

DE PRIMACÍA, DERECHOS Y TRIBUNALES

Francisco Javier Matia Portilla
Profesor (ApC) de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
javierfacultad@gmail.com

Sumario: 1.- Intenciones. PRIMERA PARTE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunales Constitucionales; 2.- El problema tiene su origen en la interrelación entre los Tratados Internacionales y las Constituciones estatales; 3.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales comparten una misión esencial: preservar el lugar de la norma fundante; 4.- Las contradicciones entre los Tratados y las Constituciones se resolverán aplicando lógicas diferentes por parte de los Tribunales: 4.1.- Tribunales Internacionales. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4.2.- Tribunales Constitucionales. 5. El asunto Melloni como campo de pruebas: 5.1.- Una errada cuestión prejudicial; 5.2.- Una esperable pero discutible respuesta por parte del Tribunal de Luxemburgo; 5.3.- Una razonable respuesta del Tribunal Constitucional. 6.- Algunas ideas conclusivas sobre las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales (tesis). SEGUNDA PARTE: Los Tribunales ordinarios españoles y el Derecho de la Unión: 7. La primacía del Derecho de la Unión; 8.- El efecto directo del Derecho de la Unión. Especial referencia a las directivas; 9.- La cuestión prejudicial al servicio del poder judicial español.

1.- Intenciones.

Quiero agradecer, muy sinceramente, la invitación a participar en esta Mesa Redonda que me brinda la Asociación de Constitucionalistas de España¹. Invitación que provoca en mí dos sensaciones encontradas. Alegría de un lado, porque la invitación proviene de mis compañeros de profesión. Y responsabilidad, de otro, por encontrarme ante un auditorio exigente, y exponer mis certezas y también, cómo no, mis incertidumbres, en relación con el papel de los jueces en la integración europea.

Comenzaré afirmando que nunca he sido partidario de calificar cuáles han sido las relaciones entre los Tribunales nacionales (cualificadamente, aunque no exclusivamente, los Constitucionales) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Huyo de expresiones tales como “guerra de cortes” o “diálogo de Tribunales”, entre otras cosas porque entiendo que los Tribunales dictan resoluciones judiciales y lo hacen, además, en el marco de sus respectivas competencias.

Debo adelantar que he separado este escrito en dos partes. En la primera me ocuparé de la posición de los Tribunales Constitucionales (en especial, del español) en relación con el Derecho de la Unión Europea. Como es esta una cuestión que me viene ocupando y preocupando desde el comienzo de mi labor universitaria, optaré en este caso por no reiterar datos de sobra conocidos (como son la jurisprudencia comunitaria sobre el principio de

¹ Esta investigación se inscribe en el marco del Proyecto Estatal I+D DER2013-41303, *Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales: De la Carta de DDFF de la Unión a las Constituciones, pasando por el CEDH.*

primacía o sobre el efecto directo de las directivas²) para centrarme en la defensa de algunas hipótesis que someteré a vuestra consideración. La segunda parte, mucho más breve y basada, esencialmente, en la búsqueda de la jurisprudencia constitucional y ordinaria relevante en la materia, pretenderá examinar el nuevo lugar que la jurisdicción ordinaria ocupa en virtud de la existencia e importancia del Derecho de la unión.

Esta forma de proceder me permitirá, espero, ajustarme al tiempo conferido para la exposición del tema propuesto y fomentar, además, el debate, que es el principal objetivo que pretendo acometer en los próximos minutos.

PRIMERA PARTE: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

2.- El problema tiene su origen en la interrelación entre los Tratados Internacionales y las Constituciones estatales.

Cuando desentonan las afirmaciones realizadas por un Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo hacen por situar cada uno de ellos a la principal norma que debe proteger (la Constitución o los Tratados comunitarios) en el más alto lugar del ordenamiento jurídico de que se trate. Y esto remite a una muy clásica³ y vigente⁴ cuestión en el Derecho internacional, cuál es la opción entre el dualismo y el monismo, defendidos por Triepel y Kelsen respectivamente.

Entender que los ordenamientos nacional e internacional son diferentes entre sí obliga a aceptar que ambos tienen mecanismos de validez diferentes y autónomos y que será preciso que cuando la norma de uno se integre en el otro deba ser transpuesta (esto es, adoptada por los órganos que tienen competencia, en este segundo ordenamiento, para hacerlo).

Optar por imbricar ambas esferas normativas en un único ordenamiento jurídico remite a la cuestión de determinar cuál es la máxima norma de dicho ordenamiento. En este sentido conviene recordar que la categoría de Tratado internacional, ha experimentado una profunda evolución a lo largo del tiempo, ya que ha pasado de ser considerado un instrumento político a una norma jurídica.

En todo caso la dialéctica entre monismo y dualismo ha pretendido ser superada a través de diversas teorías. Especial recorrido ha tenido la pretensión de separar las organizaciones internacionales de cooperación de otras que buscan la integración y en las que los acuerdos

² Optaré, por remitirme a estudios previos que abordan estas cuestiones concretas.

³ Sobre la polémica entre Triepel y Kelsen en esta materia, reflejado en multitud de estudios sobre la materia. Ver, por todos, Rigaux, François: "Hans Kelsen on international law". *European Journal of International Law* 9 (1998), pp. 325 ss.; Iglesias Buhigues, José Luis: "Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno". *Anuario español de derecho internacional* 1974/1, pp. 361 ss. y Dubout, Edouard y Touze, Sébastien: "La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques". En Dubout, Edouard y Touze, Sébastien (dirs.): *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systemes juridiques*. A. Pedona. París, 2009, pp. 11 ss.

⁴ Cfr., el monográfico, *Revue Européenne de Droit Public* 2012/2.

abandonan la regla de la unanimidad para optar por la mayoría⁵. También la de concebir un nuevo tipo de organizaciones internacionales, las supranacionales, en las que se prevé la creación de autoridades independientes o la adopción de acuerdos por mayoría⁶. O la defensa de una nueva concepción multinivel del constitucionalismo⁷, que permite orillar el problema de la jerarquía y entender que las relaciones entre el Derecho europeo y nacional operan con un criterio funcional.

La idea de conferir una posición diferente a la internacional al Derecho de la Unión⁸ supone un empeño en cierta medida inútil, porque las máximas normas de cada ordenamiento jurídico tratarán de conservar su privilegiada posición, confiando para ello en unos agravados

⁵ Díez de Velasco, Manuel: *Las organizaciones internacionales*. 8ª ed. Tecnos. Madrid, 1994, p. 48. Más adelante se indica que las organizaciones supranacionales se sitúan entre las organizaciones internacionales clásicas y las estructuras federales (ibídem, p. 49).

⁶ Rosenstiel, Francis: *El principio de supranacionalidad. Ensayo sobre las relaciones de la política y el Derecho*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967, esp. p. 24.

