

¿HACIA UN *IUS COMMUNE* EUROPEO?

Andrés OLLERO

La temática que me había sido propuesta en una reciente inédita intervención¹ aparecía, en mi caso, muy vinculada a las jornadas que anualmente reunían a magistrados de tribunales constitucionales europeos. En principio se trataba de una representación de los de Italia, Portugal y España, que visitaban a los que sucesivamente asumían su organización. A partir de 2017 se unieron a ellos miembros del Consejo Constitucional de la República de Francia. Al corresponder a España su organización, se pensó inicialmente celebrarla en La Granja de San Ildefonso, pero he de reconocer que logré convencer a mis compañeros de que se realizara en Sevilla², que nos acogió en Los Reales Alcázares en unos días difícilmente olvidables.

La presencia en los tratados europeos de los derechos a la no discriminación por razón de la nacionalidad y a la igualdad de retribuciones sin distinción de sexo se convirtió en precedente de la futura carta europea de derechos fundamentales. A su vez se plasma en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el reconocimiento como parámetro de control de los actos comunitarios de unos derechos fundamentales radicados en las tradiciones

¹ Con ocasión de las XXVI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía: *Tribunal Constitucional, Estado de Derecho, Estado de las Autonomías. Jurisdicción constitucional, otras jurisdicciones*.

² En dicha ocasión me correspondió el honor de defender la ponencia española, que redacté con el habitual apoyo de los letrados Herminio Losada González y Luis Medina Alcoz. Su texto- sobre *Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y los ordenamientos jurídicos nacionales*, que me sirve de referencia. Se halla disponible -como otros similares, a los que citaré- en la página web del Tribunal Constitucional español.

constitucionales comunes de los Estados miembros, a modo de principios generales del ordenamiento.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 sufrió una penosa hibernación tras el fallido Tratado de Roma de 2004, que aspiraba a establecer una Constitución para Europa. Habrá que aguardar a que el Tratado de Lisboa de 2007 le otorgue eficacia vinculante, con lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acabará convertido en jurisdicción de derechos fundamentales; condición que no parece nada dispuesto a compartir³, en contra de lo previsto, con el Tribunal de Estrasburgo.

Solo años después la Carta de Derechos se constituirá en una importante fuente hermenéutica de los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del Derecho de la Unión Europea⁴, hasta quedar, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, incluida en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión.

UNA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LUXEMBURGO Y ESTRASBURGO

El TEDH considera que los actos de la Unión Europea no pueden ser impugnados ante él dado que la Unión no es, todavía, parte contratante en el Convenio, pero ha resaltado que “los Estados miembros de la Unión Europea sí son parte del Convenio y por ello se encuentran vinculados por este cuando aplican el derecho de la

³ Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014.

⁴ Para seguir este proceso me ha sido muy útil *La tutela multinivel de los derechos fundamentales*, ponencia española en la XVI reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Santiago de Compostela, octubre 2014; que defendió el magistrado Santiago Martínez Vares, agradeciendo su apoyo al letrado Tomás de la Quadra-Salcedo.

Unión”⁵. En consecuencia, los particulares tras agotar los medios de recurso internos, pueden presentar un recurso contra el Estado miembro de que se trate ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tratado de Maastricht de 1992 resalta el respeto de la Unión Europea a tales derechos, tal y como garantizara en 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptado por el Consejo de Europa en Roma.

Ya, con anterioridad, el TJUE había descartado la doctrina de Niza de ocuparse de los derechos fundamentales de modo subsidiario a los Estados, para afirmar⁶ que “la Comunidad sólo tiene competencias de atribución y que en el estado actual del derecho comunitario ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias [...] la facultad de adoptar, con carácter general, normas en materia de derechos humanos”; concluyendo que “la Comunidad no tiene competencias para adherirse al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”.

También el TJUE descarta posibles conflictos, recordando que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52, apartado 3, precisa que, en la medida en que dicha Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este Convenio. A la vez, dicho apartado, en su segunda frase, dispone que la primera frase no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más

⁵ En la STEDH *Matthews contra Reino Unido*, de 30 de junio de 2005.

