

DEL RECATO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DFUE Y DE LAS CUESTIONES Y PROBLEMAS ASOCIADOS A LA MISMA (A PROPÓSITO DE LA STC 26/2014, DE 13 DE FEBRERO)*

JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA

Catedrático acreditado de Derecho Constitucional
UPV/EHU

SANTIAGO RIPOL CARULLA

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universitat Pompeu Fabra

Revista Española de Derecho Europeo 50
Abril – Junio 2014
Págs. 105 - 149

SUMARIO: I. LA EUROORDEN EN LA DOCTRINA DEL TC. 1. *El progresivo alejamiento entre el DUE y la doctrina del TC*. 2. *El debate sobre la naturaleza de la euroorden*. II. EL DIÁLOGO TC/TJ SOBRE LA EUROORDEN. 1. *Preguntas (ATC 86/2011, de 9 de junio)*. 2. *Y respuestas (STJ, Melloni, C-399/11, de 26 de febrero)*. A. La Sentencia Melloni en el proceso de constitución del sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE. B. La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la Carta de Derechos Fundamentales. a. Presupuesto: los derechos fundamentales como expresión de la identidad de la UE. b. Ámbito de aplicación de la CDFUE y margen de apreciación de los Estados. C. La Sentencia Melloni. III. LA STC 26/2014, DE 13 DE FEBRERO. IV. LAS CUESTIONES Y LOS PROBLEMAS PENDIENTES. 1. *El problema sigue irresuelto*. A. La incorporación judicial de los DFUE. B. La posición del TC sobre la recepción judicial de los DFUE. 2. *El peligro que acecha: la postergación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través del «control de europeidad de las resoluciones jurisdiccionales»*. A. Surgimiento y consolidación de la doctrina del control de europeidad de las resoluciones jurisdiccionales de los órga-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del PI del MICINN dedicado al estudio de "La eficacia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: cuestiones avanzadas" (Ref. DER 2011-25795), así como del GIC IT675-13 y de la UFI 11/05 dedicados al estudio de la integración política y económica europea.

nos jurisdiccionales nacionales. B. El control de europeidad de las resoluciones jurisdiccionales de la jurisdicción constitucional. 3. *Aproximación crítica a algunas posibles soluciones*. A. Una posible solución «sencilla»: la aceptación de la incorporación nacional directa de los DFUE a través de la teoría de las «situaciones Melloni y Akerberg». El nada desdeñable margen de juego de la «situación Akerberg». a. La situación Melloni. b. La situación Akerberg. B. Una posible solución «compleja»: El Tribunal Constitucional como juez garante de los DFUE. C. El papel del Tribunal Constitucional como Tribunal garante de los derechos fundamentales nacionales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión y de los DFUE.

RESUMEN: La STC 26/2014 había de suponer la continuación del diálogo TC / TJ que el primero inició a propósito de la regulación de la OEDE (Euroorden) y, más en concreto, acerca de qué código de derechos fundamentales (CDFUE o CE) aplicar en los casos en los que los tribunales españoles deben actuar como tribunales comunitarios y aplicar el Derecho de la Unión. La Sentencia del TC asume el contenido de la resolución del Tribunal de Luxemburgo aunque no lo hace, sin embargo, a partir de la doctrina de éste sobre la incorporación nacional directa de los DFUE que establece el Derecho de la Unión Europea. Este trabajo analiza a fondo la posición del Tribunal Constitucional sobre la materia, señalando las cuestiones y los problemas que deja pendientes la misma.

PALABRAS CLAVE: Euroorden; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); Tribunal Constitucional (TC) y Derecho de la Unión Europea; STJ Melloni; art. 93 CE; Incorporación judicial de la CDFUE; Control de europeidad de las resoluciones jurisdiccionales; DTC 1/2004 (límites materiales a la integración).

Fecha recepción original: 10 abril 2014

Fecha aceptación: 28 abril 2014

ABSTRACT: The judgment 26/2014 of the Spanish Constitutional Court might be a continuation of the dialogue between the Constitutional Court and the European Court of Justice which the former began in relation to the regulation of the European order warrant and, more specifically, regarding which bill of rights (the European Charter of Fundamental Rights or the Spanish Constitution) should be applied by the Spanish courts when they have to act as European Courts and apply the Law of the European Union. The Constitutional Court judgement assumes the ruling of the European Court of Justice although not as of the ECJ's doctrine regarding the direct national incorporation of the European Union Fundamental Rights established by the European Union. This work analyzes in depth the Constitutional Court position on this matter, pointing out the questions and issues that have been left unanswered.

KEYWORDS: European arrest warrant; European Union Charter of Fundamental Rights (EUCFR); Constitutional Court (CC) and EU Law; ECJJ Melloni; art. 93 SC; EUCFR judicial incorporation; Review of the compatibility with European Law of national judicial decisions; CCD 1/2004 (material limits to integration).

I. LA EUROORDEN EN LA DOCTRINA DEL TC

1. EL PROGRESIVO ALEJAMIENTO ENTRE EL DUE Y LA DOCTRINA DEL TC

Mediante el ATC 86/2011, de 9 de junio, el Tribunal Constitucional planteó su primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo hizo en el marco de un procedimiento de amparo formulado por un recurrente que, habiendo sido juzgado en rebeldía en Italia, fue entregado (en el

marco de un procedimiento de Orden Europea de Detención y Entrega, OEDE) a las autoridades judiciales italianas sin que los tribunales españoles hubieran condicionado la entrega a la celebración de un nuevo juicio en Italia.

El recurrente, S. Melloni, consideró que esta situación implicaba «una vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el mencionado art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de una manera que afecta a la dignidad humana pues acceder a la extradición a países que, en caso 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, constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías» (con cita de las SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio).

Esta posición encontraba fundamento en la doctrina de la vulneración indirecta de los derechos que el TC había desarrollado y aplicado al ámbito del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.1 CE, tanto en los procedimientos de extradición, como al régimen de la euroorden (fundamentalmente, SSTC 30/2006 y 199/2009). De acuerdo con esta doctrina,

«cuando los poderes públicos nacionales (entre ellos, la jurisdicción) reconocen, homologan o dan validez a una resolución judicial 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. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra* es más reducido. Así, 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)» (STC 26/2014, FJ 2).

Como hemos tenido ocasión de señalar en trabajos anteriores¹, tal posición queda, en nuestra opinión, muy alejada de la homogeneidad pretendida por la

1. *Continuismo y ¿novedad? en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea*, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IEDIR núm. 12, 2012 (32 páginas); «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante la tutela de los derechos fundamentales», Von BOGDANDY et al. (Coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 193-236; «La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11», *Revista de Derecho Europeo (REDE)*, núm. 46, abril-junio 2013, pp. 151-198.

OEDE y del principio de confianza mutua que la inspira. Del mismo modo, esta postura desatiende no sólo el quehacer de las instituciones de la UE en la materia sino también los medios que el Derecho de la UE ha creado para que no se produzca el alejamiento entre la práctica de los Estados y de los tribunales nacionales, por una parte, y los textos normativos, por otra. Ha de recordarse en este sentido que la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 fue modificada en 2009 por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, que introdujo un nuevo art. 4 bis que incidía directamente sobre la cuestión objeto de la Sentencia 199/2009 y que el TJ, por su parte, aprobó diversas Sentencias en procedimientos prejudiciales sobre la euroorden o sobre el alcance de las Decisiones Marco. Sin embargo, lo cierto es que hasta 2011, el TC no ha empleado ninguno de estos instrumentos como *ratio decidendi* de sus Sentencias cuando ciertamente ya le eran conocidos, hasta el punto de referirse a ellos expresamente².

Esta postura fue puesta en entredicho por el Magistrado J. Rodríguez-Zapata Pérez en su Voto Particular a la STC 199/2009 en el que, entre otros extremos, se refiere a la «procedencia del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco del Derecho nacional» establecida por la STJCE *María Pupino* (C-105/2003, de 16 de junio de 2005). En este mismo sentido en un Voto Particular a la misma Sentencia el Magistrado P. Pérez Tremps indicó que «si el Tribunal Constitucional entiende, como ha hecho, que la condena en ausencia supone siempre una lesión del "contenido absoluto" de las garantías procesales y, por tanto, imposibilita la entrega, debiera haberlo planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial de validez para que éste apreciara que la Decisión Marco vulnera el correspondiente derecho fundamental».

El TC, en una palabra, no recurrió a los medios que el Derecho de la Unión Europea pone a su alcance para proceder a una interpretación de la OEDE que tome en consideración la naturaleza de la institución y los principios que la inspiran. En su lugar retoma la teoría de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales. Pero esta teoría no resulta de aplicación en la Unión Europea, donde, en palabras del Magistrado P. Pérez Tremps, «un Estado, en principio, no puede imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal». Mucho menos –cabría añadir– puede imponerse este parámetro por una autoridad judicial a otra.

Estas consideraciones trascienden el examen de la actuación del Tribunal Constitucional respecto de la OEDE y plantean la cuestión de la naturaleza de esta institución; cuestión que, como hemos indicado asimismo en trabajos

2. La STC 199/2009 se hace eco de la Decisión Marco 2009/299/JAI para, acto seguido, indicar que no puede tomarla en cuenta porque está pendiente de incorporación al Derecho interno y porque su enjuiciamiento se refiere a una orden europea de detención y entrega expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial.

anteriores, ha acompañado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la euroorden desde su primera resolución.

2. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LA EUROORDEN

Así, el ATC 320/2004, de 17 de julio, acordó con carácter provisional suspender la ejecución del Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el que se accedía a la entrega del recurrente a Francia en virtud de una orden europea de detención y entrega. Esta suspensión fue confirmada por el ATC 388/2004, de 18 de octubre. Como fundamento de ambas decisiones la Sala Primera del Tribunal recoge su doctrina sobre la suspensión en los casos de extradición pasiva y decide aplicarla a un supuesto de euroorden, porque, «al igual que la extradición pasiva, la efectividad implicaría la inmediata entrega del recurrente a las autoridades del Estado emisor para su enjuiciamiento, con la consiguiente dificultad de que una eventual Sentencia estimatoria del amparo pudiera surtir efectos en dicho país» (FJ 3).

Estos dos primeros Autos estuvieron acompañados de sendos Votos Particulares del Magistrado J. Rodríguez-Zapata Pérez, quien llamó la atención sobre la distinta naturaleza de la euroorden, que «no sólo supera sino que sustituye los procedimientos clásicos de extradición», que representa «un auténtico cambio de siglo en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea», que se basa en el reconocimiento cuasiautomático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que, en definitiva, han experimentado y compartido ya experiencia, en el primer pilar o pilar comunitario, en la aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos y libertades públicas que garantiza, entre otros instrumentos, el TEDH». Es por ello que afirmará «la incompatibilidad que, por principio, ostenta el mecanismo que ha implantado en la Unión Europea la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 con medidas procesales cautelares como las que se ha adoptado en el Auto del que discrepo».

