

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL DIÁLOGO JURISDICCIONAL TC-TJUE: UN DOBLE CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

(Comunicación presentada a la Mesa 2 del XIV Congreso de la
Asociación Española de Constitucionalistas, Bilbao, 2016)

José Joaquín Fernández Alles
Profesor TU de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz
Joaquin.alles@uca.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL DIÁLOGO JURISDICCIONAL TC-TJUE. II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA PRIMACIA DEL DERECHO DE LA UE COMO DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO SIN RANGO DE CONSTITUCIÓN. III. EL ARTÍCULO 24 CE Y EL DIÁLOGO JURISDICCIONAL A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. IV. EL CONTROL DESCONCENTRADO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA. V. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL PRIMER DIÁLOGO JURISDICCIONAL TC-TJUE. VI. LAS VULNERACIONES INDIRECTAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL DOBLE CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

I. INTRODUCCIÓN: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL DIÁLOGO JURISDICCIONAL TC-TJUE

Junto al sistema de relación entre ordenamientos, el régimen de distribución de competencias, el gobierno multinivel y el sistema de cooperación interparlamentaria, el diálogo entre jurisdicciones para la protección de los derechos fundamentales se ha convertido en uno de los instrumentos más eficaces para progresar en la integración constitucionalizada o constitucionalismo europeo compartido. En los últimos dos años, materias como la ejecución hipotecaria (STJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/14)¹ o la orden europea de detención y entrega, han permitido ampliar la configuración de las relaciones entre las jurisdicciones del Estado (constitucional y ordinaria²) y el Tribunal

¹STJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/14. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=155118&doclang=es>; J.L. CASCAJO CASTRO, “Integración europea y constituciones nacionales”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 1, 2005, pp. 61-78; F. RUBIO LLORENTE, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, *REDC*, 64, CEPC. 2002, pp. 13-52.

de Justicia de la Unión Europea, a quien el art.19.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante) UE atribuye garantizar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratado” (en concordancia con los arts. 251 y siguientes del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea).

Durante al menos tres décadas, se había considerado que los tribunales constitucionales de algunos Estados, como Alemania (doctrina de la “protección equivalente” y su desarrollo jurisprudencial: Solange I, II y III, Maastricht, Tratado de Lisboa³) Italia (las Sentencias Frontini de 1973, Granital de 1984 y Frad de 1989) o Francia (sentencias del Consejo Constitucional de 1992, y especialmente, la de 29 de octubre de 2004), pero también el Consejo de Europa (Sentencia del TEDH Caso *Bosphorus*, de 30 de junio de 2005), crearon una teoría sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea y sus relaciones con el principio de supremacía de las Constituciones de los Estados miembros. Aunque estas relaciones se concibieron principalmente a partir del principio de competencia, se resolvieron “en clave de jerarquía normativa” competitiva, como si fueran categorías llamadas a contraponerse, cuando se trataba de competir sobre el standard regulador de los derechos fundamentales “sobre la base de una “admisión condicionada” de la primacía del Derecho de la Unión Europea: “en tanto cuanto”. En esos casos, la “admisión incondicionada” de la primacía del Derecho de la Unión Europea no era posible porque contravendría la eficacia normativa de la Constitución como norma suprema y, en el ámbito del origen del poder y de su legitimación, se consideraría una modificación de la obra del poder constituyente sin seguir los procedimientos de reforma constitucional.

Asumiendo un liderazgo jurisdiccional en la construcción de esa teoría, en la Sentencia Solange II (BVerfGE 73, 339), de 22 de octubre de 1986, anticipada en la Solange I de 1974 y continuada en las sentencias sobre Maastricht, de 12 de octubre de 1993 (BVerfGE 89, 155) y de 7 de junio de 2000 sobre la regulación del mercado de los plátanos (BVerfGE 102, 147), también llamada Solange III —al limitar las demandas cons-

²ALONSO GARCIA, R., *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Madrid. Civitas. 2014, pp. 11-17.

³ En la Sentencia de 30 de junio de 2009 (BVerfG, 2 BvE 2/08), del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Lisboa: “con la Declaración número 17 relativa a la primacía aneja al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del Derecho de la Unión incondicional y dudosamente constitucional” (ap. 331). Traducción disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>

titucionales sobre los derechos fundamentales⁴—, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante, TCF) renunció a ejercer su control de constitucionalidad sobre los actos del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, pero sólo *en tanto en cuanto* la Unión Europea preservara un nivel de garantía de aquellos derechos sustancialmente equivalente al que se garantiza por el Tribunal Constitucional Federal en aplicación de la *Grundgesetz*, cuyo art. 23 párrafo 1 inciso 1 constitucionalizaría esta doctrina en virtud de la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992. Junto a la mencionada renuncia, el Tribunal Constitucional se atribuyó el derecho a la última palabra en el sistema de protección de los derechos fundamentales, en la defensa de la soberanía del Estado y en la supremacía constitucional.