⁶ Dictamen 2/1994 (1996) sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

extensa⁷.

Por su parte, el TEDH había reconocido al derecho de la Unión Europea una presunción general de conformidad con el Convenio en su Sentencia *Bosphorus*, de 2005. Considera que los actos de los Estados miembros de la Unión Europea dictados en ejecución de obligaciones europeas se presumen –salvo prueba en contrario– conformes al Convenio Europeo, dado que las garantías sustantivas y los controles procesales establecidos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea ofrecen una protección “equivalente” a la del Convenio.

Mientras el programa de Estocolmo, adoptado por el Consejo Europeo el 11 de diciembre de 2009, preveía que la Unión Europea se adhiera “con rapidez» al Convenio”, El TJUE considera que es preciso evitar que el TEDH llegue a resolver, aun indirectamente, sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente haya podido él pronunciarse de forma definitiva⁸.

LA ACOGIDA DEL DERECHO EUROPEO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Un año antes de la Constitución, España había ya ratificado el Convenio de Roma sobre derechos humanos del Consejo de Europa, así como los Pactos Internacionales de Naciones Unidas y la Carta Social Europea de 1961.

Las sentencias de Estrasburgo tienen, en todo caso, un valor hermenéutico singular, por cuanto constituyen la pauta interpretativa

⁷ Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado el 2 de octubre de 2013.

⁸ En su *Documento de reflexión sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, fechado en Luxemburgo, a 5 de mayo de 2010.

de las propias normas constitucionales que han de condicionar la validez de todas las normas internas. Los pronunciamientos condenatorios del Tribunal de Estrasburgo no implican la revisión de sentencias nacionales firmes y pueden darse por ejecutadas por vía indemnizatoria, pero el Tribunal Constitucional español les ha conferido, en determinados supuestos, fuerza ejecutiva suficiente para revisar procesos judiciales fenecidos, ya que una sentencia de privación de libertad en curso de ejecución constituye título suficiente para promover un proceso de amparo constitucional contra la sentencia firme condenatoria. “Declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución”, pues de “la Sentencia declarativa del TEDH, cuyo carácter obligatorio es incuestionable, ha de deducirse, como efecto indirecto de la misma, una infracción del art. 24.2 CE⁹.”

En más de un caso, una Sentencia del TEDH ha de merecer la consideración de *hecho nuevo* a los fines de la posible revisión de sentencias dictadas en procesos anteriores, por vía de recurso de amparo o de una revisión que reconsidere su material probatorio.

El artículo 93 CE¹⁰ abría las puertas al ansiado ingreso en las Comunidades Europeas. La Declaración del Tribunal Constitucional

⁹ STC 245/1991, de 16 de diciembre, FFJJ 3 y 5.

¹⁰ “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

español 1/1992 constataba la consiguiente cesión de soberanía¹¹. En consecuencia, el Tribunal Constitucional reconocerá años después¹² que, “producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado, cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla”.

El reconocimiento de la "ciudadanía de la Unión", con los correspondientes derechos de libre circulación, residencia y sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, originará en 1992 la primera reforma de la Constitución Española (en adelante CE). Ésta solo contemplaba en su artículo 13 la extensión a extranjeros, por tratado o ley, del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, añadiéndose ahora el sufragio pasivo; sin mayores sobresaltos entre la ciudadanía, como todo relacionado con la nueva Europa.

Por otra parte, las vicisitudes del consenso constitucional en la transición democrática, agudizadas al debatirse en 1978 el hoy artículo 27 de la Constitución Española, han llevado a incluir un segundo epígrafe en el artículo 10, en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El epígrafe anterior remitía a

¹¹ DTC 1/1992, FJ 4: "El art. 93 permite atribuciones o cesiones para "el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución" y su actualización comportará -ha comportado ya- una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles".

¹² DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

sus fundamentos¹³.

ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS

Desde el 11 de agosto de 1980, fecha de su primera resolución jurisdiccional en forma de auto, y hasta el 31 de agosto de 2024, el Tribunal Constitucional ha dictado 28.170 resoluciones definitivas con contenido doctrinal: dos declaraciones sobre la conformidad con la Constitución de tratados internacionales (en 1992 y 2004), 18.730 autos y 9.438 sentencias, en las que abundan citas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴. Entre el 1 de enero del año 2000 y el 31 de agosto de 2024, 1.591 sentencias, declaraciones y autos dictados por el Tribunal Constitucional mencionan resoluciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; lo que representa un 12,30 por 100 del total de 12.933 resoluciones dictadas.

Tal porcentaje se eleva al 17,25 por 100, si contamos desde enero del 2020; contabilizado siempre por haber servido de argumento para la definición de la *ratio decidendi*. La inmensa mayoría de esas resoluciones ha recaído en procesos de amparo que versan sobre la tutela individual de los derechos fundamentales y libertades públicas.

¹³ “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁴ *Los Tribunales Constitucionales como actores del constitucionalismo europeo: el uso por el Tribunal Constitucional español de los precedentes horizontales* ponencia española en el encuentro cuatrilateral de tribunales constitucionales celebrada en Madrid del 26 al 28 de septiembre de 2024, presentada por la magistrada Inmaculada Montalbán, vicepresidenta de la institución.

El TJUE se cita en concreto en 345 resoluciones jurisdiccionales y en 70 junto al TEDH.

Son igualmente abundantes las citas de contenido constitucional de los órganos correspondientes de Francia, Italia, Portugal y Alemania.

EUROPA SIN CONSTITUCIÓN NI TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuando la Carta cobra eficacia vinculante y el Tribunal de Justicia de la Unión se convierte en su privilegiado intérprete, el Tribunal Constitucional español se convertirá en posible interlocutor, dentro de la apasionante experiencia calificada eufemísticamente como diálogo *de tribunales*¹⁵.

Aunque los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la conformidad de las normas nacionales con el derecho de la Unión sólo tienen carácter declarativo, se imponen a todos los órganos nacionales en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión, lo que puede conllevar la inaplicación de la norma nacional.

Se considera que es el propio derecho de la Unión el que garantizaría su primacía, a través de unos mecanismos previstos en los tratados, que no son otros que “el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales”¹⁶. Con ello hace suyo el planteamiento del Tribunal alemán en su sentencia *Solange II*, de 1986, en la que, tras reconocer que el nivel de protección de los

¹⁵ Saboreado alguno de sus primeros frutos, no dudé en calificarla de *Ajuste de tribunales* -Ponencia presentada a las Jornadas de Estudio de los Tribunales Constitucionales de Austria y España, Viena 10-11 noviembre 2016. Publicada en la revista "Dreptul" (Bucarest) 2017 (nº 3), págs. 158-165.

¹⁶ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3 .

derechos que garantiza el TJUE, cuando controla a las instituciones de la Unión es *equivalente* al nivel de protección al dispensado por el ordenamiento nacional, concluyó que en tanto tal nivel equivalente se mantuviera, el Tribunal Constitucional renunciaría a controlar el derecho adoptado por las instituciones europeas. Resulta ocioso indagar quién dictaminaría tal equivalencia.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán había establecido en la Sentencia *Lisboa*, de 2009, que “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” (apartado 331) pues el derecho de la Unión no puede en caso de conflicto “pretender preeminencia alguna con respecto a la identidad constitucional de los Estados miembros”¹⁷.

No deja de ser cierto que la determinación del significado de la identidad nacional constitucional sólo se alcanzará en cada caso a través de un proceso de diálogo entre los tribunales implicados, porque si cada Tribunal Constitucional actuase de guardián de su respectiva identidad constitucional nacional podríamos asistir a una fragmentación del anhelado *ius commune* europeo.

Posteriormente en el caso *Honeywell* (2010) limaba la aspereza de su pronunciamiento del año anterior, en el que no descartaba que en el futuro el derecho de la Unión, podría verse declarado inaplicable en Alemania¹⁸.

¹⁷ Que “queda protegida por el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa y que está constitucionalmente garantizada por el control de identidad del artículo 23.1 frase 3, en conexión con el artículo 79.3 LFB” (apartado 332).