En consecuencia, la necesidad de una reflexión sobre la naturaleza y la filosofía, sobre los principios y las características de la OEDE ha estado presente en las deliberaciones del Tribunal Constitucional (mejor dicho, del Pleno y de su Sala Primera) sobre la OEDE desde la primera resolución del TC hasta la más reciente. Que tal reflexión no se haya llevado a cabo con la intensidad debida puede obedecer a diversos factores, muy principalmente los parámetros de enjuiciamiento de los que parte el Tribunal Constitucional al examinar la OEDE. Pero en ningún caso a que no se haya alertado sobre su necesidad y conveniencia.

II. EL DIÁLOGO TC/TJ SOBRE LA EUROORDEN

1. PREGUNTAS (ATC 86/2011, DE 9 DE JUNIO)

Enfrentado de nuevo a estas cuestiones en el asunto *Melloni* y advirtiendo

una eventual colisión entre, por una parte, el nivel de protección del derecho a un proceso con garantías otorgada por las normas del DUE (Decisión Marco y CDFUE), y el estándar más elevado de protección de tal derecho que se deriva de su doctrina, el TC opta por plantear al TJUE tres cuestiones prejudiciales:

En la primera solicita una interpretación del art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, según el cual no se puede «denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución» si, «teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio». A pesar de que una interpretación de este artículo conduciría a concluir que efectivamente el artículo en cuestión impide denegar la ejecución de la entrega, el TC formula dos dudas: 1) quizás el artículo impide la denegación de la ejecución de la entrega, pero no su condicionamiento; 2) en tal caso, el condicionamiento de la entrega podría entenderse como una excepción al régimen general de la decisión marco.

La segunda cuestión pide del TJ que considere la validez del art. 4.bis, apartado 1 DM a la luz de las disposiciones de la CDFUE: ¿concede la configuración del derecho de defensa recogido en la CDFUE un contenido más extenso (derecho a estar presente y a participar en la vista penal) que el reconocido por el TEDH (art. 6 CEDH)?

La última guarda relación con la interpretación art. 53 CDFUE: ¿cabe interpretar que este artículo de un modo que concilie el contenido del derecho de defensa con el mayor nivel de protección que otorga el Estado miembro? Este artículo no ha sido interpretado hasta la fecha por el TJUE.

El TC razona sobre la conveniencia de dirigirse al TJUE en los siguientes términos: «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)].

Así las cosas, y al margen del asunto en concreto, la decisión del TC de plantear una cuestión prejudicial supone un cambio de actitud respecto de la práctica del Tribunal de no hacer uso de los medios que el DUE pone a disposición de los jueces nacionales para interpretar y aplicar correctamente el Derecho comunitario. Además, el ATC 86/2011, dado el interés que para el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales presentan las preguntas que formula –especialmente la tercera–, supone en sí mismo una importante contri-

bución del TC al sistema comunitario de garantía de los derechos fundamentales y refuerza su posición en el diálogo judicial sobre el que se estructura el sistema judicial del DUE.

2. Y RESPUESTAS (STJ, MELLONI, C-399/11, DE 26 DE FEBRERO)

A. *La Sentencia Melloni en el proceso de constitución del sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE*

La STJUE de 26 de febrero de 2013 da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TC español. Conviene considerar esta Sentencia desde una perspectiva algo más amplia; perspectiva desde la que obtiene un mayor valor.

Sin duda, la importancia de la Sentencia *Melloni* obedece al interés de las cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional, pues, entre otras cosas, ofrece al TJUE la oportunidad de reflexionar por vez primera sobre el artículo 53 CDFUE. Por lo demás, junto a otros pronunciamientos, inaugura una nueva etapa jurisprudencial en el proceso de constitución del sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE, la consolidación de la Carta.

El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa, que dio una nueva redacción al art. 6 TUE e introdujo, entre otros extremos³, un nuevo párrafo 1 al art. 6 TUE, en virtud del cual, aunque no formará parte del texto del Tratado –como preveía el Proyecto de Tratado Constitucional–, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasará a tener carácter vinculante, «el mismo valor jurídico que los Tratados»⁴. El 12 de diciembre de 2007, en Estrasburgo, se proclamó solemnemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO núm. C 303, de 14 de diciembre de 2007) que

3. En segundo lugar, modificó el apartado segundo del artículo 6, estableciendo que se procederá a la adhesión al CEDH –en correspondencia con lo establecido por el Protocolo núm. 14 al CEDH, que prevé tal adhesión–, lo que resultará posible gracias a la introducción en el Tratado de la competencia para hacerlo –y, de este modo, quedará establecida «una tutela externa de los derechos fundamentales en la Unión»–. De esta forma, el artículo 6 TUE resultante del Tratado de Lisboa (2007) aúna las dos vías intentadas para completar el sistema de protección pretoriana de los derechos fundamentales. Finalmente, en su apartado tercero afirmó que «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

4. «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

desde el 1 de diciembre de 2009, resulta obligatoria. Es a partir de esta fecha que se abre una nueva etapa en el devenir histórico del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales; etapa a la que nos referimos, utilizando una expresión del Abogado General P. Cruz Villalón⁵, como la de consolidación de la Carta⁶.

Por otra parte, la cuestión prejudicial fue desde el primer momento (Sentencia *Stauder*) un elemento esencial en el proceso de creación y constitución del sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE –el cambio del TJ de una posición de inhibición a una postura proteccionista ha de apuntarse en el haber de la cuestión prejudicial– también lo está siendo en la fase de consolidación de la CDFUE. Porque es lo cierto que a partir de las cuestiones que le han planteado los tribunales internos, el TJ ha dibujado ya los trazos de su doctrina sobre la Carta.

B. *La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la Carta de Derechos Fundamentales*

Quizás sea pronto todavía para valorar si éstos serán los perfiles definitivos de tal doctrina pues, por ejemplo, el TJ no conoce aún la respuesta de aceptación / contestación de los tribunales nacionales. Tampoco es claro que no se

5. Conclusiones del Abogado General presentadas el 18 de julio de 2013 en el asunto C-176/12, *Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*.

6. Como ocurriera en las fases anteriores, los retos no son menores. En primer lugar, porque persiste la dificultad que se deriva del sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Las bases jurídicas de los Tratados siguen en este punto, como ha señalado J. Díez-Hochleitner, «un método denominado funcionalista, que se traduce en la definición de objetivos», que dibujan un sistema competencial abierto y dinámico, que no permite determinar a priori y en abstracto cuándo es posible la intervención de la Unión. La desconfianza hacia el sistema que se deriva de esta indefinición ha encontrado clara expresión en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa [J. DIEZ-HOCHLEITNER, «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal constitucional*, Madrid: Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 57-108, en particular, pág. 70. Con cita al párrafo 241 de la Sentencia *Lisboa*].

En segundo lugar, porque persiste igualmente la dificultad que se deriva de la progresiva ampliación del ámbito competencial de la Unión, que alcanza a cuestiones directamente relacionadas con el núcleo duro de la soberanía de los Estados: la regulación del estatuto de los extranjeros y las condiciones de entrada y salida de los mismos de los territorios de los Estados miembros, ó diversos aspectos relacionados con el *ius puniendi* del Estado. Y, en tercer lugar, porque estas materias afectan directamente a los derechos fundamentales de los particulares que están garantizados por dos textos constitucionales o básicos de los dos ordenamientos en los que se desenvuelve la actividad del juez nacional que actúa como juez comunitario. Éste podrá apreciar incompatibilidades entre la normativa comunitaria que está llamado a aplicar, por una parte, y los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE, por otra. Pero también podría apreciar incompatibilidades entre la normativa comunitaria y los derechos fundamentales recogidos en la Constitución del que es nacional.

planteen supuestos diferentes a los que hasta el momento le han sido formulados. Ello no obstante, durante los últimos doce meses (febrero de 2013 a enero de 2014) el TJ ha considerado cuatro casos en los que los jueces internos plantean problemas relativos a las relaciones entre los derechos fundamentales de la UE y los contenidos en sus constituciones nacionales que se suscitan a partir de la aplicación de: una directiva de desarrollo de una determinada disposición de la CDFUE (asto. *Association de médiation sociale*⁷); una directiva y una decisión marco adoptadas en el ejercicio de la actividad legislativa de la UE en el marco de sus competencias (astos. *M. G. y N. R.*⁸ y *Melloni*⁹ respectivamente); e incluso en un supuesto en el que no hay una aplicación directa de normativa comunitaria alguna (asto. *Akerberg*¹⁰).

a. Presupuesto: los derechos fundamentales como expresión de la identidad de la UE

A partir de la consideración de estas cuatro sentencias (tres de ellas dictadas por la Gran Sala) se procede a exponer la referida doctrina, que parte de un presupuesto común a todos los órdenes constitucionales: los derechos fundamentales, también en la UE, además de un límite al poder, son una forma de expresión de la identidad política¹¹. De este modo, la definición y protección de los derechos fundamentales resulta ser un argumento para preservar la identidad del ordenamiento jurídico en el que opera el juez. Creo que de esta forma ha de entenderse la afirmación contenida en la Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004:

«Esa interpretación (una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional –art. 93 CE– comporta) debe partir del reconocimiento de que 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

7. Sentencia (Gran Sala) *Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros*, asto. C-176/12, 15 de enero de 2014.
8. Sentencia (Sala Segunda) *M. G. y N. R. contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asto. C-383/13, de 10 de septiembre de 2013.
9. Sentencia (Gran Sala) *Melloni*, asto. C-399/11, de 26 de febrero de 2013.
10. Sentencia (Gran Sala) *Akerberg Fransson*, C-617/10, de 26 de febrero de 2013.
11. Ver BIGLINO CAMPOS, P., «Los espejismos de la tabla de derechos», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid: CEPC, 2006, pp. 39.61, en particular, pág. 56 y ss. Esta afirmación puede argumentarse así: Desde los orígenes del liberalismo, la existencia de una declaración de derechos, completa y sistemática, es inherente a la noción de Constitución. Desde esta concepción, que inspira la redacción de la Constitución norteamericana y que está también presente en los primeros años de la Revolución francesa, se entiende que el poder político nace de la voluntad de los individuos y tiene, como principal finalidad, garantizar los derechos de estos últimos.

con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello 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), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis» (FJ 3).

Pero este es también el presupuesto sobre el que se asienta la doctrina sobre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que, según se ha dicho, está dibujando el TJUE.

A diferencia de otros textos internacionales de protección de los derechos humanos, la Carta no va dirigida a los Estados miembros, imponiéndoles, como resulta propio de los tratados de derechos humanos, la obligación de incorporar en su ordenamiento jurídico los derechos y libertades incluidos en el articulado del tratado, así como la obligación de incorporar un recurso para que, en caso de vulneración de los derechos, éstos puedan verlos reparados y obtener satisfacción de parte de las autoridades nacionales. Desde este punto de vista, se trata de un texto normativo de una Organización internacional de integración, perteneciente a un ordenamiento jurídico autónomo, el Derecho de la Unión europea. El objetivo de la Carta es exigir a las «instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, que respeten los derechos, observen los principios [recogidos en la Carta] y promuevan su aplicación» (art. 51.1 CDFUE).