Asumiendo en su mayor parte el fondo de esa doctrina, España, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional, invocaría el denominado “estándar mínimo de protección”: “la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno” de manera que “en el caso difícilmente concebible de que 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 cauces ordinarios previstos en ésta”, el Tribunal Constitucional ampararía la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución:

“(…) la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el

⁴J. ZILLER, “Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht: a proposito della sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2009, pp. 973-995; J.F. LÓPEZ AGUILAR, “El constitucionalismo europeo y la teoría constitucional de la integración europea”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 5, 2014, pp. 36-50; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, “Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detección europea”, *Diario La Ley*, n. 7726, 2011.

art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, 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 (art. 10.1 CE)”⁵.

En la Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional trataba de compatibilizar el carácter supremo de la Constitución y la potestad normativa de la Unión Europea, complementando, cuya relación se regula por el principio de subsidiariedad en el ámbito competencial⁶ y por el artículo 53 (“Nivel de protección”) de la CDFUE en el ámbito de los derechos, en virtud del cual: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión Europea o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

Ahora bien, esta interpretación favorable a que los Estados miembros puedan aplicar el estándar de protección más elevado que derivara de su Constitución ha sido atacada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), lo que ha obligado a establecer un diálogo jurisdiccional para avanzar en la constitucionalidad europea compartida a través de la vía jurisdiccional. Con ocasión del primer diálogo TJUE-TC español, a través del planteamiento de tres cuestiones prejudiciales en el asunto Melloni (Auto del TC 86/2011, de 9 de junio), el TJUE rechazaría la doctrina de la Declaración

⁵ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. *BOE* núm. 3, de 4 de enero de 2005. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919>

⁶ Conforme al art. 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007. *DOUE* núm. C. 303, de 14 de diciembre de 2007. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A133501>

1/2004 en su Sentencia de 26 de febrero de 2013, cuyos fundamentos afirman que la finalidad del art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) no es el establecimiento de una cláusula de “estándar mínimo de protección”, sino la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones de los Estados miembros. O escrito con otras palabras: en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, se debe utilizar el estándar de protección de la propia Carta, a lo que están obligadas las tres jurisdicciones (europea, constitucional y ordinaria), sin perjuicio de la aplicación del mayor estándar constitucional de protección de los derechos fundamentales previsto en cada Estado miembro cuando nos situemos en un ámbito ajeno al ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

En todo caso, ese diálogo ha sido más fructífero de lo que formalmente reconocen algunos Tribunales Constitucionales. El propio TCF alemán considera que el TJUE es el competente para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la República Federal de Alemania frente a los actos del poder público nacional (alemán) adoptados, sin margen de apreciación, en aplicación del derecho derivado. Se trata de una doctrina de autocontención que ha supuesto la aceptación de la tesis del TJUE, según la cual cuando la acción estatal esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales no están facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales distintos a los estándares de la CDFUE. En esa línea de diálogo constructivo con del principio de integración, también en la Sentencia del TCF de 6 de julio de 2010, en el asunto Honeywell, el TCF alemán ha vuelto a autolimitar sus funciones estableciendo dos condiciones para extender el control de constitucionalidad de una norma del Derecho de la Unión Europea o de una STJUE: en primer lugar, que el TJUE haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación o validez del acto de la UE considerado; y, en segundo lugar, que la “violación del principio de la competencia de atribución sea manifiesta en el sentido de suficientemente cualificada”⁷.

⁷ Decisión del TCFA de 6 de julio de 2010 (BVerfG, 2 BvR 2661/062; párr. 47-49. Véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR 17, 2013, p. 16. <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20derecho%20a%20la%20C3%BA%20ultima%20palabra.pdf>

Es cierto que, en ese diálogo entre jurisdicciones, que camina progresivamente a la integración constitucionalizada, tanto la doctrina Solange permanece formalmente como técnica de potencial limitación del principio de primacía, susceptible de ser utilizado en un doble sentido según aconsejen las circunstancias de la futura evolución de la Unión Europea⁸: bien como técnica de progresiva integración jurisdiccional, bien como de reserva de la soberanía de los Estados “en el caso difícilmente concebible de que 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 (...) fueran remediados por los cauces ordinarios previstos en ésta” (Declaración 1/2004). En esa defensa de la constitucionalidad como Estado miembro, algunos tribunales constitucionales se resisten a renunciar al denominado “derecho a la última palabra”⁹ y, por ejemplo en España, el Consejo de Estado (Informe de 2006 sobre la reforma constitucional), ha recomendado la regulación expresa de las funciones europeas del Tribunal Constitucional¹⁰, a lo que deben sumarse las posibilidades que ofrecen lo dispuesto en el art. 52.2 del TFUE: “En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. (...) La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas”.

⁸Sobre los antecedentes de la teoría constitucional de la integración europea, nos remitimos a J.J. FERNÁNDEZ ALLES, “La integración constitucionalizada”, *Noticias de la Unión Europea*, 160, 1998, pp. 9-20; y “Reflexiones sobre la teoría constitucional de la integración europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 169, 1999, pp. 9-20.