¹⁸ Tanto su “control ultra vires como el control de la identidad pueden conducir” a ello.

UN PROBLEMÁTICO DIÁLOGO

La verdad es que nuestro Tribunal Constitucional no mostró un acuciante interés por disfrutar de tal presunto diálogo. Entendió, siguiendo -como en otros aspectos- al Tribunal Constitucional alemán, que se celebraría en el nivel de la legalidad y solo afectaría por tanto a la jurisdicción ordinaria. De ahí que, al no reconocerse como última instancia judicial, se considerara eximido de plantear cuestiones prejudiciales, cuando resultara dudoso si una norma española era o no concorde con el derecho de la Unión. Reconocía, por supuesto, la primacía de este sobre los ordenamientos internos, pero siempre en el ámbito de lo legal, sin incidencia en lo constitucional¹⁹.

El nonato Tratado de 2004 por el que se establece una Constitución para Europa recibió en España la positiva acogida de rigor y da pie a una nueva Declaración -la 1/2004, de 13 de diciembre- del Tribunal Constitucional. En ella se estima la no contradicción del contenido de la Carta de Derechos de la Unión Europea y su nivel de protección con la Constitución española²⁰. Resalta que la Carta se concibe “como una

¹⁹ “La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales”. “La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales” -STC 64/1991, F. 4, a); luego reiterado en la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11. Suscribí en su día tal planteamiento: *La aplicación del derecho comunitario como cuestión infraconstitucional en el ordenamiento jurídico español* “Revista de las Cortes Generales” 2009 (76), págs. 117- 133; versión en polaco en “Przegląd Legislacyjny”, 2010 (XVII, Nr. 1, 71), págs. 51-63.

²⁰ En efecto, el artículo 53 de la Carta establece su nivel de protección: “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

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”²¹.

LA CARTA EUROPEA DICE LO QUE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DICE QUE DICE

Confiando quizá en el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales ya comentado, el Tribunal se animó sin embargo a plantear una cuestión prejudicial²², esperando que -en el caso Melloni²³- se respetara la sobreprotección que su jurisprudencia exigía en relación a lo previsto por la Orden Europea de Detención y Entrega, cuya puesta en marcha España había apoyado decididamente, dada su repercusión en tema para ella tan prioritario como la lucha contra el terrorismo.

El diálogo acabó en ajuste, sin grandes dotes de diplomacia por parte del Tribunal de Luxemburgo²⁴, a la hora de descartar las tres cuestiones planteadas al respecto por el Tribunal español. Algo muy alejado de lo que, en 2003, se había soñado en el seno Tribunal Constitucional. “No se trataría tanto de supeditar el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia, cuanto de articularlos en un proceso de comunicación que,

el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”

²¹ DTC 1/2004, FJ 6. No en vano “la Constitución exige que el ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”.

²² En el ATC 86/2011, de 9 de junio.

²³ De sus vicisitudes y otros aspectos abordados a continuación nos hemos ocupado con, mayor detenimiento en *Diálogo de tribunales; perdonen las molestias*, “Nueva Revista” 2015 (156), págs. 123-135.

²⁴ En Sentencia de 26 de febrero de 2013

partiendo de la equiparación entre ambas instancias, operara con arreglo a la línea de tendencia antes aludida y resolviera las posibles antinomias desde la pauta de la preeminencia del Derecho de la Unión”²⁵.

En cualquier caso, el ciudadano Melloni había sido condenado en Italia *in absentia*, aunque defendido por abogado. La jurisprudencia del Constitucional español había exigido, en el marco del anterior régimen de extradición, que en dichos supuestos su concesión quedaría condicionada a una repetición del proceso en presencia del acusado²⁶.

El Tribunal de Justicia de la Unión centró sus respuestas en el carácter incondicionado de la primacía del derecho de la Unión, no solo sobre las legalidades internas sino también sobre las correspondientes jurisprudencias constitucionales²⁷. En resumen, allí donde la aplicación de la Carta no deja margen alguno de apreciación a los Estados miembros, consideraba irrelevante que estos dispensen una mayor protección constitucional al derecho concernido. La consecuencia quizá sea, como se ha apuntado, que se “impone la uniformización de

²⁵ Ponencia española en la V Conferencia Trilateral 27-28 de noviembre 2003 en Lisboa, pág. 19.