⁷ Cfr. Pernice, Ingolf: "Multilevel constitutionalism in the European Union". *European Law Review* 2002, que puede ser consultado on line en inglés (<http://whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>) y en castellano (http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm) y, entre nosotros, por todos, Freixes Sanjuán, Teresa, en "Constitucionalismo multinivel e integración europea" [En Freixes Sanjuán, Teresa; Gómez Sánchez, Yolanda y Rovira Viñas, Antonio (dirs.): *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2013, p. 37 ss., esp. p. 43.] y en "Multilevel constitutionalism y principios fundacionales de los ordenamientos supranacionales: el caso de España", En Bilancia, P. (ed.): *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur a confronto*. Giuffrè. Milán, 2006, pp. 27 ss. Y, en relación con estas tesis, hay quienes defienden la naturaleza federal de la Unión Europea (Olmi, Giancarlo: "Prólogo". En VV.AA: *Treinta años de Derecho comunitario*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1984, p. 1)

⁸ Cuestión distinta es que el Derecho de la Unión presenta hoy una importancia cualificada, lo que, lógicamente, se ha trasladado a diversos textos constitucionales (los de Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Malta, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia). Y también que algunas disposiciones constitucionales y resoluciones puntuales han conferido al Derecho de la Unión una posición superior a la del Derecho nacional. Por ejemplo, el artículo 29.4.10º de la Constitución de Irlanda consagra una especial rigidez de las normas vinculadas con la Unión Europea, que no pueden ser derogadas por la Constitución. También ha tenido una especial difusión la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco VfGH VfSlg. 15427/1999, en la que se consideraba prevalente una norma contenida en una directiva comunitaria sobre una disposición constitucional (citada por Sabrina Ragone en "Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 16, 2011, pp. 60-61). Pero, con independencia de que esta resolución no asume plenamente la primacía del Derecho de la Unión sobre el ordenamiento nacional (ver, ahora, Elías Méndez, Cristina: "El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 14, 2010, p. 150), conviene aclarar que la primacía reconocida por las Constituciones es, siempre, sobre la Ley, como acredita la lectura de los artículos 7.2, 28.1, 65.1 y 148.2 de las Constituciones de Eslovaquia, Grecia, Malta y Rumanía. En el caso de Francia, el Consejo Constitucional ha declarado que, si bien el artículo 88.2 de la Constitución, contempla la regulación mediante Ley la orden de detención europea, es competente para controlar su constitucionalidad en lo que atañe al margen de apreciación que corresponde al Estado en su transposición (Decisión 2013-314P QPC, de 4 de abril, considerando 5. Ver también el artículo 57.4 de la Constitución de Hungría). Especial interés presenta el artículo 5 de la Constitución del capítulo 10 del Instrumento de Gobierno de Suecia que condiciona el derecho de tomar decisiones a las Comunidades Europeas a que estas proporcionen "protección para los derechos y libertades correspondientes a la protección prevista según este Instrumento de Gobierno y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales".

procedimientos de reforma y, y esto es lo que aquí interesa, residenciando los ataques que contra ellas provoquen otros preceptos jurídicos en unos tribunales específicamente encargados de su defensa.

En todo caso, como veremos más adelante, nuestra Constitución determina con bastante nitidez cuál es el lugar que ocupan los Tratados internacionales en el Derecho español.

3.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales comparten una misión esencial: preservar el lugar de la norma fundante.

En el caso del Tribunal de Justicia, este rol fundamental se proyecta sobre diversas normas de los propios Tratados. Así, por ejemplo, el Tribunal puede determinar que un acuerdo previsto entre la Unión y terceras partes no resulta compatible con los Tratados constitutivos, lo que supone que aquél “no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados” (artículo 218 TFUE). Y lo mismo cabe del control de legalidad de los actos legislativos (sic) (artículo 263 TFUE), que asegura el debido respeto a los procedimientos (vicios formales) y las normas (vicios materiales) regulados en los Tratados. No resulta de extrañar que el Tribunal de Justicia pueda controlar las actuaciones u omisiones de las Instituciones y órganos de la Unión y de los Estados que comprometan el Derecho de la Unión, en general, y los Tratados que lo fundan, en particular.

Y, claro, lo mismo puede afirmarse de los Tribunales Constitucionales. Aunque la Constitución es interpretada también por los operadores jurídicos, es sabido que prevalecerá la lectura que realice el Tribunal Constitucional de una determinada prescripción constitucional, que será vinculante para todos ellos⁹.

Es lógico que así sea con carácter general, ya que los Tribunales creados para proteger normas jurídicas se entregarán con fruición a cumplir esta primordial función¹⁰. Por ello resulta inaceptable que el Tribunal de Justicia censure, en el difundido Dictamen 2/2013, que el Tribunal de Estrasburgo tenga la última palabra en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque resulta ontológicamente imposible que renuncie a esta trascendental función¹¹.

⁹ Ver Balaguer Callejón, María Luisa: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos. Madrid, 1997; Canosa Usera, Raúl: "Supremo intérprete de la Constitución y dinámica democrática". VV.AA: *Constitución y democracia ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Universitas. Madrid, 2012. Vol. 1, pp. 349 ss. y Asis Roig, Rafael F: "La interpretación en la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete". en Ramiro Avilés, Miguel Ángel y Peces-Barba, Gregorio: *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Marcial Pons. Madrid, 2004, pp. 285 ss.

¹⁰ Compartimos, pues, el parecer expresado por L. Dubouis en "Le juge français entre norme constitutionnelle et norme européenne". En VV.AA: *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*. Dalloz. París, 1992, p. 214. Tomamos la cita de Dubout, Edouard: "De la primauté 'imposée' à la primauté 'consentie'", p. 2, nota 12 (disponible en <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>).

¹¹ Pienso en las discutibles apreciaciones realizadas en la parte del Dictamen 2/2013 en las que se concluye que la adhesión de la UE al CEDH compromete la autonomía del CEDH, que se fundamenta en una cuestionable mezcolanza de dos instrumentos jurídicos (la Carta de la Unión y el Convenio) que tiene un distinto origen (UE y CE) y cuya máxima interpretación depende, lógicamente, de distintos Tribunales (Luxemburgo y Estrasburgo). Sobre estas cuestiones, Fernández Rozas, José Carlos: "La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del

4.- Las contradicciones entre los Tratados y las Constituciones se resolverán aplicando lógicas diferentes por parte de los Tribunales.

A partir de estas premisas, resulta comprensible que los Tribunales internacionales y los Tribunales Constitucionales apliquen ópticas diferentes cuando se encuentren en una discrepancia entre los contenidos de un Tratado (o una norma derivada de ellos) y una norma Constitucional.

Antes de abordar este aspecto desde la doble perspectiva del Tribunal de Luxemburgo y de algunos determinados Constitucionales, merece la pena señalar que lo que a continuación se dirá en relación con los Tratados comunitarios debe aplicarse, también, para el Derecho comunitario derivado. Es verdad que en este caso estamos, formalmente, en presencia de un Derecho que no forma parte de ningún Estado (y que, por tanto, no podría ser anulado por un Tribunal nacional, como cabe hacer con una norma incluida en un Tratado internacional, *ex* Artículo 27.2.c LOTC), pero eso no ha impedido a las jurisdicciones constitucionales buscar vías que permitan neutralizar una norma de la Unión que comprometa su Constitución.

4.1.- Tribunales Internacionales. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Un Tribunal internacional partirá de que el Estado X se comprometió a respetar el acuerdo internacional, y que por eso “no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado” (artículo 27 CV sobre el Derecho de los Tratados). Tampoco podrá alegar un vicio en el consentimiento existente en el momento de obligarse por el Tratado, salvo que dicha violación “sea manifiesta y” afecte “a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno” (artículo 46.1). Esta violación será manifiesta “si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha mantenido desde hace muchos años que el Derecho de la Unión Europea se rige por los principios de autonomía, efecto directo y primacía. No voy a profundizar mínimamente en estas categorías, pero me interesa retener ahora, únicamente, que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Derecho de la Unión prima sobre el Derecho de los Estados miembros, lo que supone que si un aplicador se encuentra con dos normas (una de la Unión y otra nacional) que son contradictorias, debe aplicar la primera¹². No es difícil de justificar este principio en la

Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”. En *La Ley Unión Europea* 23 (2014), pp. 40 ss. Una primera impresión sobre el citado dictamen fue expresada por el autor de estas líneas en “La adhesión de la UE al CEDH: una valoración de los trabajos realizados hasta el momento”. En Gordillo Pérez, Luis Ignacio (dir.): *Constitutionalism of European Supranational Courts*. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pp. 240-241.