⁹ Véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, *cit.*, p. 36.

¹⁰ Según el Consejo de Estado: “(...) La regulación por ley orgánica de la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en un procedimiento ad hoc de que una ley es contraria al Derecho comunitario o incluso la posibilidad de recurso directo contra aquella, podría entonces hacerse por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, según la solución por la que se opte, mientras que la revisión de los procedimientos contra reglamentos contrarios al Derecho comunitario podría remitirse por dicha ley orgánica a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, de 16 de febrero de 2006, pp. 115-116. <http://www.consejo-estado.es/transparencia/files/constitucion.pdf>

Ahora bien, la aceptación de la doctrina Solange por las jurisdicciones constitucionales ha sido más formal que de principio toda vez que, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, el contenido de los derechos fundamentales se configura también por la interpretación y configuración resultantes de las sentencias del TJUE, cuya “interpretación sustantiva uniforme” integra ya un canon, parámetro o estándar supranacional que se fundamenta en —y, a la vez, queda limitado por— las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH) (art. 6.3 TUE, art. 52.3 de la CDFUE; y STJ de 22 de diciembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*, C-279/09, ap. 35)¹¹, quedando abierto al canon nacional en algunos supuestos (STJ de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg Fransson*), pero siempre en un contexto de diálogo que hacia una constitucionalidad compartida. Con todo, subyacen los problemas de relación entre jurisdicciones cuando estemos en ámbitos normativos concurrentes no bien delimitados o en caso de colisión entre derechos que se limitan entre sí, considerado un espacio propicio para el diálogo jurisdiccional y la integración constitucional.

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA PRIMACIA DEL DERECHO DE LA UE COMO DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO SIN RANGO DE CONSTITUCIÓN

Ha sido la doctrina jurisprudencial del TC la que ha configurado las relaciones entre el principio de supremacía constitucional y el principio del Derecho de la UE, concebido como un “Derecho Constitucional”, aunque sin rango de Constitución. Según recuerda el F.J. 3º de la STC 215/2014, de 18 de diciembre, “una vez prestado el consentimiento por el Estado español, previa autorización de las Cortes en tal sentido, las normas emanadas de aquella institución internacional no sólo obligan a España” sino que, además, “la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado”, aceptables siempre que “el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democráti-

¹¹Según el Tribunal Constitucional Checo, el artículo 14.4 de la Constitución de la República Checa debe ser interpretado tomando como punto de partida la existencia de un principio constitucional que exige interpretar las disposiciones de la Constitución de conformidad con el proceso de integración europea. Sentencia de 3 de mayo de 2006 (Pl. ÚS 66/2004: European Arrest Warrant; ap. 61.)

co de Derecho establecido por la Constitución nacional”, esto es, siempre que sea respetuoso con “la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4). Y continúa el TC: aquella operación de cesión comporta “una determinada limitación o constrictión, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles” (DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4) siendo “la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4)”.

De esta manera, desde la incorporación a las entonces Comunidades Europeas, España “se integró en el ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7; y en sentido parecido, STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3). Desde entonces, la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional se rige por el principio de primacía (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6; 239/2012, de 13 de diciembre, FJ 5), conforme al cual las normas de la Unión Europea “tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5), pues no sólo “forman parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento”, sino que tienen un “efecto vinculante”, de manera que opera “como técnica o principio normativo” destinado a asegurar su efectividad (STC 145/2012, de 2 de julio, F.J. 5).

Las aportaciones doctrinales del “contractualismo federativo” de Joseph H. H. Weiler y el concepto de Constitución abierta con diversos niveles textuales de Peter Häberle, han permitido superar la idea como Constitución como documento escrito o formal. Además, dirigida hacia una teoría constitucional de la integración europea que, además, facilita la integración de los sistemas jurídicos (continental y anglosajón). A su vez, la “teoría constitucionalmente adecuada” (Konrad Hesse) del Derecho constitucional europeo han abierto la soberanía de los Estados miembros (supremacía constitucional) al permanente diálogo con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. A

partir de una teoría constitucional sobre la integración europea comúnmente aceptada, según estableció la DTC 1/2004, la primacía del Derecho europeo no contradice la supremacía de la Constitución:

“primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones ... La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93” (FJ 4).

Ahora bien, según el F.J. 3º de la STC 215/2014, de 18 de diciembre, “una vez prestado el consentimiento por el Estado español, previa autorización de las Cortes en tal sentido, las normas emanadas de aquella institución internacional no sólo obligan a España” sino que, además, “la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado”, aceptables siempre que “el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional”, esto es, siempre que sea respetuoso con “la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4). Y continúa el TC: que aquella operación de cesión comporta “una determinada limitación o restricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles” (DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4) y que “la supremacía de la Constitución es, pues,

compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4)”.

