela objetiva» se refieren al respeto de los valores y derechos fundamentales como obligación general de los Estados miembros y de la UE. Estos mecanismos, que se fundamentan en el art. 2 TUE y que pueden actuar incluso fuera del ámbito competencial del Derecho de la Unión, presentan un carácter excepcional, circunscrito a vulneraciones sistémicas o generalizadas de los derechos y condicionado a un elevado nivel de consenso político, lo que limita su efectividad. Entre los principales mecanismos de tutela objetiva de los derechos fundamentales destacan los siguientes.

Primero, los mecanismos preventivo y sancionador de defensa de los valores de la UE del art. 7 TUE: el primero (art. 7.1 TUE) permite constatar «la existencia de un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el art 2 TUE» y el segundo puede dar lugar a la suspensión de determinados derechos del Estado miembro derivado de los Tratados —entre ellos el derecho de voto en el Consejo (art. 7.3 TUE)— en caso de «violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el art. 2 TUE».

Segundo, el Marco del Estado de Derecho de 2014, surgido como respuesta a la deriva autoritaria de Hungría y que se configura como un mecanismo político que, por la vía del diálogo entre las autoridades europeas y las del Estado miembro implicado, trata precisamente de evitar la activación del art. 7 TUE.

Tercero, el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión —cuya conformidad con los Tratados ha sido confirmada recientemente por el TJUE (SSTJUE C-156/21 y C-157/21)—, que opera en caso de que el presupuesto comunitario pueda verse comprometido por ataques al Estado de Derecho.

Cuarto, el recurso por incumplimiento, que le permite al TJUE apreciar, de una manera general, si el Estado miembro cumple con su obligación, impuesta por los arts. 2 y 6.3 TUE, de respetar los derechos fundamentales, incluidos aquellos que están proclamados en textos diferentes a la CDFUE. Ahora bien, no puede ser objeto de un recurso por incumplimiento una vulneración autónoma de un derecho fundamental de la Carta, aunque sea una vulneración sistémica o genérica. Al contrario, la violación debe estar vinculada a un incumplimiento de una norma de Derecho originario o derivado.

Finalmente, entre estos instrumentos puede incluirse también la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE que, aunque no es en sentido estricto un mecanismo de tutela, opera como una agencia especializada que asesora a las instituciones de la UE y a los Estados miembros en materia de derechos fundamentales.

Por otra parte, el sistema europeo de mecanismos de garantía de los derechos fundamentales incluye también los llamados «mecanismos de tutela subjetiva», que permiten reaccionar ante vulneraciones concretas sufridas por la ciudadanía, y que presentan, asimismo, una serie de limitaciones. Se trata, en primer lugar, del Defensor del Pueblo Europeo, que investiga y actúa contra los casos de mala administración de las instituciones, órganos y organismos de la UE, incluidas las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. No obstante, carece de legitimación para recurrir al TJUE y sus resoluciones no producen efectos vinculantes.

Junto a esta garantía institucional encontramos, en segundo lugar, las garantías jurisdiccionales de los derechos, con las que se puede conseguir indirectamente la tutela subjetiva de un derecho fundamental, y en las que, a diferencia del recurso por incumplimiento —en que se controla la actuación de los Estados miembros— se somete a fiscalización la validez de los actos de la Unión. Estos recursos jurisdiccionales pueden ser directos (si la ciudadanía ostenta legitimación activa) e indirectos (si carece de ella), pero en ambos casos sólo pueden activarse cuando la vulneración del derecho fundamental ha estado acompañada de la infracción de una norma de Derecho de la Unión, pues no existe en Derecho de la Unión recurso jurisdiccional alguno que tenga por objeto específico la tutela de los derechos fundamentales de la CDFUE.

Entre los recursos directos se encuentra el recurso de anulación, el recurso por omisión y la excepción de ilegalidad. Mediante el recurso de anulación el TJUE analiza si determinados actos normativos de Derecho derivado incurren

en incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados (y de ahí la tutela de los derechos fundamentales del CDFUE —como derechos subjetivos— o de los arts. 2 y 6.3 TUE —desde su dimensión objetiva—) o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y la desviación de poder. En el recurso por omisión se reacciona contra un incumplimiento de una obligación de actuación de una institución, órgano u organismo de la Unión que viola una norma de Derecho de la Unión (originario o derivado). En materia de derechos fundamentales podría reclamarse contra una omisión constitutiva de un incumplimiento de una norma europea que, además, redundara en una lesión a un derecho fundamental; por ejemplo, la vulneración del derecho a la igualdad entre sexos derivada de la ausencia de normativa en favor de la igualdad salarial. Finalmente, la excepción de ilegalidad constituye un procedimiento incidental que puede plantearse durante la sustanciación de otro recurso jurisdiccional cuando un acto de alcance general aplicable al caso viola el Derecho de la Unión por los mismos motivos que pueden fundamentar el recurso de anulación —entre ellos, la violación de un derecho fundamental motivada por la infracción también de otra norma de Derecho de la Unión—.