¹² Como es sabido, este principio aparece en la muy relevante STJUE Flaminio Costa c. ENEL (Asunto 6/64, de 15 de julio de 1964), y en otras posteriores (destacadamente, las SSTJUE Internationale Handelsgesellschaft (asunto 11/70, de 17 de diciembre de 1970) y Simmenthal (asunto 106/77, de 9 de marzo de 1978). Un resumen del origen jurisprudencial del principio de primacía se recoge en el estudio previo del autor de estas líneas “Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio”. *Revista General de Derecho* 573 (junio 1992), p. 5169, nota 18. Aunque este principio de primacía trató de ser introducido en el articulado del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (y el Tribunal Constitucional lo consideró compatible con nuestra norma

necesidad de que las normas de la Unión tengan una aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros¹³ y, desde otra visión más cercana a los derechos fundamentales, menos invocada pero también defendible, en la idea de que todos los justiciables aspiran a una misma aplicación, en la medida en que sea posible, de las normas de la Unión.

4.2.- Tribunales Constitucionales.

Más allá de la idea, de principio, de que los Tribunales Constitucionales se crean para proteger la Constitución frente al legítimo poder del Parlamento, la determinación de su eventual actuación en relación con los Tratados internacionales dependerá, lógicamente, de lo que disponga aquélla en relación con estos.

Como es bien sabido, la apertura del Derecho internacional en los textos constitucionales no es en todos los casos idéntica.

Antes de ofrecer una rápida mirada sobre los países de nuestro entorno conviene señalar algo que hoy se olvida, pero que sigue teniendo su importancia, cuál es recordar que durante muchísimo tiempo y con carácter general no se concebían los tratados internacionales como normas jurídicas. En las lecciones de Derecho Internacional Público de Rafael Conde y Luque de 1893 puede leerse que los Tratados “son análogos a los contratos, y sabido es que éstos no son otra cosa que la coincidencia de dos voluntades acerca de un punto cualquiera”¹⁴. Nadie afirmaba cosa distinta, hasta mediados del Siglo XX. Y de ahí que tradicionalmente se entendiera que para que los acuerdos internacionales pudieran vincular a las personas que habitan en un Estado precisaban ser traducidos (transpuestos, acogidos, etc.) a través de normas internas.

Este entendimiento de los compromisos internacionales comienza a cambiar en Europa en el siglo XX. Y para ello ha sido esencial la doctrina del efecto directo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo absolutamente revolucionario de la jurisprudencia Vand Gend Loos (asunto 26/62, Sentencia de 5 de febrero de 1963) es que confiere carácter normativo a los Tratados internacionales, que, desde ese momento, pueden ser invocados directamente por los justiciables. Esa mayor normatividad que se confiere a los Tratados se ha reflejado en el asentamiento y expansión de los Tribunales internacionales, que sirven para asegurar el mantenimiento de los compromisos adquiridos.

fundamental en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre), acabo apareciendo únicamente en la Declaración 17 aneja al Tratado de Lisboa, aunque ello no merme su posición jurídica. Las resoluciones citadas pueden consultarse en castellano en Alonso García, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. 2ª ed. BOE-CEPyC. Madrid, 2003. Sobre la abundante bibliografía relacionada con el principio de primacía del Derecho de la Unión resulta recomendable la lectura de los estudios de Thibaut de Berranger (*Constitutions nationales et construction communautaire*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1995) y, entre nosotros, Luis Gordillo (*Constitución y ordenamientos supranacionales. Las Constituciones de entonces ya no son las mismas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012).

¹³ Aunque su jurisprudencia sobre el efecto directo de las directivas traicione, en cierta medida, esta máxima. Ver, por ejemplo, la STJUE (Gran Sala) Association de médiation sociale (asunto C-176/12, Sentencia de 15 de enero de 2014), que ha sido comentada por Lucía Millán Moro [en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 49 (2014) pp. 1029 ss.] y, del autor de estas líneas, “De la aplicabilidad vertical de la directiva a su simple eficacia”. *Revista de Estudios Europeos* 16 (1997), pp. 65 ss.

¹⁴ Conde y Luque, Rafael: *Derecho Internacional Público*. Athenaica. Sevilla, 2015.

Sin embargo, como ya se ha adelantado, son las Constituciones estatales las que diseñan el ordenamiento jurídico, estableciendo una tipología de normas jurídicas y atribuyéndolas un lugar en el mismo. En relación con los Tratados internacionales, que es lo que ahora nos interesa, se recogen distintas aproximaciones en diferentes países. En todo caso, sin que resulte necesario entrar en un examen comparado detenido, resulta habitual que en todos ellos se termine por atribuirles una situación subordinada a la Constitución y supralegal. Esto es lo que se evidencia de la jurisprudencia emanada de distintos Tribunales Constitucionales. Y, con toda seguridad, de nuestra norma Constitucional.

Resulta evidente que estamos en presencia de normas jurídicas que forman “parte del ordenamiento interno”¹⁵ y que se sitúan por debajo de la Constitución, ya que ésta regula las formalidades que deberán respetarse para su celebración. No resulta sorprendente, por tanto, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contemple, entre las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, los Tratados internacionales (artículo 27.2b) ni inadecuado que se prevea un control previo a su entrada en vigor que pretende conjurar la responsabilidad internacional por separarse de un compromiso internacional que podría tener su origen en una Sentencia del Tribunal Constitucional (regulado en el artículo 78 LOTC).

La Constitución no aclara, sin embargo, cuál es la relación entre los Tratados internacionales y las normas infraconstitucionales, especialmente con las normas con fuerza de Ley, aunque sepamos que se sitúan en ese mismo escalón normativo en lo que atañe al control de constitucionalidad. Sin embargo, es posible defender que, con carácter general, deben situarse por encima de la Ley, por las siguientes razones:

- (a) Especial rigidez. La naturaleza paccionada de los Tratados Internacionales (también, en este sentido, de los Estatutos de Autonomía) se concretan en una especial rigidez, que se vincula con sus propias previsiones. Dicha rigidez no supone acaso jerarquía sobre las restantes normas con fuerza de Ley, pero sí, cuando menos, su aplicación preferente.
- (b) La actuación previa del Parlamento en su tramitación. El Parlamento español ha intervenido en la gestación de una buena parte de los Tratados internacionales, por lo que resulta lógico pensar que la atribución de una competencia a una instancia internacional conlleva la aceptación de que su actuación futura se vea, lógicamente, condicionada.

Este enfoque no resuelve todos los problemas que se pueden plantear en el plano teórico. Por ejemplo, ¿podría incluirse en un Tratado internacional alguna norma cuya regulación está reservada a una determinada Ley en la Constitución? Aunque responder a esta cuestión exigiría un estudio autónomo, el propio planteamiento del problema sirve para poner de manifiesto el escaso interés dedicado, en nuestro país, al examen del Tratado internacional como fuente del Derecho¹⁶.

¹⁵ Artículo 96.1 CE. Sigue así, pues, la estela fijada por el artículo 1.5 CC: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*”.

¹⁶ Más allá de las clásicas monografías de Jorge Rodríguez-Zapata (*Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976) y Antonio Remiro Brotons (*Derecho internacional Público 2: Derecho de los tratados*. Tecnos. Madrid, 1987) se han publicado escasas monografías posteriormente (ver Gómez Fernández, Itziar: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004). Mucho más

En todo caso, lo relevante en el marco del presente estudio es que llegamos a una construcción similar a la contenida expresamente en la Constitución francesa, en la que se confiere a los Tratados internacionales una “autoridad superior a las leyes”. Y esta afirmación es, por supuesto, aplicable también a los Tratados de la Unión, puesto que su naturaleza jurídica no depende de su contenido o importancia práctica, sino de la forma por la que se origina¹⁷.

Es verdad que esta solución no es la única posible, y que otros Estados han optado por privilegiar la posición de las normas internacionales sobre las internas. Esto ocurre, por ejemplo, en Holanda y Luxemburgo¹⁸ y, en determinadas ocasiones, en Bélgica. Pero también conviene recordar que en estos casos, el poder constituyente puede modificar libremente la Constitución cuando lo considere oportuno.

En todo caso, son bien conocidas las reservas expresadas por las jurisdicciones constitucionales italiana y alemana a la primacía del Derecho de la Unión. Es interesante detenernos brevemente en ellas porque, además de determinar la sumisión del Derecho de la Unión a la Constitución estatal, abren caminos para el eventual control de las normas surgidas en el ámbito de la Unión Europea (el derecho comunitario derivado).