Por otra parte, según el TC, el fundamento último de la incorporación al proceso de integración europea y de la vinculación del Estado a su Derecho (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2; y STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7), no implica que el art. 93 CE “haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales” (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); y 134/2011, de 20 de julio, FJ 6), ni que el Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, “constituya canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley” (SSTC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; y 136/2011, de 13 de septiembre, FFJ 12; STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3; STC 32/2015, de 5 de noviembre, F.F. 4º). En consecuencia, el Derecho primario de la Unión Europea regula materia constitucional, aunque sin rango constitucional¹².

Además, en el ejercicio de su función jurisdiccional, el respeto al principio de primacía no permite al Tribunal Constitucional “abstenerse de cualquier valoración sobre un acto de los poderes públicos ante él recurrido cuando el mismo aplica Derecho de la Unión Europea o, al contrario, se plantee su posible contradicción con éste, pues ello implicaría una abdicación de nuestra función señalada en los arts. 53.2 y 161.1 b) CE”. Según el TC,

“significa, mucho más simplemente, que cuando ello sucede debemos abordar esa denuncia desde la perspectiva que nos es propia, valorando si con ese acto de los poderes públicos recurrido ante la jurisdicción constitucional se ha ocasionado o no alguna vulneración a los derechos fundamentales y libertades públicas cuya tutela tenemos encomendada, de conformidad

¹²G. PISARELLO, “¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin Constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal”, *REDC* 5, 2006, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/10gerardopisarello.htm>

con los preceptos constitucionales antes citados, que son los únicos que vinculan a este Tribunal como recuerda el art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). En este sentido, STC 58/2004, FJ 11, con cita de la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)”.

En la práctica, los tribunales constitucionales de los Estados miembros admiten a trámite los recursos contra el Derecho originario de la Unión Europea con el fundamento de las cláusulas constitucionales de atribución de competencias, aunque se muestran muy restrictivos respecto a los recursos que impugnan los actos de las instituciones de la Unión Europea y frente a los recursos contra los actos de los poderes públicos nacionales cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. Como consecuencia de su función de garante, la jurisdicción constitucional utiliza un canon de enjuiciamiento basado en dos derechos del art. 24 CE: a) Por un lado, el general del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que comprende, por lo que aquí importa, el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto último de la decisión, ámbito éste último ajeno a esta jurisdicción constitucional (así, para un caso semejante, STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5). b) Por otro lado, el derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan “conforme al sistema de fuentes establecido” (STC 58/2004, FJ 14; STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10).

III. EL ARTÍCULO 24 CE Y EL DIÁLOGO JURISDICCIONAL A TRAVÉS DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En la garantía del art. 24 CE, el diálogo entre jurisdicciones, más allá de su consideración como facultad del Tribunal Constitucional, en algunos supuestos se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso con todas las garantías. Declaró la STC 58/2004, de 5 de mayo, que conforme al art. 96 CE, el actual art. 267 TFUE forma parte del ordenamiento interno y, por ello, “la cuestión prejudicial prevista en dicho precepto configura un instrumento más al servicio de los Jueces y Tribunales para la depuración del Ordenamiento jurídico” (STC 58/2004, FJ 10), y de conformidad con ese instrumento, “ante una duda en la aplicación del Derecho co-

munitario, el Juez o Tribunal interno está facultado para consultar” al TJUE salvo que se trate de un órgano judicial “cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna, en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro”¹³. Pero incluso en este caso, la obligación de plantear la cuestión prejudicial “desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90)”, como cuando se trate de un acto “aclarado” por el TJUE al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial “materialmente idéntica” planteada en un “asunto análogo” (Sentencia asunto *Cilfit* de 6 de octubre de 1982, apartado 13). Incluso también cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81; STC 58/2004, FJ 9; y, en el mismo sentido, STC Pleno 78/2010, FJ 2 b).

Según el Tribunal Constitucional, fuera de estos supuestos, dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el TJUE, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14). En consecuencia, la inaplicación de una Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, además de conculcar el principio de primacía, supone una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso” y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 290/2006, de 9 de octubre) y obliga a estimar el amparo constitucional¹⁴. Por el contrario, termina argumentado el Tribunal Cons-

¹³ STC 58/2004, de 5 de mayo. *BOE* núm. 120, 18 de mayo de 2004.

¹⁴ Sobre el origen de la funcionalidad del recurso de amparo en España a estos efectos, véase J.L. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el derecho español*, Editora Nacional, 1980, pp. 17 y ss.

titucional, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la petición de parte) “no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3)”.

IV. EL CONTROL DESCONCENTRADO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Como consecuencia del principio de primacía, se establece un ámbito de “control desconcentrado” del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la jurisdicción ordinaria. Según la STC 32/2015, de 5 de noviembre, corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando “ya exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Como principio fundamental de esta relación entre jurisdicciones (estatal constitucional, estatal ordinaria y europea), el TC recuerda que el TJUE ha desarrollado una consolidada jurisprudencia que establece la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que las sentencias se lleven a efecto (STJUE de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, 314-316/81 y 83/82, Rec. 1982 p. 4337). En su virtud, el TJUE ha declarado reiteradamente que “los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del TFUE), a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno’ (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95)...