La consecuencia es inmediata y ha sido claramente expuesta por el Abogado General Y. Bot en sus Conclusiones en el asunto *Melloni*:

107. Se trata en este caso de recordar un principio que desde largo tiempo ha guiado la interpretación de los derechos fundamentales en la Unión, a saber, que la salvaguardia de éstos dentro de la Unión debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de ésta. No es irrelevante al respecto que el preámbulo de la Carta mencione los objetivos principales de la Unión, entre los que está la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.
108. Por tanto, no es posible razonar únicamente en términos de nivel de protección más o menos alto de los derechos fundamentales, sin tener en cuenta los imperativos ligados a la acción de la Unión y la especificidad del Derecho de la Unión.
109. Los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir reflejan las elecciones de una sociedad determinada sobre el justo equilibrio por alcanzar entre los

intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen. Esa determinación está estrechamente ligada a valoraciones propias del ordenamiento jurídico de que se trata, en especial en función del contexto social, cultural e histórico de éste, y no es por tanto automáticamente transferible a otros contextos. [Sentencia de 28 de junio de 2012, *West* (C-192/12 PPU, Rec. p. I-0000), apartado 53 y la jurisprudencia citada].

En otras palabras, de la misma forma que existen diferencias entre los sistemas de protección de derechos fundamentales nacionales –cada uno ligado a valoraciones propias relativas al contexto social, cultural e histórico del ordenamiento jurídico que los reconoce– y que no es fácil transferir automáticamente los derechos de un contexto a otro, del mismo modo el sistema de derechos fundamentales de la UE tiene determinadas especificidades que responden a singularidades del DUE sin que resulte posible transferir hacia el DUE los derechos reconocidos en los ordenamientos estatales. No se refiere a otra cosa el TJ cuando afirma que «no se debe perjudicar el efecto útil de la Directiva 2008/15» (*M.G. y N.R.*), «vaciar de su sustancia la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión o de una disposición de este mismo ordenamiento» (*Association de médiation sociale*, párrafo 27), atentar contra «los principios de confianza y reconocimiento mutuos y la eficacia de la Decisión Marco» (*Melloni*, párrafo 63) y cuando recuerda la obligación del juez nacional de garantizar la plena eficacia de las normas del Derecho de la Unión (*Akerberg Fransson*, párrafos 46 y 47). Como señaló el Tribunal en su Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, los derechos y principios fundamentales reconocidos por la Comunidad sólo pueden respetarse, observarse y promoverse en el marco y la estructura de la Unión (apartado 4).

b. Ámbito de aplicación de la CDFUE y margen de apreciación de los Estados

Lo anterior conduce a determinar cuál es el ámbito de aplicación de la Carta de Derechos fundamentales. El art. 51.1 regula esta cuestión, distinguiendo entre el ámbito de aplicación personal y material. Así las instituciones, órganos y organismos de la Unión tienen la obligación de respetar los derechos recogidos en la Carta en todas sus acciones. Los Estados miembros (que son los otros destinatarios de la Carta), «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». La Sentencia *Akerberg Fransson*, a partir de una reiterada jurisprudencia del Tribunal confirmada por las explicaciones relativas al art. 51 de la Carta, define el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión: «deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas» (párrafo 19). De lo anterior extrae dos consecuencias:

21. [En consecuencia,] puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el

que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta» (párrafo 21);

22. cuando, por el contrario, una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia (párrafo 22)¹².

El criterio que emplea el TJ para determinar si una situación jurídica concreta está o no comprendida en el ámbito de aplicación del DUE y, por lo tanto, si la Carta es aplicable en el asunto principal, es la naturaleza comunitaria de la normativa discutida en el litigio principal. Esta circunstancia se cumple cuando el litigio principal trate de la aplicación directa de los tratados, de legislación de la Unión (*M.G. y N.R.*, párrafo 29) o de normativa interna de aplicación de una directiva o decisión marco (*Association de médiation sociale*, párrafo 43), haya sido ésta aprobada efectivamente (*Melloni*, párrafos 36 a 38), o no (*Akerberg Fransson*, párrafos 24 a 28).

Ahora bien, es posible que la normativa comunitaria discutida en el litigio principal no determine totalmente la acción de los Estados miembros, esto es, que éstos gocen de un cierto margen de apreciación a la hora de aplicar la norma comunitaria o de adoptar la normativa de desarrollo correspondiente. De en las cuatro sentencias objeto de examen, el Tribunal consideró que la normativa comunitaria ofrecía el referido margen de apreciación al Estado miembros en un único supuesto: *Akerberg Fransson*. En tal caso –señala el Tribunal, con cita de la Sentencia *Melloni* (apartado 60)–, «las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales». Ahora bien, el reconocimiento de este margen de apreciación a los Estados miembros no implica que nos hallemos fuera del ámbito de aplicación del DUE, y, por tanto, de la Carta. De lo que el Tribunal hace derivar una doble consecuencia:

- la aplicación de los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no puede afectar 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» (*Akerberg Fransson* párrafo 29);
- por eso, «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deban interpre-

12. Y añade: «Esta apreciación se corresponde con la que subyace al artículo 6 TUE, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Del mismo modo, con arreglo al artículo 51, apartado 2, de la Carta, ésta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, no crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, y no modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados (véase la sentencia *Dereci y otros*, antes citada, apartado 71)» (párrafo 23).

tar las disposiciones de la Carta, tienen la posibilidad y, en su caso, la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE» (*Akerberg Fransson* apartado 30).

Por el contrario, el TJ establece que la normativa de la UE no deja margen de apreciación alguno a los Estados miembros en los casos *Association de médiation sociale* (apartados 33-35, concluyendo que la norma en cuestión reúne incluso las condiciones para producir efecto directo) y *Melloni* (apartados 39 a 43, en los que realiza un estudio del texto, la estructura y la finalidad del artículo objeto de la cuestión). En *M.G. y N.R.*, la situación es técnicamente distinta ya que la Directiva 2008/115 no regula en absoluto el derecho de los nacionales de terceros países a ser oídos cuando la Administración de un Estado miembro decide sobre su expulsión, ni las consecuencias que han de derivarse de la vulneración de ese derecho. Ambos extremos quedan en manos del Estado miembro, que goza en este punto de «autonomía procedimental» (apartado 37) mediante la que se da «prioridad a fines propios del sistema penal nacional frente a una política de retorno eficaz»¹³. Con todo, tal «autonomía procedimental» no implica que estas cuestiones queden al margen del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, por lo que la aplicación por las autoridades y tribunales nacionales resulta posible aunque sujeta, como en el caso anterior, a que tal aplicación no afecte al nivel de protección de los derechos fundamentales establecido por la UE ni a la primacía, unidad y efectividad del DUE.

C. *La Sentencia Melloni*

A partir de este planteamiento general, la Sentencia *Melloni* da respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas por el TC.

De entrada, el TJUE consideró que la adopción de la OEDE se enmarca dentro de las competencias de la UE (Espacio de libertad, seguridad y justicia: cooperación judicial en materia penal: art. 83 TFUE) y se halla dentro del ámbito de aplicación de la CDFUE (art. 51).

Posteriormente, previo análisis del art. 4 bis de la Decisión Marco a la luz de los principios e instrumentos de protección de derechos fundamentales que guían su acción a este respecto, el TJ concluyó que dicho artículo respeta los derechos a la tutela judicial y los derechos de defensa de los particulares que contemplan los arts. 47 y 48.2 CDFU, respectivamente.

El análisis de la norma aplicable llevó al TJ a considerar que ésta no concedía margen de apreciación al Estado, por lo que dedujo que no corresponde la aplicación de los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, aunque ello suponga reducir el nivel de protección de los derechos fundamentales de los particulares [FJ 7, puntos b y c)].

13. GONZÁLEZ SAQUERO, P., *La Directiva «retorno» y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros (Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11)*, WP IDEIR nº 6 (2011).

Si se examinan las cuatro sentencias estudiadas desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales el resultado puede ser decepcionante¹⁴: sólo en la Sentencia *Association de médiation sociale*, el TJ ampara el derecho fundamental objeto de controversia (derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa: art. 27 CDFUE). En los otros casos, bien sea en razón del margen de apreciación que las normas comunitarias conceden al Estado (*Akerberg Fransson*) o de la autonomía procedimental propia del Estado (*M.G.* y *N.R.*), el TJ ha señalado que no hay vulneración de los derechos fundamentales recogidos en la Carta (derechos a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción: art. 50 CDFUE; derecho a la tutela judicial efectiva: art. 47 CDFUE). En la Sentencia *Melloni*, por último, el TJ optó por aplicar el estándar de protección del derecho (derecho a la tutela judicial efectiva: art. 47 CDFUE) menos favorable para el particular al entender que la norma de aplicación no otorgaba margen de apreciación alguno a las autoridades nacionales.

No es éste obviamente el análisis que procede realizar al analizar las resoluciones judiciales sobre derechos fundamentales. Éstos, de entrada, no se reconocen como derechos absolutos por lo que, en buena medida, la actividad judicial presenta en estos casos un componente de ponderación y una tarea relacional muy importante, que en el caso del TJ resulta especialmente compleja, pues como parámetro de enjuiciamiento ha de utilizar el nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, así como la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. Estos últimos elementos han sido criterio esencial de su decisión. Como ya se ha dicho, los derechos y principios fundamentales reconocidos por la UE sólo pueden respetarse, observarse y promoverse en el marco y la estructura de la Unión. Desde esta perspectiva, esta jurisprudencia, en cualquier caso, presenta coherencia, la propia de la doctrina del TJ sobre la CDFUE. Aunque en la Sentencia *Melloni* ciertamente, el TJ no se esfuerza en hacerla explícita.

He aquí el principal reproche que desde la doctrina española se ha hecho a la Sentencia *Melloni*¹⁵. La respuesta es, según mi parecer, parca, mas no por ello inmotivada ni carente de claridad. Más bien, como ha afirmado I. Torres Muro, es una respuesta contundente¹⁶. Ello no obstante, en la fase actual de

14. Ver, ALONSO GARCÍA R., *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales. Discurso leído el día 24 de febrero de 2014 en su recepción como Académico de Número*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2014, p. 46, en la que se refiere asimismo a la STJUE (Sala Cuarta) *Texdata Software*, C-148/11, de 26 de septiembre de 2013, concluyendo que «la construcción a la baja del estándar europeo de protección en presencia de margen de apreciación de los Estados miembros» es, más que «una deficiente y aislada sentencia», toda una tendencia.
15. Díez-Hochleitner, J., «El derecho... *op.cit.*», pp. 104-105. También, Martínez Rodríguez, P., «Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013.
16. Torres Muro, I., «La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 343-370.

consolidación de la doctrina sobre la CDFUE y en relación con los casos relevantes en los que se plantee una situación novedosa sería bueno que el Tribunal procediera a una mayor exposición de sus tesis a efectos precisamente de asegurar su entendimiento por los tribunales nacionales. El TJ ha de entender que su interlocutor no son sólo los jueces ordinarios que actúan como juez comunitario sino también los altos tribunales de los Estados miembros, intérpretes de un cuerpo de derechos fundamentales que, al igual que la CDFUE respecto del Derecho de la Unión Europea, configuran una determinada forma de expresión de la identidad política del Estado al que pertenecen.