²⁶ El TJUE constata, en el epígrafe 55 de su resolución de 26 de febrero de 2013, que con “su tercera cuestión el Tribunal remitente pregunta en esencia si el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que permite que el Estado miembro de ejecución 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”.

²⁷ En el epígrafe 57 establece drástica y escuetamente que “no puede acogerse esa interpretación del artículo 53 de la Carta”; rematando en el siguiente que “dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscababa el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitía que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conforme con la Carta, si no respetan los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”.

los derechos para que no se vea afectado el principio de reconocimiento mutuo”²⁸.

LA PARADÓJICA SENTENCIA MELLONI (STC 26/2014)

La resolución generó una paradójica sentencia del Tribunal Constitucional español²⁹, que combinaba una resignada unanimidad con una variedad de votos particulares concurrentes expresivos del estado de ánimo de los magistrados; un tercio de ellos ajenos incluso -por razones cronológicas- al planteamiento de la cuestión. Parecía claro que las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales no habían sido respetadas por su intérprete oficial, que se erigía así en Tribunal Constitucional de una Unión Europea sin Constitución.

Hubo discrepancias, sin embargo, a la hora de anotar sugerencias. Desde quien optó por el realismo de aceptar los hechos sin esbozar disimulos³⁰ a quien sugirió que la resolución de Luxemburgo podría tener

²⁸ *La tutela multinivel de los derechos fundamentales* citada, nota 59.

²⁹ La STC 26/2014, de 13 de febrero, en cuyo FJ 2 asume que, al plantear la cuestión, se ha reconocido “como ‘órgano jurisdiccional’ en el sentido de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea”. A la vez recuerda que el TJUE aún no se ha pronunciado “acerca del contenido del art. 53 CDFUE 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”.

³⁰ La Magistrada Asúa, que da por hecho se ha comenzado un diálogo que “dará cuerpo progresivamente a un constitucionalismo europeo compartido”. Discrepa de la doctrina que el TC viene reiterando de 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”. Asume que “la DTC 1/2004 de este Tribunal, sobre la compatibilidad de la ratificación del Tratado Constitucional con la Constitución española,

cierta lógica aplicada a las relaciones con los Estados miembros de la Unión, pero no tenía mayor sentido extenderla -como hizo la sentencia- a todos los supuestos imaginables; en un aparente afán de no darse por enterada del revés encajado³¹. Así lo hice notar en mi voto particular³².

El episodio dejaba en entredicho la doctrina solemne establecida por el Tribunal Constitucional español según la cual, en estricto cumplimiento del artículo 10.2 CE, los tratados internacionales sobre derechos fundamentales eran privilegiados criterios interpretativos, pero solo a él

adujo para sustentar la compatibilidad de la Carta de derechos fundamentales con la Constitución española, entre otros argumentos, una interpretación del art. 53 de la Carta que ahora ha sido rechazada categóricamente por el Tribunal de Justicia” , al pretender que la “aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada - se reitera hasta tres veces con distintas formulaciones- al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución”, para luego “reinterpretar y ajustar a la baja el contenido absoluto del derecho fundamental afectado”. Considera en fin que tanto “el planteamiento de nuestras cuestiones prejudiciales como la contestación del Tribunal de Justicia coinciden en un punto: el reconocimiento de la jurisdicción exclusiva y excluyente del Tribunal de Justicia para proteger e interpretar los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión”.