Consecuencia de ello es que los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión,

“tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto *Elchinov*, C-173/09, apartado 31)”.

Según el TC, esta obligación es inherente al principio de primacía y recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto *Michaniki* (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]” (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5). Y concluye: 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)¹⁵.

V. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL PRIMER DIÁLOGO JURISDICCIONAL TC-TJUE

En el referido diálogo TC-TJUE, abierto hace cinco años a través del Auto 86/2011, 9 de junio, a partir de las bases establecidas en la citada Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre, el TC motivó la interposición de tres cuestiones prejudiciales¹⁶ con el siguiente argumento:

¹⁵R. ALONSO GARCÍA, “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”, *Working Paper on European Law and Regional Integration*, n. 4, 2011.

¹⁶Las tres cuestiones prejudiciales fueron: 1) El Art. 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?; 2) En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2 de la Carta [...]?; y 3) En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta [...], a un Estado miembro condicionar la entrega de

“La competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta especialmente pertinente en relación con aquellas disposiciones de Derecho de la Unión Europea que, como ocurre con las que son aquí relevantes, han de ser aplicadas por una jurisdicción nacional de última instancia, sin que aún hayan sido objeto de interpretación y de las que no cabe deducir, además, una única interpretación que se imponga por su propia evidencia no sólo a este Tribunal, sino también al resto de los órganos judiciales de los Estados miembros y aún al propio Tribunal de Justicia” (FJ 4.d)¹⁷.

En cuanto al problema de fondo, según el Auto, subyacía una contradicción entre el Derecho originario y el Derecho derivado de la UE, y por lo tanto, no le corresponde “a este Tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, el Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen”¹⁸.

¿Se trataba de una revisión de su posición institucional como jurisdicción constitucional o más bien se trató un gesto simbólico para hacer visible su apertura formal al diálogo entre tribunales y de paso aumentar sus posibilidades procesales de cara al futu-

una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requiren- te, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro? ATC 86/2011, de 9 de junio. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22561>. Véase F.J. DONAIRE VILLA, “El diálogo del Tribunal Constitucional español con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Euroorden y los derechos fundamentales: el asunto Melloni”, *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 174, 2015, pp. 63-78; M. REVENGA, M., “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)”, *REDC*, 41, 2012, pp. 135-137.

¹⁷F. MAYER, “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Harvard Jean Monnet Chair Working Papers*, n° 9, 2003, <http://www.jeanmonnetprogram.org>; L. ARROYO JIMÉNEZ, L. “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”, *WP IDEIR*, 8, 2011 y L. ARROYO JIMÉNEZ, “La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización”, *REDC* 102, 2014. pp. 293-295.; S. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “La tutela multinivel de los derechos fundamentales”, *XVI Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*. 2014. [http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVIItrilateral/PONENCIA%20ES PA%C3%91A.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVIItrilateral/PONENCIA%20ES%20PA%20C3%91A.pdf); T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. *WP IDEIR* n° 23 (2015), <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-02-09-Binder1.pdf>

¹⁸M. PÉREZ MANZANO, “El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio”, *REDC* 95, 2012, pp. 311-315.

ro en el proceso de integración jurisprudencial europea? Más que en la apertura del diálogo entre jurisdicciones, las tres cuestiones prejudiciales se basaron en el hecho de que el art. 53 de la CDFUE no había sido objeto de interpretación por el TJUE. Según el ATC 86/2011, este precepto es de “verdaderamente capital de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como su articulación con respecto a las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de los Estados miembros” (F.J. 7). Finalmente, los fundamentos jurídicos de la STC 26/2014, de 13 de junio, no aceptarían el planteamiento de fondo de la sentencia de dictaría el TJUE sobre la relación entre el principio de primacía y la supremacía constitucional, aunque sí su doctrina sobre la euroorden.

En su respuesta a las tres cuestiones prejudiciales, el TJUE –Gran Sala–, en Sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el procedimiento entre Stefano Melloni y Ministerio Fiscal, decidió sobre la interpretación, y en su caso la validez, del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Y, particularmente, si un Estado miembro puede denegar la ejecución de una orden de detención europea, con fundamento en el artículo 53 de la CDFUE, por un motivo basado en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada garantizados por la Constitución nacional.