Conviene, en este sentido, recordar una reflexión realizada por J. Weiler en 2002. Tras afirmar que las relaciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia se habían visto erosionadas en los últimos años, sostuvo la necesidad de recuperar el clima de confianza, ya que «el Tribunal de Justicia puede alegar todo lo que quiera, por así decirlo, la supremacía del Derecho comunitario o el principio *Francovich* de responsabilidad de los Estados miembros. Estas doctrinas únicamente son efectivas cuando han sido aceptadas y practicadas por los tribunales nacionales». Y a renglón seguido añade: «no debería sorprendernos que exista un problema de credibilidad, aunque esto no suela comentarse más que en círculos muy reducidos y de confianza (...). Cuando el Derecho europeo y el Tribunal europeo exigen la subordinación al Derecho europeo de, incluso, los principios constitucionales más importantes de un Estado miembro, como por ejemplo, la protección de los derechos humanos fundamentales, es de vital importancia que una decisión tal emane de un tribunal que sea capaz y que parezca capaz de aglutinar las sensibilidades constitucionales del Estado miembro en cuestión y de comunicar esa comprensión a sus homólogos nacionales (...). Creo que el Tribunal debería abandonar el estilo críptico y cartesiano que sigue caracterizando a muchas de sus resoluciones y adoptar el estilo más discursivo, analítico y conversacional que se asocia más con el mundo del *common law*»¹⁷.

En la fase de consolidación de la CDFUE bien vale exigir del TJ una mayor carga discursiva en sus sentencias¹⁸. Así sea en beneficio de que la Carta se consolide no sólo como un «acto creativo» sino también como «un texto que responde»¹⁹.

17. WEILER, J., «La arquitectura judicial después de Niza», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (Dirs.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 475-476 y 480-481.
18. Así, por ejemplo, no hubiera estado de más que la Sentencia *Melloni* explicara con mayor detalle que el nivel de protección del derecho a la defensa tal y como es definido por el DUE es equivalente al ofrecido por el TEDH, una explicación que sí se encuentra en las Conclusiones del Abogado General. O, en otro orden de cosas, también sería bueno que hasta que el TJ no haya dibujado con claridad su doctrina sobre la CDFUE, sus sentencias sobre el tema continúen siendo adoptadas por el Pleno.
19. Son términos empleados por G. ZAGREBELSKY para referirse al cambio de entendimiento sobre la Constitución: ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*, Madrid: Trotta, 2005, pág. 70.

III. LA STC 26/2014, DE 13 DE FEBRERO

La STC 26/2014, de 13 de febrero, resuelve el recurso de amparo que el Sr. Melloni interpuso en su día ante el TC. Es una sentencia breve, que consta de cuatro fundamentos jurídicos. El primero, de carácter introductorio, resume los antecedentes de hecho y las alegaciones del demandante y del Ministerio Fiscal. El segundo fundamento jurídico reconoce la condición del TC como órgano jurisdiccional a los efectos de plantear cuestión prejudicial al TJ. Y, tras recordar las preguntas que formuló en su Auto 86/2011, reconoce que la respuesta del TJ «nos será de gran utilidad a la hora de determinar aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que despliega eficacia *ad extra*».

El FJ 3 de la Sentencia recoge la doctrina del TC respecto del artículo 93 CE. Esta doctrina está recogida en la Declaración 1/2004, que, entre otros extremos, señaló que la cesión constitucional de competencias a la UE tiene ciertos límites materiales, cuya preservación el TC se reserva para sí en última instancia.

A continuación, se inicia el FJ más extenso. En el mismo, el TC comienza por recordar su doctrina sobre las vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales y su aplicación concreta al ámbito del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Para ello recurre a su Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, relativa a un supuesto de extradición de un ciudadano italiano a Italia. Esta doctrina –continúa el Tribunal– fue declarada de aplicación en el marco del sistema de entrega integrado en la UE. Estos elementos constituyen el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías que el TC procede, acto seguido, a revisar. Para hacerlo, se apoya en la CEDH y en la CDFUE y principalmente en la interpretación que el TEDH y el TJ han realizado del contenido del derecho a un proceso equitativo recogido en ambos textos. Tal doctrina se estudia, respectivamente, a partir de las Sentencias *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006 del TEDH y *Melloni*, del TJ.

Señala el TC que estos criterios hermenéuticos le permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia *ad extra*, esto es, la que permite delimitar aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración individual en caso de que acuerde la entrega por los poderes públicos españoles».

El TC procede entonces a revisar la doctrina establecida desde la STC 91/2000 y a afirmar en consecuencia que «no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio consta que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por letrado designado». Ello le conduce a denegar el recurso de amparo.

IV. LAS CUESTIONES Y LOS PROBLEMAS PENDIENTES

1. EL PROBLEMA SIGUE IRRESUELTO

A. *La incorporación judicial de los DFUE*

La STC 26/2014 resuelve el recurso de amparo promovido por Don Stefano Melloni en relación con el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordó su entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de condena dictada por el Tribunal de apelación de Bolonia, en el marco de una orden europea de detención y entrega. Y lo hace estableciendo que la condena penal impuesta sin comparecencia del acusado no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la incomparecencia sea decidida voluntaria e inequívocamente por un acusado debidamente emplazado y que haya sido efectivamente defendido por letrado designado.

El TC adopta así una solución que, aunque contraria a su previa jurisprudencia al respecto, encaja con lo establecido por el TJ en la Sentencia *Melloni*; una solución, por lo tanto, atinente al Derecho de la Unión Europea y a los DFUE. La Sentencia de amparo permite que el Juez nacional que debe aplicar el Derecho de la Unión en el caso concreto (Audiencia Nacional) lo haga conforme al mismo. Y lo hace salvaguardando su posición clásica respecto a cuál debe ser su propio papel en relación al Derecho de la UE y a los Derechos Fundamentales que ésta reconoce.

Cabría pensar que *Roma locuta, causa finita*. Aunque aquí, a decir verdad, hay «varias Romas». Habló Luxemburgo (STJ *Melloni*), máximo intérprete del Derecho de la Unión y de los DFUE, estableciendo que, dado que el supuesto entra dentro del ámbito de aplicación nacional del Derecho europeo, tratándose además de un supuesto en el que la actuación estatal está determinada por el mismo, sin margen de maniobra, el caso debe valorarse en relación a los DFUE y sin que se pueda esgrimir la concepción nacional de los Derechos Fundamentales para no realizar la entrega en cuestión (pese a las diversas lecturas del art. 53 de la CDFUE que le planteaba el TC español en la tercera de sus cuestiones prejudiciales planteadas en el ATC 86/2011). Y habló también el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución y de los Derechos Fundamentales nacionales (STC 26/2014), señalando que ahora no cabe considerar que la entrega vulnera el Derecho Fundamental a la defensa y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE en el caso, entendido –ex art. 10.2 CE– a la luz del Derecho de los Derechos Fundamentales de la UE y del CEDH, de manera que no cabe estimar el amparo, y el Juez nacional del caso debe proceder a la entrega.

La STJUE de 26 de febrero de 2013 (que responde a la cuestión prejudicial planteada por el TC con el ATC 86/2011) sostiene que la adopción de la OEDE se enmarca dentro de las competencias de la UE (Espacio de libertad, seguridad y justicia: cooperación judicial en materia penal: art. 83 TFUE), y que, por

tanto, de acuerdo con el art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) (ámbito de aplicación), tanto el control jurisdiccional de la misma como el de los actos de su aplicación (legislativa, ejecutiva o judicial) nacional se encuentran sometidos a la Carta de los DFUE. El TJ entiende que la Decisión Marco satisface esta exigencia, pues el art. 4.bis respeta los derechos a la tutela judicial y los derechos de defensa de los particulares que contemplan los arts. 47 y 48.2 CDFU, respectivamente. La argumentación del TJUE es sucinta (párrafos 44 y 47-54) pero clara y suficiente (en párrafo 44 remite a las conclusiones del Abogado general, mucho más desarrolladas). Del mismo modo, en consecuencia, la garantía de los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE correspondería a los tribunales de los Estados miembros en tanto que jueces de la UE. Por lo tanto, en este caso, la Audiencia Nacional, al ejecutar una OEDE –y actuar como juez comunitario– hubo de aplicar la Decisión Marco (y la ley española de transposición) y quedó sujeta primariamente a la CDFUE. De tal manera que la decisión de la Audiencia Nacional de entregar al Sr. Melloni –que se efectuó a partir del examen de la normativa (tanto comunitaria propiamente dicha como española de transposición) sobre la OEDE– se realizó sin vulnerar las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y a los derechos de defensa recogidos en los arts. 47.1 y 48.2 CDFUE. Tal es a nuestro entender la consecuencia lógica que se deriva de la Sentencia *Melloni* del TJUE: tratándose de un ámbito competencial de la UE, el sistema de protección de los derechos fundamentales a aplicar es el propio de la Unión.

Sin embargo, la STC 26/2014 no se hace eco de este planteamiento, ni reflexiona sobre el mismo ni debate con el TJ sobre las razones que le llevan a no seguirlo (aunque podía haber citado varias; por ejemplo, el entendimiento de que la pertenencia a la UE no puede significar para un Estado la pérdida de su concepción de los derechos fundamentales. O la desconfianza que le merece el TJ como tribunal de garantía de los derechos fundamentales). El Tribunal Constitucional no llega a la solución del caso asumiendo que los DFUE son el parámetro directo de europeidad que debe tener en cuenta dicho Juez cuando actúa como Juez europeo tal y como exige el art. 51.1 de la CDFUE, sino estableciendo que esa entrega no vulnera la Constitución española (art. 24) entendida de acuerdo con el Derecho de la Unión y los DFUE (ex art. 10.2 CE), derechos que el Juez nacional debe utilizar como parámetro indirecto de constitucionalidad. El TC logra resolver el caso conforme a las exigencias del Derecho europeo (aunque ello pase por cambiar totalmente su posición previa sobre la materia), y lo hace salvando su concepción clásica acerca de cuál debe ser el papel de los DFUE en las manos del Juez nacional aplicador del Derecho de la Unión. Según se deriva de la Sentencia, el Juez nacional debe utilizar estos derechos como canon indirecto de constitucionalidad (art. 10.2 CE), no a modo de canon directo de europeidad (tal y como se deduciría del juego del art. 93 CE en conexión con los arts. 6.1 del TUE y 51.1 de la Carta DFUE²⁰).