Hay un rasgo común en ambas jurisprudencias. Y es determinar que determinados contenidos constitucionales deben prevalecer sobre el Derecho de la Unión, lo que implica extender su control sobre normas que ya no forman parte del Derecho interno. Y eso también supone que deban articular mecanismos que, sin poder anular dichas disposiciones, las desactiven¹⁹.

En cuanto a esos contenidos constitucionales que no pueden ser sacrificados en virtud del Derecho de la Unión, destacan en Italia los principios fundamentales de la Constitución y los derechos inalienables de las personas²⁰. Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, merecen una protección constitucional reforzada el respeto de los derechos fundamentales

recientemente ver, fuera de nuestro país, Mannuoli, Valerio de Oliverira: *Direito dos Tratados*. 2ª ed. Editora Forense. Río de Janeiro, 2014.

¹⁷ Estas cuestiones han sido examinadas con mayor detalle en “¿Hay una Constitución europea?”. En VV.AA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. Vol. II, pp. 1361 ss.

¹⁸ Ver el artículo 94 de la Constitución de Holanda y el artículo 49.bis de la Constitución y la Decisión de 28 de julio de 1971 del Consejo de Estado de Luxemburgo y, en el plano doctrinal, Massa Gallerano, Greta: “Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 15 (2011).

¹⁹ Estas ideas ya fueron adelantadas por el autor de estas líneas en “Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”. En VV.AA: *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*. Septem. Oviedo, 2001, pp. 43 ss.

²⁰ SSTCI 129/2006 y 284/2007, entre las más recientes, que se suman a las clásicas SSTCI Frontini (183/1973, de 18 de diciembre) y Granital, de 5 de junio de 1984. Un buen resumen de la jurisprudencia constitucional sobre “Le limitazioni della sovranità statale in favore dell’Unione europea nella giurisprudenza costituzionale. Il sistema delle fonti” ha sido realizado por Riccardo Nevola y publicado en http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_262.pdf.

por parte de las Comunidades Europeas²¹ y considera también prioritario el respeto del principio democrático en la Unión²².

En cuanto a la forma de fiscalizar los excesos cometidos por el Derecho comunitario derivado, también la perspectiva es distinta. El Tribunal Constitucional italiano ha defendido que, si bien no puede controlar la regularidad formal de un reglamento de la Unión, sí puede supervisar la constitucionalidad de la norma italiana en virtud de la cuál dicha norma despliega efectos jurídicos en Italia, que es la Ley (italiana) de ratificación. Esto es, si un reglamento comunitario lesiona esos principios fundamentales de la Constitución de Italia, el Tribunal ejercerá su control sobre los Tratados de la Unión²³. Resulta claro que esta amenaza, que puede definirse de órdago, es difícil de llevar a la práctica.

Más creíble resulta, a todas luces, la reserva de jurisdicción expresada en distintas ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Ésta no se vincula con la validez de una norma de la Unión, decisión ajena a su jurisdicción, sino con su aplicabilidad en suelo alemán. Y es que, como resulta evidente para un constitucionalista, los agentes públicos nacionales no pueden, en su actuación, desconocer los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados²⁴. Esta idea ha sido también expresada, de forma contundente, por nuestro Tribunal Constitucional, que afirma “que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE”²⁵.

²¹ ATCFA Solange I (BVerfGE 37, 271), de 29 de mayo de 1974 y STCFA Solange II (BVerfGE 73, 339), de 22 de octubre de 1986, Ordenación de Plátanos (BVerfGE 102, 147), de 2000, y Maastricht (BVerfGE 89, 155), de 1993. Las dos últimas se pueden consultar en castellano gracias a la labor de Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez (*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008).

²² SSTCFA Maastricht (BVerfGE 89, 155), de 1993 y Lisboa (BVerfGE. 123, 267). La última, que ha generado un profundo debate doctrinal, se encuentra traducida en López Castillo, Antonio y Menéndez, Agustín José: *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, y en la web de la institución (<http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>). Además de los citados estudios destacan también, entre otros muchos, los de Leonardo Álvarez Álvarez [“Soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal Constitucional alemán. ¿Una nueva defensa ad extra de la democracia?”. *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013), pp. 259 ss.], José Martín y Pérez de Nanclares [“Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una Sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 13 (2011), pp. 97 ss.], Peter Häberle [“La regresiva ‘sentencia Lisboa’ como Maastricht II anquilosada”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 12 [2009], pp. 397 ss.] y Daniel Thym [“In the name of Sovereign Statehood: A critical introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court”. *Common Market Law Review* 2009/6, pp. 1795 ss.).

²³ En el caso de que se hiciera un uso aberrante de la disposición del Tratado que regula los reglamentos de la Unión, “se aseguraría siempre la garantía del control jurisdiccional de este Tribunal sobre la compatibilidad actual de los Tratados con los citados principios fundamentales” (Sentencia 183/1973 Frontini, FJ 9).

²⁴ Y es que “el órgano jurisdiccional nacional considera inaplicable la disposición relevante para la decisión en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas porque y en la medida en que entra en colisión con uno de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” (Auto Solange I, BVerfGE 37, 271, párrafo 285).

²⁵ STC 64/1991/2, de 22 de marzo.

Con esta última referencia jurisprudencial nos adentramos en el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, una jurisprudencia que, aunque vacilante en algunas ocasiones, sigue, en lo esencial, la estela fijada por el Tribunal Constitucional Federal alemán. No es sorprendente que sea así si se defiende el carácter normativo supremo del texto constitucional (que explica su rigidez y el control de constitucionalidad) y el limitado margen de actuación del que disponen los poderes constituidos y los justiciables (artículo 9.1 CE).

No se trata, además, de un pronunciamiento aislado, sino anclado en una jurisprudencia en la que, admitiendo la vigencia del principio de primacía del Derecho de la Unión²⁶, fija, también, sus límites²⁷, ya que “la primacía del Derecho comunitario no hace perder a la Constitución española su carácter de norma suprema”²⁸. Es verdad que algunas resoluciones (especialmente, la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre²⁹) presentan una construcción muy discutible de este principio, afirmando, por ejemplo, un imposible ontológico (como es considerar que la norma superior puede prever su desplazamiento –sin dejar de serlo-) o indicando que el artículo 93 CE contempla la primacía del Derecho de la Unión –¿desde cuándo pueden los poderes constituidos disponer de la Constitución?-). No resulta preciso volver a valorar esta resolución con todo detalle³⁰, puesto que incluso en ella, que es la más favorable al principio de primacía defendido por el Tribunal de Luxemburgo, se termina afirmando que “En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución Europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran”³¹.

Puede concluirse, pues, que la posición del Tribunal Constitucional español de mantener una reserva de jurisdicción se inscribe en la misma senda ya transitada por otros Tribunales de su

²⁶ “En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978, y en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra Enel, de 15 de julio de 1964, ya citada” (STC 145/2012/5, de 2 de julio).

²⁷ Especialmente clara es la STC 58/2004/11, de 19, en la que el Tribunal Constitucional afirma que puede revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno “de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los artículos 14 a 30 CE”.

²⁸ ATC 228/2005/5, de 1 de junio.

²⁹ Se ha subrayado, igualmente, que la STCFA Honey-well de 6 de julio de 2010 (BVerfGE 126, 286) dulcifica el tenor empleado en la anterior resolución sobre el Tratado de Lisboa (Corti Varela, Justo; Porrás Belarra, Javier y Román Vaca, Carmen: “El control ultra vires del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 bvr 2661/06, Honeywell)”. En *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 40 (2011), p. 847), pero estos mismos autores explican que la reserva de jurisdicción sigue estando presente.

³⁰ Tarea ya realizada por el autor de estas líneas en “Dos constituciones y un solo control: El lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (mayo/agosto 2005), pp. 341 ss.