Como refiere la sentencia del TJUE, a juicio del Tribunal Constitucional, se suscita la cuestión de si la Decisión marco 2002/584 impide que los tribunales españoles “subordinen la entrega del Sr. Melloni a la posibilidad de que se revise la condena que le afecta”. Y continúa: “Según dicho tribunal, lo que se dirime en éste no es si el auto de 12 de septiembre de 2008 infringió esa Decisión marco, sino si vulneró indirectamente el derecho a un proceso con todas las garantías, protegido por el artículo 24, apartado 2, de la Constitución”. Sin embargo, para el TJUE, la “Decisión marco debería tomarse en consideración para delimitar el contenido de dicho derecho que despliega eficacia *ad extra*, ya que constituye el Derecho de la Unión aplicable en el momento en que se efectúa la apreciación de la constitucionalidad del auto referido. Su consideración también viene impuesta por el principio de interpretación del Derecho nacional conforme a las Decisiones marco (véase la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. I-5285, apartado 43)”. Según el TJUE, esta interpretación de los artículos 47 y 48, apar-

tado 2, de la Carta concuerda con el alcance reconocido a los derechos garantizados en el artículo 6, apartados 1 y 3, del CEDH por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse en especial las sentencias del TEDH *Medenica c. Suiza*, de 14 de junio de 2001, demanda nº 20491/92, § 56 a 59; *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006, demanda nº 56581/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-II, § 84, 86 y 98, y *Haralampiev c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012, demanda nº 29648/03, § 32 y 33).

Por consiguiente, el TJUE no aceptó la interpretación del TC español:

“Acerca de ello, el Tribunal remitente expone de entrada la interpretación según la cual el artículo 53 de la Carta autoriza de forma general que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. Esa interpretación permitiría en particular que un Estado miembro sometiera la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a condiciones cuyo objeto fuera evitar una interpretación limitadora de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución o lesiva de éstos, aun cuando la aplicación de esas condiciones no estuviera autorizada por el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584”.

Según el TJUE, “no puede acogerse esa interpretación del artículo 53 de la Carta” porque “dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”. En consecuencia, el TJUE no permite un estándar nacional superior que sitúe las Constituciones nacionales sobre el Derecho de la Unión y limite el alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, con lesión de la unidad y la eficacia de este Derecho. Y continúa:

“(…) según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de

1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61)”.

Aunque el artículo 53 de la CDFUE establece que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales “siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”, sin embargo, según el TJUE “el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 no atribuye a los Estados miembros la facultad de denegar la ejecución de una orden de detención europea cuando el interesado se halla en alguno de los cuatro supuestos enumerados en esa disposición” (apartado 61).

Por tal motivo, la STJUE de 26 de febrero de 2013 concluye que permitir que

“un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución, conduciría, al 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”.

Para el TJUE, el art. 53 CDFUE no permite que España aplique un nivel de protección más alto que el de la CDFUE “en una materia —la orden europea de detención y entrega— en la que existen normas comunes europeas”

En síntesis, según el apartado 64 de la citada STJUE, el art. 53 de la CDFUE “debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”. El TJUE rechaza la interpretación implícita en Auto: el art. 53 de la Carta no autoriza a los Estados miembros a aplicar, en el ámbito de aplicación de la Carta (que es el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión), un nivel de protección más elevado.

Sin embargo, en su STC 26/2014, el TC no se considera vinculado por tal limitación ni acepta el fundamento de “Derecho de la UE” sino la justificación constitucional del art. 10.2 CE, conforme a su doctrina de la DTC 1/2004. En “respuesta” a la STJUE de 2013, la STC 26/2014, de 13 de febrero, vendría a reconocer que el Derecho de la Unión establece una garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, pero

“(…) debemos, sin embargo, completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre. En aquella ocasión, señalamos, en primer lugar, que «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, 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 (art. 10.1 CE)» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2)”¹⁹.

Para completar la respuesta del TJUE a partir del art. 10 CE, la STC 26/2014 invoca la doctrina de las vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales.

VI. LAS VULNERACIONES INDIRECTAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¹⁹STC 26/2014, de 13 de febrero, *BOE* núm. 60, de 11 de marzo de 2014.

Según el F.J. 4º de la STC 26/2014, se da un caso de vulneración indirecta de los derechos fundamentales en su aplicación concreta al ámbito del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE:

“(…) cuando los poderes públicos nacionales (entre ellos, la jurisdicción) reconocen, homologan o dan validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera, pueden incurrir en una vulneración “indirecta” de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo, cuando aquella resolución pudiera reputarse lesiva de un derecho fundamental.

Para el TC, mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la CE, “el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra* es más reducido” de tal manera que, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, “no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales, las exigencias que constituyen la esencia misma del proceso justo, las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad “indirecta” de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8).

En particular, según esta STC 91/2000, de 30 de marzo, constituye una vulneración “indirecta” de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE que se proyectan *ad extra*, “la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, pues consideramos que ello menoscababa el contenido esencial del proceso justo de un modo que afectaba a la dignidad humana” (FJ 14). Posteriormente, las SSTC 177/2006, de 5 de junio, y 199/2009, de 28 de septiembre), extenderían la doctrina sobre las violaciones indirectas del derecho a un proceso con todas las garantías al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957, en cumplimiento de la Decisión Marco 2002/584/JAI,

del Consejo, de 13 de junio, incorporado al ordenamiento español por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

Conforme a esta jurisprudencia, concluye la STC 26/2014 que “para precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas” en el “contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles”, destaca la decisiva relevancia de los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7), de manera que el canon de control que “debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del Auto”(…) “por el que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas”, ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España: el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH) como la CDFUE.