³¹ La Magistrada Roca resalta cómo el apartado 59 de la STJUE de 26 de febrero de 2013 establece que “en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión”, “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”. Critica que el Constitucional no haya reconocido que en la sentencia ha “reconsiderado, legítimamente, su doctrina anterior”. Reconoce sin tapujos que “los Estados han cedido soberanía a la Unión Europea”, por la vía del artículo 93 CE, en el caso español. Añade que a “eurorden sustituye a la extradición en el marco de los países europeos, pero no en relación con países terceros, por lo que, al no compartir los mismos principios, no se mostraba necesario ni, incluso, conveniente establecer un único canon de protección del derecho a la defensa”. En realidad, “no se incluyen criterios o cánones constitucionales que deban regir en las extradiciones a países terceros”, con lo que se “deja sin solución el problema”. “En definitiva, el Tribunal Constitucional no asume su papel de Juez europeo”.

³² Incluido en *Votos particulares* Valencia, tirant lo blanch, 2022, págs. 99-101.

correspondía la última palabra sobre el particular. Quedaba establecido que el Tribunal Constitucional no es juez de la “comunitariedad” y que el derecho de la Unión no constituye canon de constitucionalidad para resolver recursos de amparo, sin perjuicio de que sus normas puedan llegar a tener el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el art. 10.2 CE³³. Las referencias en sus resoluciones a la Carta europea son frecuentes en esa etapa, pero más bien como refuerzo retórico de su argumentación o, en el mejor de los casos, con el valor interpretativo aludido.

La realidad es que, a la hora de enfrentarse a los casos concretos, han ido surgiendo en la jurisprudencia constitucional modulaciones del axioma clásico según el cual el Derecho de la Unión Europea no integra el canon de control de constitucionalidad español, lo que siembra dudas sobre la posibilidad de que haya de seguir manteniéndolo en lo que a la protección de derechos fundamentales se refiere.

Se partía de la idea de que solo cabría un “juicio incidental”³⁴ sobre la adecuación de una ley del Estado a la normativa comunitaria, al que -dado su carácter instrumental, casi siempre favorable a la ley impugnada- no puede atribuírsele más valor que el propio de la argumentación *ad abundantiam*, sin otro propósito que el de confirmar desde una perspectiva (la europea) en principio irrelevante, una corrección jurídica que sólo resulta del contraste con normas internas³⁵.

³³ STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.

³⁴ STC 173/2005, de 23 de junio.

³⁵ *Tribunales Constitucionales y jurisdicciones europeas*, ponencia española en la VII Conferencia Trilateral, Madrid 2-4 de noviembre 2005.

DOBLE CONTROL: CUESTIONES PREJUDICIALES Y DE INCONSTITUCIONALIDAD

Dando por hecho que no se aprecia un particular fervor en el Tribunal Constitucional español por plantear nuevas cuestiones prejudiciales, capaces de alimentar tan peculiar diálogo con el Tribunal de Justicia, los problemas surgían por una doble vía, ante la posibilidad de que el incumplimiento de los jueces ordinarios de sus deberes para con el Tribunal de Luxemburgo pudiera cobrar *especial trascendencia constitucional*, por afectar al artículo 24 CE, en el que se concentra la protección de las garantías procesales.

Por una parte, el juez ordinario se encuentra ante una paradójica tesitura cuando no solo tiene dudas de que la norma española a aplicar sea compatible con el Derecho de la Unión, lo que le obligaría en su caso a plantear una cuestión prejudicial a Luxemburgo; sino que duda igualmente de que dicha norma pueda considerarse constitucional, lo que le obligaría a plantear una cuestión de inconstitucionalidad en el ámbito interno. ¿Por qué orden debe proceder en tan fatigosa situación?

Por otra parte, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) por la Ley Orgánica 6/2007, había introducido ese nuevo requisito para la admisión de las demandas de amparo: que las mismas revistan *especial trascendencia constitucional*. ¿Debe reconocerse tal trascendencia a todos los casos en que la jurisdicción ordinaria no haya respetado la primacía del derecho de la Unión? El propio Tribunal³⁶ proporcionó una relación abierta de supuestos en los que se satisfaría este requisito. Incluía entre ellos los derivados de “un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se

³⁶ En la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.

refiere el art. 10.2 CE”.