³¹ FJ 4.

entorno (especialmente, por el de Karlsruhe). Es de justicia añadir que el reciente asunto Melloni ha permitido al Tribunal Constitucional reflexionar sobre su relación con el Derecho de la Unión. De un lado, porque se ha decidido por plantear, por primera vez, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y de otro porque se ha debido plantear quién debe delimitar el alcance de los derechos fundamentales y la eventual vigencia de estos en campos de actuación del Derecho de la Unión³². De ahí que sea posible extraer unas cuantas lecciones de este auténtico banco de pruebas.

5. El asunto Melloni como campo de pruebas:

5.1.- Una errada cuestión prejudicial.

Aunque un detenido examen del asunto Melloni exige un tratamiento mucho más amplio y detenido del que aquí se realizará³³, puede ser útil realizar ahora unas breves consideraciones críticas sobre lo acaecido, que se presentará de forma simplificada.

Como es sabido, Stefano Melloni fue condenado *in absentia* por Sentencia de 21 de junio de 2000 del Tribunal de Ferrara como autor responsable de un delito de quiebra fraudulenta, decisión que fue confirmada en las Sentencias de 14 de marzo de 2003 del Tribunal de Apelación de Bolonia y de 7 de junio de 2004 de la Quinta Sección Penal del Tribunal Supremo de Casación. Lo relevante del caso es que el acusado fue notificado del lugar, día y hora en los que sería juzgado y que optó por no personarse, si bien contó con asistencia letrada de su confianza en las tres instancias. Pues bien, cuando se cursa una orden europea de detención europea y es detenido en España, el condenado interpone un recurso de amparo alegando que su entrega incondicionada (que impone en este caso la Decisión Marco aplicable en la materia³⁴) vulneraría sus derechos al proceso debido y de defensa por haber sido condenado en rebeldía, lo que justificaría que se supeditara su traslado a Italia a la apertura del fallo condenatorio a un recurso.

El recurso sería amparable si el Tribunal Constitucional confirmara su anterior y discutible jurisprudencia, según la que el acusado tiene derecho a participar en la vista oral, defenderse por sí mismo y tener la última palabra. Esto supone que tanto en los supuestos de extradiciones (STC 91/2000/13, de 30 de marzo y otras posteriores³⁵) como de órdenes europeas de detención y entrega (STC 199/2009, de 28 de septiembre), se debe proceder a la entrega condicionada del condenado en rebeldía. Como ya se ha indicado, esta doctrina ha sido cuestionada desde el propio Tribunal Constitucional³⁶, y se sigue haciendo en el mismo

³² La coexistencia de derechos fundamentales y derechos de la unión ha sido examinada recientemente en Freixes Sanjuán, Teresa: "El drets fonamentals en perspectiva multinivel. Reflexions entorn dels seus efectes". *Revista Catalana de Dret Públic* 50 (2015), pp. 32 ss.

³³ Dicho examen se realiza en "Primacía del Derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* 106 (2016), en prensa.

³⁴ Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (*DOUE* L 81, de 27 de marzo de 2009, pp. 24 ss.).

³⁵ SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio; y 183/2004, de 2 noviembre.

³⁶ Recuérdense los Votos Particulares de los Magistrados Cruz Villalón y Jiménez de Parga -al que se adhieren los Magistrados Mendizábal Allende y Conde Martín de Hijas- a la STC 91/2000, de 30 de

ATC 86/2011, de 11 de junio, por el Magistrado Pérez Tremps. A nuestro particular y personal juicio, con toda la razón, porque no se vincula con una indefensión material que merezca ser reparada por el Tribunal Constitucional³⁷ y porque, en todo caso, “corresponde a las partes intervinientes en el proceso actuar con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible”³⁸. En todo caso, el Pleno, en vez de cambiar su doctrina en la materia, por razones de justicia y tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, opta por plantear la primera cuestión prejudicial de su historia.

El Auto 86/2011, de 9 de junio contiene dos preguntas de interpretación (sobre si la nueva decisión marco impide, en un caso como el presente, proceder a realizar una entrega condicionada de la persona buscada, y sobre la interpretación que debe darse al artículo 53 CDFUE³⁹, para determinar si permite que los Estados ofrezcan estándares más protectores de los derechos fundamentales recogidos en la Carta) y una de validez (sobre la regularidad de la decisión marco a la vista de los derechos al proceso debido y de defensa recogidos en la CDFUE).

Esta decisión de plantear una cuestión prejudicial puede ser sometida también a crítica. Desde una perspectiva general porque si se trata de determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental, esta tarea debe ser asumida exclusivamente por el Tribunal Constitucional⁴⁰. Y desde una perspectiva concreta porque si el Tribunal de Justicia optaba por

marzo; y los formulados por el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps a la STC 199/2009, de 28 de septiembre.

³⁷ Ver SSTC 185/2003/4, de 27 de octubre; 164/2005/2, de 20 de junio; 25/2011/7, de 14 de marzo y 2/2013/9, de 14 de enero.

³⁸ SSTC 33/2004/2, de 8 de marzo y 208/2009/4, de 26 de noviembre, entre otras muchas.

³⁹ Este precepto, que retoma -en lo que nos interesa- una puntual afirmación contenida en la STJUE Nold (“el Tribunal no podría, entonces, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados” -asunto 4/73, Sentencia de 14 de mayo de 1974, apartado 13-) establece que “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos [...] por las constituciones de los Estados miembros”.

⁴⁰ Aunque autorizadas voces defienden que los Tribunales Constitucionales hagan uso del mecanismo prejudicial previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Alonso García, Ricardo: *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003, y el Magistrado Pérez Tremps, en el Voto Particular que acompaña al ATC 86/2011), nos resultan más convincentes la posición expresada por el propio Tribunal Constitucional en las SSTC 28/1991/7, de 14 de febrero y 265/1994/2, de 3 de octubre. En ésta última se afirma que “excluye, por otra parte, que este Tribunal Constitucional plantee ante aquel órgano una cuestión prejudicial basada en el artículo 177 del Tratado de Roma, pues dicho precepto ‘únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una aplicación uniforme del mismo’ [STC 372/1993/7, de 13 de diciembre]”. Dado que la función del Tribunal Constitucional es aplicar la Constitución, no se entiende muy bien que puede aportar el Tribunal de Luxemburgo en esta materia (ya que el artículo 93 CE no ha “dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales”, ex STC 215/2014/3, de 18 de diciembre, y las allí citadas). Tampoco, desde luego, cuando se trata de delimitar el alcance de un derecho constitucional, dado que la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea podrá ser tomada en consideración en virtud de lo previsto en el artículo 10.2 CE.

También interesa recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que “la duda interpretativa que pretendía suscitar el recurrente es una cuestión de legalidad ordinaria, ajena al ámbito de este proceso constitucional [de amparo] y, por tanto, por definición, innecesaria para poder emitir el fallo, lo cual es condición primera de aplicación del artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea” (STC 127/2013/7, de 3 de junio). Ver, también, la STC 143/1994/8, de 9 de mayo.

imponer la aplicación de la citada Decisión Marco, como era de esperar, situaba al Tribunal Constitucional en una difícil tesitura (o se enfrentaba al Tribunal de Luxemburgo amparando a una persona que, como hemos justificado, no se lo merece; o transmite la desafortunada imagen de que nuestra presencia en la Unión Europea puede traducirse en una merma de los derechos fundamentales).

5.2.- Una esperable pero discutible respuesta por parte del Tribunal de Luxemburgo.

Lo cierto es que el Tribunal de Justicia no defraudó, confirmando la regularidad de la Decisión marco, negando la posibilidad de que un Tribunal nacional pudiera condicionar la entrega en un caso como el presente y señalando que no cabía establecer garantías estatales más intensas al amparo del artículo 53 CDFUE porque ello llevaría a “poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco” (párrafo 63).