Se mantiene así, al menos formalmente, la doctrina Solange y de la Declaración 1/2004, sin aceptación de la doctrina contenida en el Voto Particular de Cruz Villalón a la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 4, según el cual “la categoría de las ‘vulneraciones indirectas’ debe someterse a una relativización determinante cuando estamos ante Estados que, desde hace medio siglo, se encuentran integrados en una misma comunidad de derechos y libertades”. O escrito con las palabras del Voto Particular de Roca Trías: integrado en “un nuevo estándar de protección del derecho a la defensa en la interpretación del art 24.2 CE que este Tribunal había establecido, entre otras, en la STC 91/2000, de 30 de marzo, y que fue acordado por los países europeos (Decisión Marco 2002, posteriormente modificada por la Decisión Marco 2009/299), entre ellos España y en gran parte a instancias suyas”²⁰.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL DOBLE CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

Afirma el Voto particular concurrente de Asua Batarrita a la STC 26/2014 que esta sentencia esquivada las “cuestiones centrales” del caso y, en su lugar, “se alinea con nues-

²⁰ Apartado 2 del Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías en relación con la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6922-2008, cit.

tra jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad, que este Tribunal no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho comunitario, y que el Derecho comunitario solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales”. Y continúa:

“(…) Así pues, la Sentencia de la mayoría desaprovecha la ocasión de reflexionar y reflejar las importantes transformaciones que la pertenencia a la Unión Europea ocasiona a nuestra función jurisdiccional y a los procesos constitucionales por medio de los cuales se realiza la preeminencia de la Constitución. En particular, no aborda las implicaciones que pueden tener las consideraciones que el Tribunal de Justicia realiza en la Sentencia de 26 de febrero de 2013 acerca del sentido del art. 53 de la Carta para las relaciones entre el ordenamiento estatal y el de la Unión y para las relaciones entre los respectivos órganos supremos de garantía.

En realidad, con la STC 26/2014, el Tribunal Constitucional ha asumido la existencia de un doble canon de constitucionalidad. El primero, el canon de constitucionalidad europea, tras someter las tres cuestiones prejudiciales ante el TJUE para que se despejara la posible contradicción con el Derecho de la Unión Europea, estableciendo así un diálogo entre el TC y el TJUE. Una vez dictada la resolución del TJUE, en el sentido de que no hay contradicción con el Derecho de la UE (canon de constitucionalidad europea), el TC aplica en segundo lugar el canon de constitucionalidad española, asumiendo una doctrina jurisprudencial compatible con el Derecho de la Unión Europea que, además, le obliga a modificar la anterior doctrina del TC sobre el contenido absoluto del derecho al proceso con todas las garantías que recoge el artículo 24.2 CE²¹. Según esta doctrina, no se considera vulnerado el derecho en caso de que el individuo haya renun-

²¹En la STC 91/2000, de 30 de marzo, el Tribunal Constitucional determinó por vez primera la doctrina de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales cuando despliegan eficacia “ad extra”. Esta doctrina ha sido muy discutida, incluso por los propios magistrados del TC. En el Voto Particular de Cruz Villalón, sobre los procedimientos hermenéuticos de determinación del “contenido absoluto” que determina la eficacia «ad extra» de los derechos fundamentales, habría dos procedimientos para indagar dicho contenido: “uno, realizado en solitario, es decir, sin asomarnos fuera de nuestras fronteras, que trataríamos de proyectar sobre los demás; otro, realizado junto con los Estados que comparten una misma concepción de los derechos y libertades, dado que se trata de un concepto, el de contenido absoluto, llamado a ser operativo en este ámbito. A menos, lógicamente, que ya exista una norma, de cuya constitucionalidad no se dude, y que permita resolver el problema planteado sin necesidad de ulterior indagación”. STC 91/2000, de 30 de marzo. *BOE* núm. 107, de 4 de mayo de 2000.

ciado de manera libre e inequívoca a su derecho a estar presente en la vista, lo que ocurre cuando ha sido debidamente emplazado y efectivamente defendido por Letrado designado.

En síntesis: una vez que se ha utilizado el primer canon, que podríamos denominar de constitucionalidad europea, correctamente reconocido al TJUE a través de las tres cuestiones prejudiciales, el TC no aplica el principio de primacía del Derecho de la Unión, sino el art. 10.2 CE. A tal fin, reinterpreta el contenido absoluto del derecho en presencia de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TJUE y reajusta el nivel de garantías en materia de orden europea y de extradición. El propio TC reconoce el carácter parcial de sendos controles, toda vez que el control europeo (prejudicial) debe ser completado con control de la jurisdicción constitucional: según el F.J. 3, “antes de proceder a la determinación del contenido absoluto del derecho fundamental alegado por el demandante de amparo, “debemos, sin embargo, completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”²².