20. Cabe recordar, en este sentido, que, aunque parezca paradójico, fue el propio Tribunal Constitucional quien, en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, se refirió a la Carta de DFUE señalando «su valor en cuanto derecho de la Unión integrado en el nuestro ex art. 93 CE. No puede ser otro el sentido de la referencia a los artículos II-111 y II-112

A pesar de no seguir el razonamiento expuesto por el TJ, la STC procede a revisar –a la baja– su doctrina según la cual la celebración de un nuevo juicio tras la sentencia dictada en rebeldía es parte del contenido absoluto del derecho de defensa y, por lo tanto, condición para proceder a la entrega a un tercer Estado. Pero si esta revisión se produce no es en razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea, o la naturaleza de la orden europea de detención y entrega, o del hecho de que todos los Estados en las que ésta despliega su eficacia comparten unos principios comunes y un clima de confianza recíproca, o que no corresponde al TC enjuiciar la actuación del tribunal español cuando actúa como juez comunitario. Por el contrario, la revisión –a la baja– de «la caracterización que este Tribunal ha venido realizando hasta ahora del denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que despliega eficacia ad extra» –caracterización que se expone en el FJ 4 de la Sentencia– se produce porque «el canon de constitucionalidad que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008 (...) ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España» (FJ 4). Entre estos tratados se encuentran el CEDH y la CDFUE, los cuales «se constituyen (...), junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE» (FJ 4). Y es en razón de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE que el TC revisa su doctrina y concluye que «no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio consta que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por letrado designado» (FJ 4).

El Tribunal Constitucional, que se reconoce como órgano jurisdiccional de la Unión para presentar la cuestión prejudicial²¹, parece abrogar de esta condición a la hora de aplicar la Sentencia del TJ, sobre cuyos argumentos, como hemos indicado, ni reflexiona, ni debate, ni siquiera aplica. Porque, el Tribunal Constitucional se limita a aplicar el art. 10.2 CE, pese a no citarlo expresamente, tratando la CDFUE (y la jurisprudencia del TJ sobre la misma) como un convenio que le impone determinadas obligaciones en el ámbito de protección de los derechos humanos y al que la CE remite como criterio hermenéutico. La CDFUE, ya lo hemos indicado, no es un tratado internacional de protección de

del Tratado por el que se establecía una Constitución Europea [actuales arts. 51 y 52 CDFUE]». Es lo cierto que en la misma Declaración, el TC reconoció la eficacia interpretativa de la misma respecto de los derechos y libertades proclamados por la CE en virtud del art. 10.2 CE, si bien para el ámbito de las competencias retenidas por España.

21. FJ 1 de la STC 26/2014.

derechos ratificado por los Estados. Éstos no son los destinatarios de la Carta, lo son, en todo caso sus instituciones en tanto que órganos de ejecución del DUE absolutamente ajeno al asunto.

La causa, pese a la solución dada por el Tribunal Constitucional, no está cerrada. O para ser más exactos: el caso *Melloni* sí, pero el problema de la incorporación nacional/incorporación judicial nacional de los DFUE, no. Por lo menos, no para el Tribunal Constitucional. Y nos explicamos. Hace tiempo que está claro que el Juez nacional que actúa Derecho de la Unión se debe primariamente a éste y a la garantía de los DFUE. Es juez nacional, pero también Juez europeo, y cuando no coinciden los parámetros de legalidad exigidos por el ordenamiento nacional y el europeo, su doble fidelidad y su doble condición judicial (Juez nacional/Juez europeo) no debe impedirle resolver el caso dando primacía al Derecho de la Unión. Y si el problema es de Derechos Fundamentales, su doble sensibilidad iusfundamental (Derechos Fundamentales nacionales y DFUE) no puede impedirle resolver primero conforme a los DFUE, especialmente si aplicar la concepción nacional de los Derechos Fundamentales (hubiera sido el caso *Melloni* de no haber variado el Tribunal Constitucional su posición acerca de la vulneración indirecta de los DF en esta propia STC 26/2014) le empujase a adoptar una posición incompatible con el Derecho de la Unión.

B. *La posición del TC sobre la recepción judicial de los DFUE*

Así pues, el problema no viene propiamente de la incorporación judicial nacional de los DFUE, sino de cómo concibe el Tribunal Constitucional que debe ser esa incorporación: ¿en calidad de qué debe asumir el Juez nacional los DFUE según el Tribunal Constitucional? La respuesta es, como se ha visto tanto en el ATC 86/2011²² como ahora en la STC 26/2014²³: como canon indirecto

22. «El Derecho de la Unión Europea que ha de tenerse en cuenta a la hora de integrar el canon de constitucionalidad relevante para enjuiciar la resolución impugnada es el vigente en el momento presente. En definitiva, la Decisión Marco de 2009 es aplicable, en todo caso, como criterio de integración del contenido del derecho reconocido en el art. 24.2 CE cuyo desconocimiento determina, de conformidad con la doctrina señalada, su vulneración indirecta por parte de los órganos judiciales españoles» [FJ 4.c)].
23. Véase el FJ 2 (confirmado lo señalado al respecto en el ATC 86/2011) o el FJ 4 [donde también se señala que: «Así, en virtud de la doctrina constitucional relativa a las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el canon de control que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, 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. Entre tales tratados encontramos tanto el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH) como la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se constituyen, así, junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE. Contenido cuyo desconocimiento determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles»].

de constitucionalidad. El alto Tribunal no ha encajado o no ha encontrado la forma de conciliar esa posición iusfundamental exigida por el Derecho europeo al Juez nacional que señalábamos arriba con la visión y la concepción que él tiene acerca de su propio papel ante el Derecho de la Unión y los DFUE. Él sigue, como recordaremos más adelante, sin considerarse Juez de aplicación del Derecho Europeo (aunque sí haya dado el paso de considerarse «órgano jurisdiccional» nacional a efectos de plantear la petición prejudicial del art. 267 TFUE), y sin considerarse juez que debe controlar la europeidad o la comunitariedad de las actuaciones del Juez nacional que actúa como juez europeo. Considera, obviamente, que debe controlar en amparo si las actuaciones de éste Juez que actúa como Juez europeo son conformes o no a los DF, pero haciéndolo solo en atención a parámetros de constitucionalidad, y no a un canon directo de europeidad, el canon que el Derecho europeo le exige utilizar al Juez nacional (art. 51.1 CDFUE). Es precisamente lo que sucede al resolver la STC 26/2014. El Tribunal Constitucional hace un control de constitucionalidad de la actuación judicial en el caso, pero no utilizando el Derecho de la Unión o los DFUE de forma directa, sino sólo como canon que integra la constitucionalidad del art. 24.2 CE (ex art. 10.2 CE)²⁴. En ésta Sentencia el Tribunal Constitucional ha hecho coincidir la respuesta exigida por la Unión con ésta su posición clásica acerca de cómo debe controlar la actuación del Juez nacional que actúa como Juez europeo en materia de Derechos Fundamentales²⁵. Pero, el problema se-

24. En este sentido, cabe considerar completamente acertada la percepción del Voto particular de la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita, cuando recuerda que «en supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión [la respuesta del TJ a la prejudicial planteada], no puede ser un mero criterio hermenéutico que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar ex art. 10.2 CE el contenido absoluto del derecho fundamental. Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar ex art. 93 CE en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013. // En otras palabras, el fundamento jurídico de la aplicación a las personas afectadas por una orden europea de detención y entrega del nivel de protección que deriva del Derecho de la Unión no puede ser una norma interna como el art. 24.2 CE, por mucho que sea interpretada vía art. 10.2 CE de conformidad con lo que haya declarado a este respecto el Tribunal de Justicia, sino los derechos fundamentales reconocidos en la Unión, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia. Derechos fundamentales de la Unión que deben aplicarse en el ordenamiento jurídico español en virtud de la primacía del Derecho de la Unión que este Tribunal ya reconoció en la DTC 1/2004 [...]» (apdo. 3).
25. *Vid.*, por ejemplo, en este sentido, el Voto particular de Doña Encarnación Roca Trías (segundo párrafo del apdo. 2), cuando señala que: «en efecto, no puedo admitir que la modificación de una doctrina consolidada que este Tribunal ha establecido en la interpretación del art 24.2 CE desde la STC 91/2000, de 30 de marzo, no se produzca como consecuencia de la STJUE de 26 de febrero de 2013 (caso *Melloni*), que interpreta las condiciones para la ejecución de una euroorden dictada en ausencia, aunque con representación procesal del acusado, soslayando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado esta resolución a instancias del propio Tribunal Constitucional,

guirá abierto y pendiente. O el Tribunal Constitucional asume que ese control iusfundamental en amparo de la actividad del Juez de aplicación interna del Derecho europeo debe hacerse utilizando los DFUE y el Derecho de la UE en general como parámetro directo de europeidad, o se encontrará con que le tocará o bien adoptar resoluciones que empujan al Juez nacional a adoptar resoluciones no conformes al Derecho de la Unión o bien ir amoldando su solución caso por caso, cada vez que no encajen el parámetro iusfundamental nacional y el Derecho de la Unión, a lo que exija este Derecho (lo que ha ocurrido en la STC 26/2014). Jurisprudencia incompatible o jurisprudencia recatada (aunque, como veremos, no exenta de peligros).

Por último, la STC 26/2014 no ha despejado la confusión entre el régimen de la euroorden y de la extradición que, según vimos, es propia de la doctrina del TC. En efecto, la revisión del contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se proyecta *ad extra* se realiza con carácter general y por el efecto interpretativo de la doctrina del TEDH y del TJ (art. 10.2 CE). Y conduce al Tribunal a modificar su doctrina desde la STC 91/2000, relativa a una extradición, de tal modo que la Sentencia adolece de cualquier reflexión sobre la naturaleza de la OEDE y los perfiles que la diferencian del régimen de extradición. Difícilmente podría haberse hecho cuando se ha optado por no discurrir sobre el DUE, los principios de primacía y confianza recíproca que lo informan. Por lo demás, la revisión a la baja del contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías ¿se realiza para todas las situaciones en que este derecho ha de desplegarse *ad extra*?, en otras palabras ¿queda reducida a los supuestos de entrega en el marco de la OEDE ó, por el contrario, ha de extenderse también a la extradición?

2. EL PELIGRO QUE ACECHA: LA POSTERGACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL «CONTROL DE EUROPEIDAD DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES»

A. *Surgimiento y consolidación de la doctrina del control de europeidad de las resoluciones jurisdiccionales de los órganos jurisdiccionales nacionales*

Según recuerda de forma reiterada la jurisprudencia del TJ fundamentada en el art. 267 TFUE, «los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan una decisión por su parte» para la resolución del litigio del

como consecuencia de la interposición de una cuestión prejudicial, sino porque este haya reconsiderado, legítimamente, su doctrina anterior. Con tal manera de proceder, el Pleno, si bien cumple con el estándar europeo, deja 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».

que conocen.²⁶ Una facultad que, dicho sea de paso, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden ejercerla en cualquier fase del procedimiento que estimen apropiada²⁷.