Aunque nadie puede considerarse sorprendido por esta respuesta, lo cierto es que el Tribunal de Justicia relativiza el alcance del artículo 53 CDFUE, al menos en aquéllos casos en los que existe un amplio consenso en la Unión Europea sobre el alcance y los límites de un derecho fundamental. Aceptar esta tesis sin más plantea un delicado asunto desde la perspectiva constitucional, que es dar por bueno también que los derechos fundamentales, que deben ser desarrollados mediante Ley, pueden verse condicionados por la actuación de nuestro representante del Gobierno en el seno del Consejo de Ministros de la Unión Europea. Comprenderán que esta hipótesis no pueden ser tranquilamente aceptada si se sigue manteniendo que nuestra Constitución es la primera norma del ordenamiento, y que su finalidad principal es, precisamente, salvaguardar nuestra libertad.

Es de justicia añadir, sin embargo, que la posición del Tribunal de Luxemburgo sobre el artículo 53, aunque discutible, es mucho más generosa que la defendida por el Abogado General Yves Bot en sus conclusiones generales, el 2 de octubre de 2012, en las que se subraya el “valor político y simbólico” de esta disposición (apartado 129). Lo curioso es que se minimiza no solamente esta relevante disposición de la Carta, sino la propia previsión de la Decisión Marco en la que se indica que ésta “no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo” (considerando duodécimo). Pues parece que sí que se impide...

5.3.- Una acertada respuesta del Tribunal Constitucional.

Se había dicho ya que el planteamiento de la cuestión prejudicial situaba al Tribunal Constitucional en una incómoda posición, ya que o se enfrentaba al Tribunal de Luxemburgo amparando a una persona que, manifiestamente, no se lo merecía, o se plegaba a sus deseos. Pues bien, ha optado por esta segunda opción, si bien manteniendo una notable dignidad, que le honra, en su Sentencia 26/2014, de 13 de febrero.

Para entender correctamente la posición del Tribunal Constitucional es preciso partir de un dato evidente, pero que ha generado confusión fuera y dentro del Tribunal. Los derechos fundamentales de la Unión actúan de distinta forma en la jurisdicción ordinaria y la

constitucional. Mientras que los jueces y tribunales que integran el poder judicial están obligados a respetar y tutelar los derechos de la Unión (y los del Convenio Europeo de Derechos Humanos) (que actúan, entonces, para ellos, como derechos subjetivos), el Tribunal Constitucional solamente ampara los derechos fundamentales (que serán interpretados, de conformidad con el artículo 10.2 CE, con lo dispuesto en textos internacionales). Aquí, entonces, los derechos fundamentales de la Unión Europea presentan, simplemente, eficacia interpretativa, pero ni vinculan ni, en puridad, pueden ser aplicados por el Tribunal Constitucional⁴¹.

Esto es, precisamente, lo que hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia que comentamos. Partiendo de la premisa de que es él el encargado de definir el alcance de los derechos fundamentales, examina cuál es el parámetro manejado por los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en estos casos. Un parámetro, por cierto, que si bien es parecido no es, manifiestamente, idéntico. Mientras que el Tribunal de Estrasburgo acepta la entrega incondicionada del justiciable que se ha negado voluntariamente a comparecer en la causa y que ha contado con asistencia letrada en ella, para la Decisión Marco es suficiente que se cumpla una u otra de estas circunstancias.

Parece que el Tribunal Constitucional se decanta por canon establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al recordar que en este casos se han cumplido las dos condiciones impuestas por esta Jurisdicción. De ahí que puedan producirse hipótesis en las que una entrega que debiera ser incondicionada según el Derecho de la Unión, debiera ser condicionada si se quiere respetar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, a la que también estamos vinculados y, también, si así se cree, nuestra propia Constitución. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si a una persona, juzgada en rebeldía, se le ha asignado un abogado de oficio y éste no ha mostrado una mínima diligencia en el cumplimiento de sus funciones. Aunque este supuesto encaja en la Decisión Marco estaremos de acuerdo en que resulta razonable que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y al proceso debido, la persona entregada pueda cuestionar su condena en sede judicial.

Como hipótesis como la que se acaba de plantear son improbables, pero no imposibles, debemos felicitarnos de que el Tribunal Constitucional subraye su papel nuclear en la protección de los derechos fundamentales. No es que se niegue a aceptar el principio de primacía del Derecho de la Unión, como sostiene la Magistrada Asua Batarrita en su Voto Particular, sino que se limita a marcar sus límites⁴². Tampoco resulta admisible, a mi entender,

⁴¹ Esta idea ha sido adelantada y justificada con más detalle en “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”. *Revista Española de Derecho Europeo* 39 (2011), pp. 1 ss.

⁴² Límites ya establecidos, por otra parte, en la TDC 1/2014 y confirmados, nuevamente, en la STC 61/2013/5, de 14 de marzo: “Nuestra jurisprudencia ‘ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las ‘competencias derivadas de la Constitución’, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento ... en el art. 93 CE’ (por todas, Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; o STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5). Ahora bien, también hemos declarado que el Derecho de la Unión Europea ‘no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE ... pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate ... incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la

que la Unión Europea desplace, en el ámbito de sus actuaciones, a la Constitución española, imponga un nuevo estándar en la protección de los derechos fundamentales y, en tales casos, deba dictar el Tribunal Constitucional una Sentencia de ejecución, como sostiene la Magistrada Roca Trías. Entre otras razones, ofrecidas en un estudio previo al que ya he hecho referencia, porque me cuesta aceptar que los derechos fundamentales puedan ser desplazados por ninguna otra norma infraconstitucional.

Conviene señalar además, finalmente, que una cosa es que una actuación sea respetuosa con la aplicación de una norma de la Unión (y ésta, a su vez, respetuosa con los Tratados) y que, sin embargo, por circunstancias que rodean dicha ejecución se vulnere un derecho fundamental. Así, por ejemplo, una persona que no se niegue a asistir al proceso sino que tenga una enfermedad grave que le impida hacerlo debería ser amparada por los tribunales españoles (aunque se cumplan, formalmente, los presupuestos previstos en la Decisión marco: que conste que conocía la fecha del juicio y que contó con asistencia letrada)⁴³. No se puede derivar de la actuación del Tribunal de Justicia (que constata la validez de la Decisión Marco) que su aplicación no pueda comprometer los derechos fundamentales (tanto de la Unión como de los Estados miembros).

6.- Algunas ideas conclusivas sobre las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales (tesis).

Hemos visto como en el asunto Melloni, aunque también antes, se han producido serias discrepancias entre el Tribunal de Luxemburgo y los Tribunales Constitucionales. Es acaso algo inevitable, puesto que ningún Tribunal dejará de proteger la norma que justifica, entre otras muchas cosas, su propia existencia.

Sin embargo, podría aliviarse esa tensión si unos y otros Tribunales fueran más medidos en su actuación. El empeño del Tribunal de Justicia de imponer una vinculación ciega a lo previsto en la Decisión Marco es inútil porque si su aplicación pretende realizarse en un supuesto en el

Unión Europea' (STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 2; o SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4). En relación con este último aspecto, y según ha señalado asimismo este Tribunal (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12), tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir 'valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce', valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, 'las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales' (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa". En sentido similar, y contundente, el párrafo 36 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal dictada el pasado 15 de diciembre de 2015 (BvR 2735/14).

⁴³ Supongamos que el recurrente sufre un infarto o un derrame cerebral un día antes de la salida del avión que le llevaría a personarse al juicio. El Tribunal Constitucional Federal Alemán recuerda, en la misma resolución que se acaba de citar, lo obvio: la lesión de un derecho fundamental (sobre todo en temas procesales) suele traer causa de una inadecuada aplicación de una norma (que puede ser perfectamente compatible con los derechos fundamentales). De ahí que sea preciso examinar siempre las circunstancias que rodean a la aplicación del acto impugnado (apartado 64).

que los tribunales nacionales constaten que se ha producido una efectiva situación de indefensión que no pueda imputarse al justiciable, optaran por ampararle, si es que siguen confiriendo a los derechos fundamentales el lugar que merecen. Por otra parte, y aunque con carácter general resulte discutible que el Tribunal Constitucional deba plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, parece aún más desafortunado que lo haga cuando se discute el reconocimiento de un amparo manifiestamente injusto, como es el caso.