Según este F.J. 3º de la STC 26/2014, debe recordarse la DTC 1/2004, de 13 de diciembre: “la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión” que se traducen en “el respeto de la soberanía del Estado (...)” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2)”, pero al mismo tiempo: “(...) No le corresponde, por tanto, a este Tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, al Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen (...) para garantizar y salvaguardar de manera efectiva un alto nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma su doctrina de la DCT 1/2004, aunque con armonización de los dos cánones de constitucionalidad (europea y estatal) que corresponden a las dos jurisdicciones que han entrado en diálogo a los efectos de

²²En sentido contrario, según el apartado 2 del Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6922-2008: “No entiendo que este Tribunal pueda o tenga que “completar” las Sentencias que el Tribunal de Justicia adopta en vía prejudicial a instancia nuestra o de otro órgano jurisdiccional de la Unión. STC 26/2014, cit.

progresar en un constitucionalismo europeo compartido, y respetando los dos ámbitos de control que corresponden a cada uno: el canon de constitucionalidad europea, al TJUE en virtud del principio de primacía; el canon de constitucionalidad del Estado, al TC en virtud del principio de supremacía de la Constitución, sólo exceptuándose el caso del control desconcentrado de la primacía del Derecho de la Unión Europea, que analizamos en el siguiente apartado. Se recupera con ello la posición tradicional del Tribunal Constitucional: el art. 10.2 CE es el fundamento exclusivo de la eficacia de los derechos fundamentales, obviando que el Derecho de la Unión Europea sobre esta materia es norma justada a la Constitución que no sólo resulta invocable como tratado internacional en virtud del art. 10.2 CE sino principalmente por pertenecer a nuestro ordenamiento jurídico conforme a la atribución de competencias articulada a través del art. 93 CE. Como afirma Roca Trías el apartado 6 del Voto Particular concurrente a la STC 26/2014, el Derecho de la Unión Europea “no es Derecho internacional en el territorio de los Estados miembros”²³.

Aunque la utilización de este doble canon de constitucionalidad no tiene mayores consecuencias en el fallo (que integra la doctrina del TJUE y el TC sobre la euroorden), hubiera sido deseable que el fundamento de “Derecho Constitucional Europeo” debió estar en los razonamientos de la sentencia para demostrar la compatibilidad de los dos cánones de constitucionalidad, al mismo tiempo, evitar críticas: no en vano, según el apartado 2 del Voto Particular concurrente de Asua Batarrita: “(...) me preocupa que, por su contenido, ubicación y tono, el fundamento jurídico 3 se interprete como una implícita resistencia a asumir la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, en concreto a la respuesta dada a nuestra tercera pregunta”²⁴.

¿Significa eso que el Tribunal Constitucional se reserva *pro futuro* la potestad de elevar en el nivel de protección de los derechos fundamentales en ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión Europea? No es probable. Según el Voto Particular concurrente

²³Apartado 6 del Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías en relación con la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6922-2008.

²⁴Según el Voto Particular de Asua Batarrita, “si esa lectura del fundamento jurídico 3 fuera correcta, la Sentencia de la mayoría estaría formulando de forma implícita su rechazo a la primacía del Derecho de la Unión que el Tribunal de Justicia ha vuelto a confirmar precisamente en su Sentencia de 26 de febrero de 2013”. Sin embargo, más que un rechazo al principio de primacía, se trata de una doctrina del TC que trata de compatibilizar la primacía del Derecho de la Unión Europea con la supremacía de la Constitución. Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, cit.

de Roca Trías: “Si bien el Tribunal Justicia de la Unión Europea admite las excepciones de acuerdo con el art. 53 de la Carta”, la STJUE de 26 de febrero de 2013 mantiene que “el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 no atribuye a los Estados miembros la facultad de denegar la ejecución de una orden de detención europea cuando el interesado se halla en alguno de los cuatro supuestos enumerados en esa disposición” dado que existe una “armonización de las condiciones de ejecución de una orden de detención europea en casos de condena en rebeldía” y un “consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto”. Según la STJUE,

“permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor (...) conduciría (...) 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” (apartados 62 y 63 de la STJUE de 26 de febrero de 2013)²⁵.

Por su parte, en el marco del mencionado doble canon de constitucionalidad, la STC 26/2014 reitera formalmente el principio de supremacía constitucional, sin mayores consecuencias prácticas en la resolución del recurso de amparo, para simultáneamente modificar su doctrina (en realidad, recupera una doctrina anterior) en este ámbito del art. 24 CE y así asumir el estándar europeo, aunque con ello aparentemente deje, como afirma Roca Trías, “abiertas a la ambigüedad cuestiones verdaderamente importantes que no favorecen la lógica de la Unión que, no olvidemos, encuentra su sustento en los principios de la lealtad y cooperación leal, primacía y subsidiariedad del derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias y respeto por la identidad constitucional recíproca”²⁶. En el proceso de consecución de un constitucionalismo europeo compartido, el diálogo jurisdiccional entre el TC español y el TJUE ha cumplido su función integradora.

²⁵ Apartados 1 y 2 del Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, cit.

²⁶ *Ibidem*.