A tenor de lo que se observa en la propia jurisprudencia del TJ, la «facultad» de los órganos jurisdiccionales nacionales que no resuelven en última instancia para activar la cuestión prejudicial²⁸ se ha encontrado, en ocasiones, atenazada o condicionada por diversas reglas recogidas por el ordenamiento procesal nacional, condicionamientos que ha tenido que conjurar o neutralizar el TJ, viniendo a fortalecer, haciéndola casi intocable o absoluta, aquella facultad. Una de esas situaciones que el TJ ha entrado a corregir es la que se da cuando la facultad de plantear la prejudicial se encuentra ante la norma procesal nacional que vincula a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior²⁹.

El punto de partida establecido por el TJ al respecto, en concreto en la famosa Sentencia *Rheinmühlen-Düsseldorf I*, consiste en que «una norma de Derecho nacional, que vincule a los órganos jurisdiccionales que no resuelven en última instancia a las valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, no puede privar a aquéllos de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho comunitario al que se refieran tales valoraciones jurídicas»³⁰. Y continúa señalando que, en efecto, ese órgano juris-

-
26. STJ de 22 de junio de 2010, A. MELKI y S. ABDELI, as. acumulados C-188/10 y C-189/10, apdo. 41 (recordando, al respecto, jurisprudencia propia previa, en concreto las SSTJ: de 16 de enero de 1974, *RHEINMÜHLEN-DÜSSELDORF* (conocida como *Rheinmühlen I*), 166/73, Rec. p. 33, apartado 3; de 27 de junio de 1991, *MECANARTE*, C-348/89, Rec. p. I-3277, apartado 44; y de 16 de diciembre de 2008, *CARTESIO*, C-210/06, Rec. p. I-9641, apartado 88; de 5 de octubre de 2010, as. *ELCHINOV*, C-173/09, apartado 26; o M. HUET, de 8 de marzo de 2012, C-251/11, apdo. 24).
27. STJ MELKI Y ABDELI, cit., apartados 52 y 57. Y, una vez planteada, el TJ mantendrá su competencia al respecto en tanto el Juez nacional no le comunique que ha sido revocada su decisión de remisión prejudicial, esto es, mientras exista petición prejudicial (STJ de 9 de marzo, as. *SIMMENTHAL*, 106/77, p. 629).
28. Recordemos que el artículo 267 TFUE (ex 234 TCE, originariamente art. 177 TCEE) atribuye competencia al Tribunal de Justicia (TJ) para pronunciarse con carácter prejudicial tanto sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión como sobre la validez de esos actos. Este mismo artículo dispone, en su párrafo segundo, que un órgano jurisdiccional nacional «podrá» pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión prejudicial si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo, y en su párrafo tercero, que estará «obligado» a hacerlo cuando sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.
29. Para el análisis en profundidad de ésta y las otras situaciones mencionadas véase, por ejemplo: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La autonomía de la cuestión prejudicial europea ante el Derecho interno», en ALONSO GARCÍA, R. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (Dir.), *La cuestión prejudicial europea*, IVAP, colección: *European Inklings* (EUi) nº 4, Oñati, 2014, pp. 80 y ss.
30. De 16 de enero de 1974, 166/73, apartado 4 (énfasis añadido). Cabe recordar que la cuestión prejudicial que planteaba el órgano jurisdiccional remitente (*Bundesfinanzhof*) consistía en si el art. 177 (2) del TCE [hoy: 267 (2) TFUE] «confiere "a los órganos

diccional nacional que no resuelve en última instancia «debe tener la libertad de someterle las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión»³¹. De lo contrario, deduce el Tribunal, si el Juez nacional cuyas resoluciones son recurribles estuviera vinculado sin poder someter la cuestión al Tribunal de Justicia, la competencia de éste para resolver con carácter prejudicial, y la aplicación del Derecho comunitario en todos los grados de los sistemas jurisdiccionales nacionales quedarían obstaculizadas³².

Siguiendo las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en el caso *Elchinov*, presentadas el 10 de junio de 2010, puede decirse que ésta es una proclamación que supuso «un importante respaldo para la fuerza normativa del Derecho de la Unión, que desde entonces recibía, por este cauce, la posibilidad de imponerse frente a una sentencia de un tribunal superior cuya doctrina vinculaba a la instancia. Aunque la dicción alude únicamente a la facultad de la instancia de plantear la cuestión prejudicial, es obvio que tal planteamiento se realiza a fin de, en su caso, desoír los dictados de la sentencia del tribunal superior». De manera que, «*Rheinmühlen I* introducía así una suerte de control descentralizado de comunitariedad, no frente a normas, sino frente a resoluciones judiciales»³³. Y según continúa el mencionado Abogado General «En efecto, los jueces de instancia cuyas resoluciones resultaban anuladas por un tribunal superior podían, con invocación de esta doctrina y en los casos en los que el asunto les era devuelto, ignorar dicha anulación cuando ésta, en su criterio, fuera contraria al Derecho de la Unión. En el conflicto entre la autonomía procesal nacional y la oportunidad, que así se reabría, de afirmar la primacía del Derecho europeo, se daba prioridad a esta última»

Treinta y cinco años más tarde, la Sentencia *Elchinov*³⁴, tras recordar y

jurisdiccionales nacionales que no resuelven en última instancia un derecho absolutamente ilimitado de someter un asunto al Tribunal de Justicia" o sobre si hay que estimar "que este artículo no afecta a las normas de Derecho interno en sentido contrario, que vinculan a dichos órganos jurisdiccionales a la valoración jurídica del órgano jurisdiccional de rango superior". Se trata de una cuestión planteada en el marco de un proceso seguido contra una resolución recaída en un incidente sustanciado ante el Finanzgericht de Hesse, el cual solicitó al Tribunal de Justicia una interpretación de las disposiciones del Reglamento n° 19 del Consejo (DO 1962, 30, p. 933) para poder resolver un litigio devuelto por el Tribunal de Casación, el Bundesfinanzhof, que había anulado una sentencia anterior del Finanzgericht (*Vid.* apdo. 1 de la Sentencia).

31. *RHEINMÜHLEN I*, apartado 4, tercer párrafo (énfasis añadido); *CARTESIO*, *cit.*, apartado 94; STJ de 9 de marzo de 2010, *ERG* y *otros*, C 378/08, apartado 32; *MELKI Y ABDELI*, *cit.*, apartado 42; *ELCHINOV*, *cit.*, apartado 27; *STH BERICAP ZÁRÓDÁSTECHNIKAI BT*, de 15 de noviembre de 2012, C-180/11, apartado 55.

32. *RHEINMÜHLEN I*, apdo. 4, cuarto párrafo.

33. Apartados 20 y 21 de las Conclusiones; énfasis añadido.

34. De 5 de octubre de 2010, C-173/09. El asunto, dicho de forma abreviada, consiste en que al Sr. Georgi Elchinov, ciudadano búlgaro, acogido a la Sanidad pública búlgara, se le diagnóstica una enfermedad oncológica maligna del ojo derecho, y su médico le indica un tratamiento consistente en la fijación de placas radioactivas o una terapia de protones. Entonces, el Sr. Elchinov, dado que observa que su país no le puede dar ese tratamiento, sino sólo uno alternativo, consistente en la enucleación o extracción com-

confirmar lo establecido en *Rheinmühlen I* y su pro genie jurisprudencial³⁵, aña-

pleta del ojo, solicita en su país que, al amparo del Derecho UE –el Reglamento 1408/71–, se le autorice un tratamiento médico en el extranjero, con cargo a la Sanidad búlgara. Conviene señalar que esa norma europea impide que se pueda denegar esta solicitud, siempre que el tratamiento en cuestión figure entre las prestaciones previstas por el Estado y no pueda ser dispensada en plazo adecuado. Ante la gravedad de su situación médica, y antes de que la Sanidad búlgara le responda, se traslada urgentemente a una clínica de Berlín, en la que se le aplica el tratamiento prescrito. Pocas semanas, después, sin embargo, la Sanidad búlgara (reconociendo que ese tratamiento, aunque previsto, no se aplica de forma efectiva en Bulgaria) le niega la solicitud de que se le atienda en el extranjero. El Sr. Elchinov recurre en el contencioso administrativo esa decisión de la Sanidad Pública, y el Tribunal Administrativo de Sofía sentencia a su favor anulando la resolución de denegación de la ayuda. Esta Sentencia es, a su vez, recurrida, resultando que Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Bulgaria estima el recurso de casación, revocando la Sentencia previa y remitiendo el asunto al Tribunal de Sofía para un nuevo pronunciamiento. Digamos ahora, muy escuetamente, que la clave del asunto estaba en cómo entender el art. 22 del mencionado Reglamento europeo. Para el Tribunal de instancia, el hecho de que el tratamiento estuviera previsto en la legislación búlgara, por más que no se pudiera prestar efectivamente, es suficiente para la aplicación del citado precepto europeo y así autorizar el tratamiento fuera del país. En cambio, para el Tribunal Supremo, la imposibilidad de prestar el tratamiento controvertido en Bulgaria, a pesar de estar contemplado en la legislación nacional, introduce la presunción de que el mismo no está recogido entre las prestaciones legalmente exigibles, y en consecuencia, no cabe autorizar el tratamiento fuera del país. Y en fin, a pesar de que la Ley de procedimiento contencioso-Administrativo búlgara vincula al Tribunal de instancia a seguir lo dicho por el Tribunal Supremo en el nuevo examen del caso, el hecho es que, entonces, el Tribunal de instancia plantea una prejudicial acerca de cómo debe entenderse el Derecho de la Unión aplicable a ese caso que se le devuelve, y entre otras 7 cuestiones, pregunta, si el órgano jurisdiccional nacional está o no obligado a tener en cuenta las observaciones vinculantes que le ha formulado un tribunal superior en el marco de la anulación de su resolución y de la remisión de los autos para un nuevo examen, cuando existen motivos para suponer que estas observaciones son contrarias al Derecho comunitario.

35. Apartados 25-27 de la Sentencia. Para una posición opuesta véanse las mencionadas e interesantes Conclusiones Generales del Abogado General Cruz Villalón en el caso (spec. apartados 19-40). En las mismas se planteaban dudas sobre la aplicabilidad en la actualidad de la Jurisprudencia *RHEINMÜHLEN I* (salvo para casos como el que se da en la STJ *CARTESIO*, de 16 de diciembre de 2008, C-210/06) dada, entre otras razones, la irrupción relativamente reciente de una importante jurisprudencia sobre la relación entre la justicia de la Unión y los tribunales nacionales [acerca de la posibilidad de acudir a una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por acto judicial (de 30 de septiembre de 2003, *KÖBLER*, C-224/01, Rec. p. I-10239); la revisión de oficio del acto que confirmó la sentencia ilegal (de 13 de enero de 2004, *KÜHNE & HEITZ*, C-453/00, Rec. p. I-837); el recurso por incumplimiento del Estado miembro derivado de resolución jurisdiccional (de 9 de diciembre de 2003, *COMISIÓN/ITALIA*, C-129/00, Rec. p. I-14637); sin olvidar la que no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario para la decisión en cuestión (de 16 de marzo de 2006, *KAPFERER*, C-234/04, Rec. p. I-2585); o la jurisprudencia relativa a los principios de equivalencia y efectividad]. Para el Abogado General es evidente que las instancias judiciales superiores de los Estados miembros se han convertido en actores determinantes en la supervisión de la recta aplicación del Derecho de la Unión, pero también, a su vez, que estos tribunales

dirá que ese juez nacional que haya ejercido la facultad que le otorga el artículo 267 (2) TFUE está vinculado, a la hora de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de Justicia³⁶, debiendo, en su caso, «dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de la antedicha interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión»³⁷.