Resulta en todo caso preciso mantener viva la llama de los derechos fundamentales. Algunas resoluciones del Tribunal de Justicia pueden comprometer, indebidamente, derechos constitucionales, como ya ha sucedido en el pasado y puede volver a ocurrir en el futuro. Es clásica la referencia a la STJUE Dow Chemical Ibérica (asuntos 97/87, 98/87 Y 99/87, Sentencia de 17 de octubre de 1989), en la que se negaba a las empresas el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que les había sido expresamente reconocido cuatro años antes en nuestro país, en la STC 137/1985, de 17 de octubre⁴⁴. Aunque es cierta que dicha discrepancia era menor, porque, en todo caso, se adecuaban las inspecciones a las prácticas nacionales, lo que superaba el problema, evidencia que el canon de derechos similares no tiene por qué ser idénticos ni entre la Unión Europea y los Estados miembros ni entre estos. Un particular campo en el que se pueden plantear problemas es el mantenimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y su vigencia en un ordenamiento, como es el de la Unión, forjado a partir de las clásicas libertades comunitarias, como acreditan las SSTJUE Viking y Laval⁴⁵.

Javier Díez-Hochleitner se inclina porque, en el supuesto de que existan distintas tradiciones constitucionales sobre el alcance de un mismo derecho fundamental, se reconozca un margen de apreciación al Tribunal de Luxemburgo, porque “son los propios objetivos de la Unión los que están en juego”. El problema se produce cuando dicho margen de apreciación sirve para restringir los derechos fundamentales. En tal circunstancia, no deberían magnificarse los objetivos de la Unión, ni entender que el mero incumplimiento de una concreta norma comunitaria (como es la citada Decisión Marco 2/2009) los compromete seriamente si su vigencia puede conllevar la vulneración de derechos fundamentales.

Por otra parte, no parece que la cuestión se vea alterada en profundidad si se traslada a la garantía del respeto de la identidad nacional (reconocida en el artículo 4.2 TUE). Aunque es cierto que el planteamiento de esta cuestión abre cuestiones aparentemente novedosas, sigue remitiendo a un asunto ya tratado: ¿qué Tribunal define la identidad nacional? Si es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no se nos ofrece nada nuevo bajo el sol. Si son los Tribunales nacionales (especialmente, los constitucionales⁴⁶), estamos en presencia de las mismas reservas de jurisdicción ya conocidas. De hecho, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha

⁴⁴ Precisamente sobre esta contradictoria jurisprudencia versaba mi primera investigación universitaria sobre “Derecho comunitario...”, *cit.* Se afirmaba en el apartado 14 de la citada Sentencia que, “en tanto que el reconocimiento de ese derecho [a la inviolabilidad del domicilio] respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común al Derecho de los distintos Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas”.

⁴⁵ Asuntos C-438/05 y 341/05 y Sentencias de 11 y 18 de diciembre de 2007, respectivamente. Ambas se citan en el mismo sentido por Javier Díez-Hochleitner (en “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”. *WP IDEIR* 17 (2013), disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20derecho%20a%20la%20C3%BA%20ultima%20palabra.pdf>, pp. 25-26 y han sido examinadas por Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena y Joxerramon Bengoetxea Caballero en “Breves apuntes sobre las Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Teoría y Realidad Constitucional* 33 (2014), pp. 474 ss.

⁴⁶ Como se deduce de la Sentencia Lisboa, del Tribunal Constitucional Federal alemán.

dictado una relevante Sentencia el 15 de diciembre de 2015, en el que se ampara a una persona que debía ser entregada a Italia al amparo de una orden europea de detención y entrega⁴⁷.

Siempre puede apelarse, una vez más, a la convergencia o al diálogo, si así se quiere⁴⁸, pero conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en su DTC 1/2004 que el artículo 93 CE impone límites materiales a la cesión de competencias que “se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (artículo 10.1 CE)”. A mi juicio, que someto a vuestra mejor consideración, estos son, precisamente, los contenidos que forman parte de nuestra identidad constitucional y que son, por tanto, irrenunciables⁴⁹.

SEGUNDA PARTE: LOS TRIBUNALES ORDINARIOS ESPAÑOLES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN.

En esta segunda parte nos centramos directamente en el Derecho de la Unión porque, como es bien sabido, éste permite la generación de normas propias (el denominado Derecho comunitario derivado) que se caracterizan, además, por los ya citados principios de autonomía, efecto directo y primacía. Estos principios confieren algunas obligaciones y posibilidades a los órganos judiciales que han potenciado sus funciones y consiguientemente han relajado el alcance del principio de su sumisión a la Ley.

Nuestro propósito es detenernos, brevemente, en los tres asuntos que han planteado algún interés, aunque, a diferencia de lo relatado en la primera parte de este trabajo, no existen ahora serios debates sobre ellos⁵⁰. Son, en cierta medida, planteamientos que son pacíficos en nuestra doctrina.

⁴⁷ BvR 2735/14. El Tribunal apela a la idea de la identidad estatal como título que le permite actuar (apartado 47), que vincula directamente con la dignidad (artículo 1 CA) y con los derechos fundamentales (apartado 49), y en cuya virtud se permite a las autoridades no ejecutar una orden europea de detención y entrega (apartado 83).

⁴⁸ Quadra-Salcedo Janini, Tomás de la: “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* 52 (2015), p. 58.

⁴⁹ Desde esta perspectiva, puede relativizarse la novedad del Auto de 19 de julio de 2011 (1 BvL 1916/09), disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/07/rs20110719_1bvr191609.html, el que se indica que si los Estados carecen de margen de maniobra en la transposición del Derecho de la Unión, el órgano judicial debe servirse del mecanismo procesal previsto en el artículo 267 TFUE, puesto que ya en Solange II se anunciaba que el Tribunal Constitucional solamente actuaría ante la inacción del Tribunal de Luxemburgo (*ibidem*, p. 49). Aunque el profesor de la Quadra afirma que no puede descartarse que, en el futuro, “el Tribunal Constitucional español, en línea con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán, renuncie a confrontar con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución aquellos actos de los poderes públicos españoles dictados en aplicación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación, por considerar que se da una equivalencia en la protección dispensada por el Tribunal de Justicia” (*ibidem*, pp. 54-55), sigue reconociendo que podrá conocer del asunto cuando el Tribunal de Luxemburgo no haya evitado la lesión y ésta evidencie que, con carácter general, no se ofrece un nivel de protección similar a los derechos en la Unión Europea.

⁵⁰ Resulta recomendable la lectura de los trabajos de Daniel Sarmiento [“La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis” *WP IDEIR* 13 (2012), disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07->

Pero, antes de adentrarnos en este examen conviene recordar que los tribunales nacionales son también, al tiempo, jueces comunitarios, y tienen que aplicarlo en el marco de sus atribuciones.

7. Primacía del Derecho de la Unión.

La primacía del Derecho comunitario supone que los aplicadores que se encuentren con la existencia de una antinomia entre una norma comunitaria y otra española deberán aplicar la primera. Este principio relativiza el principio de sumisión de los jueces a la Ley, contenido en el artículo 117 CE, ya que les permite inaplicarlas⁵¹. Algunos autores⁵² cuestionan la STS (Sala Tercera. Sección Segunda) 5216/2006, de 12 de abril de 2012, en la que se afirma que solamente procederá inaplicar una disposición legal cuando el recurrente aporte “no meros indicios, más o menos sólidos, de la vulneración de la Directiva 97/13/CE, sino, prácticamente, certezas”. Aunque esta aseveración resulta, efectivamente, cuestionable, lo cierto es que la Sala toma en consideración un buen número de resoluciones emanadas del Tribunal de Luxemburgo, lo que también debería ser ponderado.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha ido más lejos en esta interpretación, entendiendo que “la constatación de que una disposición reglamentaria española es contraria al derecho de la Unión Europea es fundamento suficiente -con arreglo al ordenamiento español- para declarar la nulidad de aquella con efectos erga omnes”⁵³.