Por su parte, el principal recurso jurisdiccional indirecto viene constituido por la cuestión prejudicial, procedimiento incidental mediante el cual un órgano judicial nacional solicita al TJUE que determine el contenido y alcance de cualquier norma de Derecho originario o derivado (cuestión prejudicial de interpretación) o que determine la validez de las normas de Derecho derivado en relación con los Tratados (cuestión prejudicial de validez), cuando tales normas deben ser aplicadas al concreto caso planteado. La posibilidad de un particular de conseguir la reparación de su derecho fundamental vulnerado se articula a través de la integración de la interpretación efectuada por el TJUE en la sentencia dictada por el juez nacional (único legitimado para interponer la cuestión prejudicial).

Ante este limitado sistema de protección de los derechos, la UE sigue confiando en el papel que desempeña el CEDH, lo que se evidencia en tres realidades. En primer lugar, los derechos del CEDH todavía funcionan como principios generales del Derecho de la UE (art. 6.3 TUE). En efecto, el CEDH operó en los inicios de la Comunidad Económica Europea —desde su primera construcción jurisprudencial y hasta su incorporación al Derecho positivo con el Tratado de Maastricht— como la declaración de derechos a la que ésta debía atenerse, en cuanto era considerada la fuente de los principios generales del Derecho comunitario. En consecuencia, los derechos del CEDH deben inspirar la actuación de los poderes públicos de la Unión y coadyuvar la interpretación de ordenamiento jurídico de la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo han mantenido tradicionalmente un diálogo de tipo doctrinal y competencial. Mediante el «diálogo doctrinal» de observancia y aprendizaje mutuo la doctrina sobre los derechos fundamentales elaborada por cada uno de ellos se ha integrado

en la jurisprudencia del otro: el TJUE ha tenido muy presente la doctrina elaborada por el TEDH, y también la jurisprudencia del TJUE ha sido utilizada por el TEDH como complemento o refuerzo a su argumentación.

Por su parte, mediante el «diálogo competencial» ambos tribunales han debido resolver los problemas derivados de sus respectivos ámbitos de competencias. El TJUE ha reafirmado su incompetencia para ejercer un control de compatibilidad de las normas nacionales pertenecientes al ámbito reservado a la apreciación del legislador nacional respecto al CEDH, así como para pronunciarse sobre la relación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el CEDH. De igual modo, los órganos de garantía del CEDH rechazaron inicialmente que pudieran controlar la normativa y los actos comunitarios (en base a que las Comunidades Europeas no eran parte del CEDH), para posteriormente establecer el principio de que los Estados eran responsables de sus actos, con independencia de que éstos se debieran al cumplimiento del Derecho interno o de la Unión. Finalmente, ha sentado la doctrina de la protección equivalente o «doctrina Bosphorus»: la protección de los derechos fundamentales por el Derecho comunitario puede considerarse equivalente a la del sistema del CEDH y, por tanto, se presume que los Estados no se apartan del CEDH cuando implementan obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE, pero esta presunción puede ser refutada y justificar así la intervención del TEDH.

En tercer lugar, a pesar haber sido rechazada por el TJUE en dos ocasiones, los Tratados de la Unión continúan previendo la adhesión de la UE al sistema del CEDH, que comprende tanto la propia declaración de derechos como la competencia y jurisprudencia del TEDH. El primer rechazo, en el Dictamen 2/94 (1996), se fundamentó en que la Comunidad no tenía competencia para la adhesión, a lo que añadir que el CEDH sólo estaba abierto a los miembros del Consejo de Europa (y éste, sólo a Estados). Como respuesta, se aprobó el Protocolo nº 14 al CEDH (2010), gracias al cual el art. 59 CEDH establece ahora que cabe la adhesión de la UE; asimismo, el Tratado de Lisboa previó explícitamente la adhesión en el art. 6.2 TUE. No obstante, el Dictamen 2/13 (2014) rechazó por segunda vez la adhesión, aduciendo, entre otros motivos, que no respetaba la autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión y que podría quebrar el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE.