B. *El control de europeidad de las resoluciones jurisdiccionales de la jurisdicción constitucional*

Continuando por la senda señalada, la reciente Sentencia al asunto *Križan y otros*³⁸, destacará, a su vez, tras reiterar la doctrina *Rheinmühlen I*, que ese Juez

de última instancia comienzan a responder directamente por sus resoluciones contrarias al Derecho de la Unión. Y desde el momento en que un tribunal supremo nacional debe responder ante el justiciable a través de los remedios que vienen impuestos por el Derecho de la Unión, en concreto por la jurisprudencia que se acaba de señalar, «pierde correlativamente sentido el que los tribunales inferiores que deben aplicar la resolución dictada por el tribunal superior acaso contraria al Derecho de la Unión, pero firme, preserven su facultad de ignorarla allí incluso donde su Derecho interno no se lo permite. En mi opinión, la autonomía procesal de los Estados miembros, en particular en elementos tan sensibles como los que comentamos, recupera su razón de ser cuando la efectividad del Derecho de la Unión comienza decididamente a estar protegida a través de otros cauces» (apartado 28).

36. Tras traer a colación, en el apartado 29, que «una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Justicia vincula al juez nacional, por cuanto atañe a la interpretación o a la validez de los actos de las instituciones de la Unión de que se trate, para la resolución del litigio principal (véanse, en particular, las sentencias de 24 de junio de 1969, *Milch- und Eierkontor*, 29/68, Rec. p. 165, apartado 3; de 3 de febrero de 1977, *Benedetti*, 52/76, Rec. p. 163, apartado 26; auto de 5 de marzo de 1986, *Wünsche*, 69/85, Rec. p. 947, apartado 13, y sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Fazenda Pública*, C-446/98, Rec. p. I-11435, apartado 49)». Sobre el tema de los efectos de las sentencias prejudiciales, entre otros: CIENEGUOS MATEO, M., «Juez nacional – Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en BENEYTO PÉREZ (Dir.), J. M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo V: Sistema jurisdiccional de la UE*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 549 y ss.; COBREROS MENDAZONA, E., «Efectos de la sentencia prejudicial», en ALONSO GARCÍA, R. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (Dir.), *La cuestión prejudicial europea*, op. cit., pp. 122 y ss.
37. Apartado 30 de la Sentencia. Por lo demás, el Tribunal terminará reiterando (apartado 31 de la STJ), en la línea con la jurisprudencia *SIMMENTHAL*, la obligación del órgano jurisdiccional nacional que actúa como Juez comunitario de garantizar la plena eficacia de estas disposiciones debiendo dejar inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria, también si se trata de normas procesales nacionales, sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (véanse, asimismo, al respecto: las sentencias del TJ de 9 de marzo de 1978, *SIMMENTHAL*, 106/77, apartados 21 y 24; de 20 de marzo de 2003, as. *KUTZ-BAUER*, C-187/00, apartado 73; de 3 de mayo de 2005, *BERLUSCONI* y otros, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, apartado 72; o la reciente *CONSIGLIO NAZIONALE DEI GEOLOGI*, de 18 de julio de 2013, C-136/12, apdo. 33).
38. De 15 de enero de 2013, C-416/10.

nacional que actúa como Juez de la Unión conserva la mencionada facultad, o en su caso la obligación [art. 267 (3) TFUE], de plantear la prejudicial incluso cuando una norma nacional le obliga a seguir la valoración jurídica formulada por el Tribunal Constitucional (en este caso, el eslovaco), debiendo dejar de lado las valoraciones de éste si resultan contrarias al Derecho de la Unión. En concreto, como señaló el TJ en este asunto, «el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, como el tribunal remitente [Tribunal Supremo eslovaco], está obligado a plantear de oficio ante el Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial incluso cuando se pronuncia tras la devolución de los autos a raíz de la casación de su primera resolución por parte del Tribunal Constitucional del Estado miembro de que se trata [Eslovaquia] y cuando una norma nacional le obliga a resolver el litigio siguiendo la apreciación jurídica formulada de este último tribunal»^{39, 40}

Llegados aquí, no es difícil observar que, si el Juez nacional que debe resolver un caso aplicando Derecho de la UE y, por tanto, obligado a garantizar

39. Apartado 73 de la Sentencia. Con antelación, sobre la obligación de inaplicar normas nacionales contrarias a Derecho comunitario, «independientemente de la decisión del tribunal constitucional nacional de posponer la pérdida de vigencia de esas disposiciones, declaradas inconstitucionales»: STJ *FILIPIAK*, de 19 de noviembre de 2009, C-314/08, apartado 85. Cabe recordar, también, la STJ de 22 de junio de 2011, as. *LANDTOVÁ* (C-399/09), en la que el TJ, de forma expresa y directa, declaró contraria al Derecho de la Unión una doctrina del TC checo –sobre pensiones de jubilación–, que fue cuestionada por vía prejudicial por el Tribunal Supremo Administrativo Checo. Y puede ser interesante traer a colación, asimismo, la Sentencia del TJ de 7 de septiembre de 2006, *A. CORDERO ALONSO*, C-81/05, que resolvía un asunto en «contra» de lo previamente estipulado al respecto por el TC español (STC 306/1993, de 25 de octubre de 1993), con el dato interesante de que el órgano judicial nacional planteó la prejudicial a pesar de la previa existencia de la mencionada resolución del Tribunal Constitucional al respecto. En concreto, la mencionada STC tenía confirmada la constitucionalidad ex 14 CE del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al régimen indemnizatorio del FOGASA en una situación de insolvencia del empresario, el cual consideraba que el trato diferenciado en las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo entre las reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial y las establecidas por sentencia judicial no vulneraba el artículo 14 CE por cuanto no existe un tratamiento diferenciado de situaciones idénticas. Pese a todo, años más tarde, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León planteará una prejudicial sobre dicha regulación y el TJ establecerá, sin embargo, que esas indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato que las establecidas por sentencia judicial.

40. Se comenta en este sentido, que esta modulación del principio de jerarquía procesal que produce la jurisprudencia *RHEINMÜHLEN I* contribuye o es una manifestación más [junto a la relativización del efecto preclusivo de los plazos (STJ de 25 de julio de 1991, *EMMOT*, C-208/90) o la reconfiguración del principio rogado (STJ de 14 de diciembre de 1995, *PETERBROECK*, C-312/93), entre otras] de un fenómeno de «deconstrucción del derecho procesal estatal» que viene generado por el Derecho europeo (AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "funciones esenciales" de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, 2013, p. 253).

los Derechos Fundamentales de la Unión europea (piénsese, por ejemplo, en el caso *Melloni* o en otro supuesto similar que cae también dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión), es «corregido» por el Tribunal Constitucional en amparo siendo impelido a aplicar una concepción nacional de los Derechos fundamentales que a su juicio no es conforme con la concepción de los DFUE o con el Derecho de la UE en general⁴¹, entonces, ese Juez nacional puede plantear una cuestión prejudicial posterior a la sentencia de amparo que viene a corregir su decisión. En dicha remisión prejudicial el Juez nacional podría libremente plantear al TJ su duda acerca de *si considera que la valoración jurídica efectuada por el Tribunal Constitucional en el caso pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria* al Derecho de la Unión. Y el resultado de la sentencia prejudicial puede, en su caso, obligarle a ese Juez nacional a dejar de lado las valoraciones de la jurisdicción Constitucional si, habida cuenta de la antedicha interpretación del TJ, estima que las valoraciones del TC no son compatibles con el Derecho de la Unión. Es la consecuencia que deriva de las conclusiones de las Sentencias *Rheinmühlen-Düsseldorf I*, *Elchinov* y *Krizan*. Es verdad que esta doctrina del control jurisdiccional (incidental) que hace el Juez nacional de la comunitariedad de las resoluciones del órgano jurisdiccional superior (incluidas las del TC)⁴² es, si se me permite la expresión, algo realmente «fuerte», algo que trasciende los dictados de los artículos del ordenamiento nacional que establecen la vinculatoriedad irreductible del Juez nacional a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Derechos Fundamentales (arts. 9.1 ó 53 CE, ó 5.1 en conexión con los apartados 1 y 2 del art. 7 de la LOPJ, etc.⁴³)⁴⁴, pero es algo que no se puede obviar.

No sólo está en juego el que el Tribunal Constitucional sea el máximo interprete de los Derechos Fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea, sino que también la autoridad y la vinculatoriedad de la jurisprudencia de este Tribunal en materia de derechos fundamentales, con el peligro de que pueda ser postergada judicialmente en atención al Derecho de la Unión (en este caso, de los DFUE).

Se podrá asumir, como hace la STC 26/2014, que no hay problema alguno

41. Aunque según se desprenda de la Sentencia de amparo es conforme, a juicio del propio Tribunal Constitucional, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (incluido el establecido por el Derecho de la Unión) *ex art.* 10.2 CE.
42. Obviamente, se insiste, siempre que nos encontremos ante un supuesto que entre en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.
43. Véanse asimismo, por ejemplo, las SSTC 59/2011, de 3 de mayo, sobre acatamiento estricto de la doctrina del TC (FJ 8), o la 37/2012, de 19 de marzo, sobre la supremacía del mismo.
44. Del mismo modo que ha «modulado» la obligación judicial de plantear la cuestión de inconstitucionalidad art. 163 CE (arts. 35-37 LOTC y 5.2 LOPJ) cuando se cruza la facultad, o en su caso la obligación, de remitir la cuestión prejudicial ante el TC. Sobre el tema, *in extenso*, por ejemplo: ALONSO GARCÍA, R., *El Juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, *passim*, espec. pp. 85 y ss.; o UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La autonomía de la cuestión prejudicial europea ante el Derecho interno», *op. cit.*, espec. pp. 90 y ss.

si el mismo resultado iusfundamental o nivel de garantía de un Derecho Fundamental «exigido» por el Derecho de la Unión (pensemos en la STJ *Melloni*, C-399/11, de 26 de febrero) es alcanzado en el ámbito interno utilizando y acomodando continuamente, al estilo del más puro de los Procrusto, la concepción nacional de los Derechos Fundamentales al Derecho europeo de los Derechos Fundamentales a través del art. 10.2 CE⁴⁵. Esto es, no a través de la aplicación directa del Derecho europeo de los derechos fundamentales, sino de una aplicación de los Derechos Fundamentales nacionales integrada por una lectura abierta al Derecho Europeo. Pero eso implica una adoptar una solución recatada o embozada del problema y de su solución. Una lectura que tiene sus riesgos y sus costes.