Los Tribunales no son únicamente garantes del principio de primacía del Derecho de la Unión, sino que también pueden ser controlados en el caso de que lo menoscaben. En efecto, “cabe declarar, en principio, la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente” y, además, “si bien no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo, la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste”⁵⁴.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ejerce un limitado control sobre el respeto judicial del principio de primacía del Derecho de la Unión. En efecto, “corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio

la%20aplicacion%20del%20derecho%20de%20la%20uni%C3%B3n.pdf] y Joaquín Huelin Martínez de Velasco (“Los tribunales nacionales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una visión nacional”, disponible en <http://cee.ie.edu/sites/default/files/Los%20tribunales%20nacionales.pdf>).

⁵¹ Ver la STS (Sala Quinta. Sección Tercera) de 7 de febrero de 2012, en la que se inaplican dos disposiciones contenidas en el Real Decreto-Ley 6/2009, por contravenir una directiva de la Unión Europea.

⁵² En el trabajo de Daniel Sarmiento que ha sido citado recientemente y en el Voto Particular suscrito por el Magistrado Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

⁵³ STS (Sala Tercera. Sección Cuarta) de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014\230428), que se apoya en la STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2003\3005) y en otras anteriores, y en la que se termina por plantear una cuestión prejudicial.

⁵⁴ STJUE Comisión c. España (asunto C- 154/08, Sentencia de 12 de noviembre de 2009), párrafos 125 y 126, respectivamente.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)⁵⁵.

8.- El efecto directo del Derecho de la Unión. Especial referencia a las directivas.

Los Tribunales nacionales deben aplicar los Tratados comunitarios y las normas de la Unión directamente aplicables (como son los reglamentos comunitarios). El Tribunal de Luxemburgo ha ido más lejos en esta dirección, señalando que también pueden presentar un limitado efecto directo las directivas. Como es bien sabido, una buena directiva nunca debería ser aplicada, porque lo serían las normas nacionales que, en el plazo previsto en ella, se hayan aprobado para alcanzar los fines en ella fijados⁵⁶.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que si el Estado no ha cumplido con su deber en el citado plazo, los particulares pueden beneficiarse, frente a la Administración (efecto directo vertical), de la aplicación de aquéllas disposiciones de la directiva que sean claras, precisas e incondicionales⁵⁷. Y, lógicamente, los Tribunales hacen uso esta facultad⁵⁸, llegando incluso a tomar en consideración los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo que cuestionan la deficiente transposición de directivas⁵⁹.

Esta actuación por parte de los Tribunales no compromete, en principio, ningún derecho fundamental de las partes procesales. El Tribunal Constitucional ha entendido que la selección de la normativa aplicable es una cuestión de simple legalidad y que no vulnera el derecho al proceso debido si la misma ha sido motivada⁶⁰.

9.- La cuestión prejudicial al servicio del poder judicial español.

La cuestión prejudicial es un mecanismo previsto en el artículo 267 TFUE que posibilita que los Tribunales nacionales, cuando actúan como jueces comunitarios⁶¹, puedan plantear dudas

⁵⁵ STC 232/2015/5.c, de 5 de noviembre.

⁵⁶ Ver, en el plano doctrinal, Alguacil González-Auriol, Jorge: *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004.

⁵⁷ Una visión crítica de esta construcción jurisprudencial puede encontrarse en el trabajo del autor de estas líneas anteriormente citado “De la aplicabilidad...”, *cit*.

⁵⁸ Así, la STS (Sala Tercera. Sección Quinta) de 8 de octubre de 2013 (RJ 2013\6916) aplica la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Ver también la STS (Sala Quinta. Sección Segunda) de 10 de mayo de 2010 (RJ 2010\3603).

⁵⁹ STSJ Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda) 1202/2010, de 30 de diciembre (JT 2011\143).

⁶⁰ STC 180/1993, de 31 de mayo. Precisamente dos Magistrados discrepan de este parecer por considerar que la decisión de no tomar en consideración la directiva no se había motivado suficientemente en este caso. También se planteó esta cuestión en la demanda de amparo que originó la STC 175/2005/8, de 4 de julio, aunque el Tribunal no tuvo que entrar en la mentada queja por haber concedido el amparo por otro motivo.

⁶¹ Obviamente, no procede cuestión prejudicial alguna cuando el Derecho comunitario no es aplicable “*ni ratione loci ni ratione materiae*” (STC 78/2010/5, de 20 de octubre).

sobre la interpretación o la validez de normas de la Unión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶².

Pues bien, “tal decisión corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial que resuelve el litigio, no existiendo vulneración alguna de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta”⁶³.

Ahora bien, lo que si vulnera ese derecho fundamental es que o bien el órgano judicial no motive adecuadamente su decisión de interponerla o no⁶⁴, o que inaplique una norma con fuerza de Ley sin plantear previamente una cuestión prejudicial⁶⁵.

⁶² El precepto del Tratado invita a los órganos judiciales en general a que lo hagan cuando alberguen dudas, impone esta actuación cuando las resoluciones de ese Tribunal no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha flexibilizado esta exigencia, entendiéndolo que no resulta preciso plantear la cuestión prejudicial si ésta sería materialmente idéntica a otra ya cursada con anterioridad (STJCE Da Costa y Acumulados –asuntos 28/62, 29/62 y 30/62. Sentencia de 27 de marzo de 1963) o cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede deducirse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE Cilfit –asunto 283/1981. Sentencia de 6 de octubre de 1982).

⁶³ STC 99/2015/3, de 25 de mayo. Ver, también, las SSTC 111/1993/2, de 25 de marzo, 180/1993/2, de 31 de mayo, 58/2004/10, de 19 de abril y 27/2013/6, de 11 de febrero y los AATC 296/1993/2, de 4 de octubre y 62/2007/4, de 26 de febrero.

⁶⁴ El órgano judicial suele motivar su decisión en esta materia (ver SSTC 201/1996/2, de 9 de diciembre y 27/2013/3, de 11 de febrero). El Tribunal ha llegado a admitir una motivación implícita (sic) en la STC 212/2014/3, de 18 de diciembre, que fue expresa en la resolución de un posterior incidente de nulidad de actuaciones. La magistrada Asua Batarrita entiende, acertadamente, que tampoco esta última respuesta fue motivada (Apartado 2 de su Voto Particular). Esta misma Magistrada ha interesado, en un muy sugerente Voto Particular que acompaña la citada STC 27/2013, que el Tribunal Constitucional supervise que la negativa a plantear una cuestión prejudicial por parte del órgano judicial aporte “elementos externos y objetivos de contraste o de apoyo de esa convicción que acrediten que la misma evidencia será compartida por los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y aún por el propio Tribunal de Justicia” (apartado 5).

⁶⁵ Lo que se pretende evitar es un “exceso de jurisdicción. En efecto, si la Ley postconstitucional es contraria a la Constitución sólo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 CE puede dejar de ser aplicada. Y si la ley postconstitucional es contradictoria con el Derecho comunitario sólo puede ser inaplicable, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE. Mas en el caso que nos ocupa se han inaplicado las leyes citadas, como se ha dicho, sin que mediase planteamiento alguno, ni de cuestión de inconstitucionalidad ni de cuestión prejudicial” (STC 58/2004/13, de 19 de abril, que alude a otra anterior referida al mismo órgano judicial –la STC 173/2002, de 9 de octubre-). También resulta de interés la STC 194/2006/5, de 19 de junio, en la que la Sala entiende inaplicable una disposición legal similar a otra que había sido reputada por el Tribunal de Luxemburgo contraria al Derecho de la Unión, aplicándola al territorio canario que estaba expresamente excluido del ámbito de aplicación de éste.