La actitud del Tribunal Constitucional resuelve la incógnita obligando al juez ordinario a plantear primero la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para después, una vez resuelta, enviarle la cuestión de inconstitucionalidad. Eso no tanto porque considerara incómodo pronunciarse antes, con riesgo de que la respuesta de Luxemburgo pudiera resultar contradictoria, sino por el juego de los requisitos procesales previstos³⁷, que obligan al juez promotor de una cuestión de inconstitucionalidad a realizar un doble juicio de *aplicabilidad* de la norma y de *relevancia*, por depender de ella la solución del caso. Si el juez ordinario realizara un planteamiento simultáneo de ambas cuestiones, el juicio de relevancia deviene imposible ante la eventualidad de que el Tribunal de Justicia no considere la norma aplicable al caso, con lo que su solución dejaría de depender de ella. Por su parte, al Tribunal de Justicia lo único que le preocupa es que no se perjudique su competencia para monopolizar la interpretación del derecho de la Unión.

En consecuencia, puede que un juez ordinario constate -por ejemplo- diferencia de trato entre ciudadanos que han suscrito cláusulas abusivas, porque los que mantienen créditos litigiosos pueden ejercer el retracto al ejecutarse su deuda, mientras los meros consumidores no podrán hacerlo; quedan pues a merced de quienes, tras hacerse con su deuda a bajo precio, se las exigen en cuantía superior. El Tribunal Constitucional inadmitiría en dicho caso una cuestión de

³⁷ Artículos 163 CE y 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

inconstitucionalidad³⁸, al quedar pendiente el resultado del juicio de aplicabilidad y relevancia. Lo mismo ocurriría en el caso de un planteamiento sucesivo de las dos cuestiones, si se diera prioridad a la de inconstitucionalidad³⁹.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FLEXIBILIZA SU DOCTRINA

El Tribunal Constitucional no deja de reiterar que el derecho europeo no integra el canon de control de constitucionalidad, sin perjuicio del valor hermenéutico de sus normas sobre derechos, en particular la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por la vía del art. 10.2 CE.

Sin embargo, en 2017, se otorgará amparo por vulneración de los derechos a la libertad personal (art. 17.3 CE) y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), en un supuesto de *habeas corpus* en el que el funcionario instructor se negó a proporcionar al letrado del recurrente copia del atestado policial que hiciera posible la impugnación de la detención. El derecho de acceso al atestado venía reconocido por una Directiva no incorporada dentro de plazo al derecho interno español. Se precisa⁴⁰ que corresponde al Tribunal Constitucional velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión y se concluye que las Directivas que crean derechos mediante disposiciones “incondicionales

³⁸ En el ATC 168/2016, de octubre, cuya doctrina se reitera en los AATC 183/2016 y 185/2016, ambos de 15 de noviembre, que inadmiten otras dos cuestiones de inconstitucionalidad por la misma razón.

³⁹ Así ha ocurrido con la cuestión de inconstitucionalidad 4177/2016, inadmitida por ATC 202/2016, de 13 de diciembre, y con la cuestión 4178/2016, inadmitida por ATC 203/2016, de 13 de diciembre.

⁴⁰ En la STC 13/2017, de 30 de enero, FFJJ 6 y 7.

y suficientemente precisas” producen efectos vinculantes desde la fecha en que expire el plazo para su transposición.

No faltan tampoco recientes diagnósticos optimistas: “las citas de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales y órganos con jurisdicción equivalente ayudan a perfilar el contexto cultural en el que se adopta la decisión y contribuye, con toda la prudencia que merece esta afirmación, a la conformación de un *ius commune* constitucional europeo”⁴¹.

Ya tuvo solemne ocasión, hace más de veinte años, el Tribunal Constitucional de afirmar al respecto: “en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del derecho europeo fueran remediados por los ordinarios cauces previstos, 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 suscitara”⁴².

Es cierto que el artículo 50 del TUE deja claro, después de Lisboa, que “todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión” y se establece el procedimiento para ello. Ocasión -de discutida oportunidad- tuvo de decidir al respecto el Reino Unido, pero no parece alternativa deseable para un país tan poco euroescéptico como España.

⁴¹ En la ya citada ponencia *Los Tribunales Constitucionales como actores del constitucionalismo europeo*.

⁴² DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4. Recordada por la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3.