VI. HACIA UN ORDEN PÚBLICO EUROPEO: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Dado que el orden público se construye a partir de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales —y de la conformación de valores y principios a partir de su dimensión objetiva—, es en este marco donde deben realizarse las reformas necesarias para acometer una profundización en la «dogmatización» de la Unión. En la investigación recogemos dos tipos de propuestas.

Por un lado, aquéllas que no requieren una reforma de los Tratados y que consisten en un cambio de interpretación jurisprudencial, tanto por parte del TJUE como de los tribunales constitucionales nacionales. Se trata, en primer lugar, de la *Reverse Solange* propuesta por von Bogdandy y su equipo del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, que propone el amparo de los arts. 2 TUE (los valores de la Unión) y 20 TFUE (el estatuto de ciudadanía europea) ante violaciones sistémicas de los derechos no cubiertas por el art. 51.1 CDFUE.

En la doctrina *Solange*, formulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1974, recaía una sospecha de violación de derechos por parte de la Comunidad, de modo que, en cuanto no existiera en ella una protección de los derechos fundamentales equiparable a la prestada por la Ley Fundamental de Bonn, la corte constitucional debía ejercer un control sobre la normativa comunitaria, asumiendo como parámetro el catálogo constitucional de derechos, que prevalecería en caso de violación por una norma comunitaria.

La *Reverse Solange*, por el contrario, se fundamenta en un presupuesto distinto al de *Solange*: en el actual estado de la Unión son los Estados miembros los sospechosos de no respetar los derechos de la Carta. En esencia, la teoría establece que, fuera del ámbito de aplicación del art. 51.1 CDFUE, los Estados miembros permanecen autónomos en la protección de los derechos fundamentales en ámbitos en que no apliquen el Derecho de la Unión, pero sólo en cuanto pueda ser presumido que éstos aseguran la esencia de los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 2 TUE. Esta esencia incluiría tanto las tradiciones constitucionales comunes como los reconocimientos de derechos en Europa, y debería determinarse inductivamente a través del análisis de la jurisprudencia dictada por los tribunales supremos de los Estados europeos en relación con violaciones de derechos injustificadas. Sin embargo, si se presentara la situación extrema de que una violación llegara a ser considerada como sistémica y fuera lo suficientemente grave como para refutar la presunción anterior, los particulares podrían invocar su condición de ciudadanos de la Unión (art. 20 TFUE) para solicitar su reparación ante los tribunales ordinarios. De este modo, la *Reverse Solange* deja los problemas ordinarios de violaciones de derechos a las instituciones domésticas.

En segundo lugar, la revalorización de los derechos fundamentales puede alcanzarse asimismo a través de la actuación de las cortes constitucionales nacionales. En concreto, se propone como modelo la construcción realizada por el Tribunal Constitucional de Austria en su sentencia de 14 de marzo de 2012, en la que otorgó a los derechos de la Carta la naturaleza de «derechos constitucionales» en el ordenamiento jurídico austríaco. Ello implicaba que los derechos de la CDFUE pasaban a constituir un parámetro de constitucionalidad del Derecho interno cuya garantía correspondía al Tribunal Constitucional, siempre que la actuación enjuiciada estuviera dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión —en los términos del art. 51.1 CDFUE— y que la protección de la CDFUE fuera equivalente a la de la Constitución austríaca.

Las anteriores propuestas pueden contribuir a extender el ámbito de aplicación de la Carta o a concederle un valor superior al previsto por el Derecho de la Unión. No obstante, consideramos que la generación de un orden público propio de la UE requiere de medidas ambiciosas que impliquen necesariamente una reforma de los Tratados, en cuanto deben suponer la articulación de un nuevo paradigma en el sistema de los derechos fundamentales de la Unión.

En este sentido, se propone en primer lugar la atribución a la Unión de una competencia autónoma en materia de derechos fundamentales. La protección y promoción de los derechos habría de incorporarse al art. 4.2 TFUE como una competencia compartida particular, basada en una relación de «mínimo-complemento»: las autoridades europeas estarían facultadas y compelidas a garantizar una mínima protección y promoción común de los derechos en toda la Unión a partir de la cual fuera posible una acción de complemento, mejora o particularización por cada Estado miembro. Esto sin perjuicio de que la tutela de los derechos deba también configurarse como una finalidad en sí misma de la Unión que impregne el completo articulado de los Tratados. Con ello se pretende que los derechos en la Unión no sólo mantengan su actual vinculación negativa —los derechos como límites a la acción de los poderes públicos—, sino que también asuman una vinculación positiva —su protección y promoción como obligaciones de los poderes públicos—.

En segundo lugar, se propone la creación de un recurso jurisdiccional específico de amparo de los derechos de la CDFUE, que habría de diseñarse a partir de las configuraciones constitucionales de los recursos de amparo nacionales y de las demandas individuales ante el TEDH. Se trataría de un recurso subsidiario de los sistemas nacionales de protección de los derechos, cuya legitimación activa correspondería a las personas físicas y jurídicas y al Defensor del Pueblo Europeo y que debería ser conocido por un TJUE (o una sala específica en él) que quedaría reforzado de esta manera en su configuración como un Tribunal Constitucional de la Unión, pues se sumaría a la otra función clásica de las cortes constitucionales que ya desempeña: el control de la conformidad de la legalidad ordinaria con los Tratados.

Con estas reformas, si bien ya no sería necesaria la adhesión de la UE al CEDH, pues ya existiría un sistema completo de tutela de los derechos, coherente con la autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión, la adhesión permitiría añadir un control externo subsidiario que contribuiría a reforzar y fortalecer los derechos fundamentales desde su dimensión subjetiva.

En definitiva, consideramos que la adquisición de vinculación positiva por los derechos fundamentales, derivada de la atribución a la Unión de una competencia propia al respecto, y la jurisprudencia del TJUE formulada a partir de un nuevo recurso de amparo europeo, permitiría sentar las bases para la configuración de un sistema de valores propio de la Unión, de un orden público europeo que habría de articular su ordenamiento jurídico en torno a la máxima

centralidad de la igual dignidad humana y contribuir, de este modo, a la conformación una UE constitucional.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El orden público como eje de análisis de la dimensión dogmático-axiológica de todo ordenamiento constitucional permite una nueva perspectiva o método de abordaje a la complejidad de la UE. La todavía vigente articulación del Derecho de la UE en torno al objetivo primigenio del desarrollo del mercado común europeo —la lógica económica como motor del proyecto comunitario— dificulta su consideración como un ordenamiento constitucional pleno, en el que la persona y sus derechos fundamentales constituyan su razón de ser. La ausencia de dimensión dogmática impide la afirmación de una constitución europea, dando lugar a un déficit constitucional al que, más que a un genérico e indeterminado déficit democrático, debe imputarse la débil legitimidad democrática de la Unión.

La propuesta de un orden público europeo pretende dotar al ordenamiento jurídico de la Unión de un *sentido constitucional*, de una razón de ser articulada en torno a la dignidad humana como núcleo dogmático del Derecho y de la política. Si bien el principal destinatario de la propuesta es la doctrina académica —como reivindicación del espacio constitucional europeo y, en concreto, su dimensión dogmática como objeto de estudio—, la construcción de un orden público propio de la UE no debe quedar reducida a una labor de conceptualización doctrinal en torno a la idealización de un estándar común de derechos, el examen del diálogo entre tribunales o la simple identificación de los valores políticos y culturales compartidos por los Estados miembros.

Por el contrario, el orden público europeo debe ser el resultado de una política normativa que resitúe a la persona en el eje del ordenamiento jurídico de la Unión. La UE debe aspirar a convertirse en una comunidad política, de valores y derechos, en la que la motivación de sus decisiones no se encuentre en el mayor beneficio de los Estados o del mercado sino en el interés de las personas. Para ello es necesaria una reforma profunda de la arquitectura constitucional de la Unión, más ambiciosa incluso que la que resulta del informe sobre el resultado final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa (2022). Debe reconsiderarse la posición que ocupan los derechos fundamentales en la UE, lo que incluye desde la posible atribución de competencias normativas a la Unión en la materia hasta la conversión del TJUE en el máximo garante de los derechos fundamentales en el espacio europeo. Sólo es posible sentirse miembro de una comunidad cuando esta comunidad vela por nuestros derechos: esta función de adherencia que generan los derechos fundamentales puede convertirse en un medio para alcanzar la definitiva integración constitucional de la UE.