Obsérvese que seguir con la doctrina 26/2014 (la doctrina de no reconocer que el Juez nacional que aplica Derecho de la Unión debe realizar una incorporación nacional directa –como parámetro directo– de los DFUE, resolviendo, por el contrario, la incorporación nacional de los DFUE vía art. 10.2 CE) no sólo genera el riesgo de que cualquier Juez nacional pueda plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con carácter previo a que el TC resuelva sobre el caso, una prejudicial cuya sentencia obligue al Juez nacional a adoptar una solución «distinta» de la que se deriva de la jurisprudencia constitucional previa. Se trata, incluso, de que el Juez nacional puede plantear esa cuestión prejudicial inmediatamente después de que recaiga la sentencia del Tribunal Constitucional que, a su juicio, le obliga a resolver el caso de una forma que él considera contraria al Derecho de la Unión Europea, haciendo un control incidental de europeidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En realidad, la prejudicial puede plantearse a sabiendas de que el Tribunal Constitucional ya resolvió previamente la cuestión en otro caso similar o idéntico (sería el supuesto del ya señalado asunto *Anacleto Cordero*), o incluso, como decimos, en el mismo caso, cuando la remisión prejudicial se realiza tras recibir el Juez del caso la sentencia de amparo (el también apuntado supuesto de la STJ *Krizan*).

Pero es que aun puede haber más. Ciertamente, en el caso de esta STC 26/2014 (derivado del ATC 86/2011 y de la STJ *Melloni*) el TC se ha avenido a transformar y reducir «*procrustianamente*» su larga jurisprudencia previa sobre la vulneración indirecta de los derechos fundamentales (claramente presente en el razonamiento que rezuma en las prejudiciales que le plantea al TJ en el propio ATC 86/2011) a las exigencias marcadas en la mencionada STJ *Melloni*. Ahora bien, se trata de un acomodo jurisprudencial al «resultado» exigido por el TJ respecto a la tutela del derecho fundamental a la defensa y a un proceso con

45. La alusión a Procrusto puede resultar pertinente en la medida que viene a reflejar una regla o estándar arbitrario con el que se fuerza un hecho, una realidad o un razonamiento para ajustarlo a lo deseado, y que tiene su origen en el mito griego de Procrustes, el estirador, un posadero que forzaba a los viajeros a tumbarse en una cama de hierro en la que ajustaba sus cuerpos, serrándoles las piernas si sobresalían o estirándoles el cuerpo en caso contrario.

todas las garantías en el ámbito de la euroorden, no de un acomodo a la fundamentación jurídica o a las razones que llevan o sobre las que descansa ese resultado. Hay una concurrencia jurisprudencial en el resultado, pero no se hace desde el entendimiento de que el Juez nacional debe utilizar los DFUE como parámetro directo en el caso en cuestión⁴⁶. Y en este sentido, tampoco cabría descartar que el Juez nacional que se viera obligado a aplicar una sentencia de amparo de este tipo o en definitiva esta doctrina del acomodo concurrente de la STC 26/2014, terminara por plantear una cuestión prejudicial no ya planteando su duda acerca de si la solución ofrecida por el TC es conforme al Derecho de la Unión, sino acerca de si la propia fundamentación jurídica utilizada por el TC (utilización de los DFUE como parámetro indirecto de constitucionalidad, *ex art.* 10.2 CE, y no como parámetro directo de europeidad) es o no conforme al Derecho de la Unión Europea (en concreto al art. 6.1 TUE y al art. 51.1 de la Carta, sin olvidar la STJ *Wachauf* y toda su progenie jurisprudencial⁴⁷).

Sea como fuere, lo que parece bastante claro es que, más tarde o temprano, mientras siga consolidándose la doctrina reiteradamente confirmada del control de comunitariedad o europeidad de las resoluciones jurisdiccionales (incluidas las del TC) por parte del Juez nacional que debe aplicar el Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional se verá obligado a asumir que el Juez nacional debe utilizar los DFUE como parámetro directo de legalidad de su actividad de control jurisdiccional, modulando así su doctrina acerca de los cauces (y efectos) de la incorporación nacional de los Derechos Fundamentales de la UE. El riesgo, entretanto, es el de la posibilidad de que ese Juez nacional acabe postergando su jurisprudencia en materia de Derechos Fundamentales en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

La cuestión es cómo podría el TC reconducir la posición que viene manteniendo al respecto, lo que, a la postre, implica reexaminar cuál es el papel constitucional del TC en materia de los Derechos Fundamentales en ese ámbito. Las soluciones, siempre complejas, pueden ser varias.

3. APROXIMACIÓN CRÍTICA A ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES

La conocida posición inicial del Tribunal Constitucional respecto al Derecho comunitario consistía, dicho ahora de forma resumida, en considerar que el problema del acomodo de las normas de Derecho interno a las exigencias del

46. La mejor prueba de ello es la contenida al respecto en el ya señalado apartado 3 del Voto particular concurrente de la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita.

47. De 18 de junio de 1991, as. *ERT*, C-260/89; de 26 de mayo de 1997, as. *FAMILIAPRESS*, C-368/95; de 12 de junio de 2003, as. *SCHMIDBERGER*, C-112/00, de 14 de octubre de 2004, as. *OMEGA*, C-36/02; de 16 de junio de 2005, as. *PUPINO*, C-105/03; de 11 de diciembre de 2007, as. *VIKING*, C-438/05; de 18 de diciembre de 2007, as. *LAVAL*, C-341/05; de 8 de marzo de 2011, as. *RUIZ ZAMBRANO*, C-34/09; de 12 de mayo de 2011, as. *SAYN-WITTGENSTEIN*, C-208/09; entre otras.

Derecho comunitario «no es un problema constitucional»⁴⁸, sino infraconstitucional, un problema de mera selección de la norma aplicable al caso, y por tanto relativo a la jurisdicción ordinaria, entendiendo que el TC ni es juez de aplicación del Derecho de la Unión, ni le corresponde controlar la aplicación (o inaplicación) judicial del mismo⁴⁹. Hay que señalar que esta primera posición ha ido flexibilizándose o relativizándose de forma progresiva, dando a entender, siquiera de forma implícita, que la cuestión de la aplicación judicial del Derecho de la Unión europea puede tener, si no un rango constitucional, sí una cierta relevancia o contenido constitucional. Así ha quedado constatado, no sólo con el propio planteamiento de la primera remisión prejudicial del TC a través del ATC 86/2011, de 9 de junio, Auto del que trae causa la Sentencia *Melloni* del Tribunal de Luxemburgo, sino que, igualmente, de forma muy abierta en la STC 145/2012, de 2 de junio⁵⁰, o en una serie de sentencias previas en las que el Tribunal Constitucional considera que omitir plantear una cuestión prejudicial ante el TJ, cuando ello es debido a la luz de las normas del Derecho de la Unión [art. 267 (3) TFUE y jurisprudencia al respecto] puede tener implicaciones constitucionales de cara a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en con-

48. Por ejemplo: SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8; y 265/1994, de 3 de octubre, FJ 2.

49. El TC ha señalado de forma reiterada que el Derecho de la Unión no es parámetro o canon directo (o por sí mismo) de constitucionalidad, de manera que no le corresponde controlar la aplicación del mismo por los poderes públicos nacionales.

50. En el FJ 2 de la misma se reconoce que: «si bien es cierto que hemos declarado en múltiples ocasiones que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, toda vez que este control compete exclusivamente a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento de la Unión Europea y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3, entre otras muchas), y que la eventual infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5), *no lo es menos que las quejas planteadas por la demandante tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo*» (énfasis añadido). La STC 145/2012 otorgará el amparo ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (en su manifestación de un derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes, sin que se incurra en una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), declarando la nulidad de una sanción administrativa y dos resoluciones judiciales que generaban aquella vulneración, por aplicar legislación nacional que había sido declarada contraria al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso por incumplimiento (STJ, de 17 de julio de 2008, as. *Comisión contra España*, C-207/07). En profundidad sobre la misma: ARROYO JIMÉNEZ, L., «Hacia una normalización constitucional del Derecho de la Unión Europea. A propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio», *REDE*, 45, 2013, pp. 139 y ss.; SARMIENTO, D., «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law. *Tribunal Constitucional* (Spanish constitutional court), Judgment 145/2012 of 2 July 2012, *Iberdrola v. Comisión Nacional de la Energía*», *CMLR*, 50 (3), 2013, pp. 875 y ss.

creto, en la STC 58/2004, de 19 de abril⁵¹ o en la STC 78/2010, de 20 de octubre,⁵² (si bien la STC 27/2013, de 11 de febrero, no deja de generar dudas o de no despejarlas⁵³).

Pero en materia de incorporación nacional de los DFUE por parte del Juez nacional, y de forma más concreta, de control de la actuación judicial acerca de esa incorporación, el Tribunal Constitucional entiende, como venimos señalando, que el Juez nacional debe utilizar los DFUE únicamente como parámetro indirecto de constitucionalidad de la actuación nacional del poder público correspondiente (así lo hace en el ATC 86/2011 y lo confirma con esta STC 26/2014).

¿Cómo reconducir la posición, y pasar a aceptar que el Juez nacional no puede obviar o contrariar el respeto de los DFUE como canon directo de europeidad de la actuación del poder público nacional? ¿Qué posibles soluciones hay? En lo que sigue, nos ceñiremos a señalar muy brevemente las dos que, de una u otra forma han sido, a nuestro juicio, ya apuntadas «a modo de invitación» por parte de diversos actores. La primera posibilidad de solución, la menos costosa, la que no exigiría que el Tribunal Constitucional asumiera que él también es garante del Derecho europeo de los Derechos Fundamentales (sino sólo de que sí lo es el Juez nacional que actúa como Juez de aplicación del Derecho europeo, y que esa garantía que debe dar el Juez nacional forma parte

51. Vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías, cuando el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una norma de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, resultando procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios –según lo establecido por el art. 267 TFUE a la luz de la jurisprudencia del TJUE al respecto–. Asimismo la STC 194/2006, de 19 de junio, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2 CE).
52. Sobre el tema, entre otros: ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO, R. (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum T.R. Fernández*, vol. I: Thomson-Civitas, Madrid, 2012, 13 y ss., espec. pp. 18 y ss.; y en su *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 199 y ss.; ARROYO JIMÉNEZ, L., «Hacia una normalización constitucional del Derecho de la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 139 y ss.; asimismo, IZQUIERDO SANS, C., «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española», *RGDE*, núm. 23, 2011; MORCILLO MORENO, J., «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: facultad o deber?», *RAP*, núm. 185, 2011, pp. 227 y ss.; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Una aproximación "post-Lisboa")», *REDE*, 39, 2011, pp. 375 y ss.
53. Véanse FFJJ 2 y ss., y especialmente el voto particular a la misma formulado por la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita. Sobre la Sentencia: el trabajo del Magistrado HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «La facultad/obligación de plantear la cuestión prejudicial europea», en ALONSO GARCÍA, R. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (Dirs.), *La cuestión prejudicial europea*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.; CARLÓN RUIZ, M., «El Tribunal Constitucional como garante del Derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero», *REDE*, 47, 2013, pp. 99-123.

incluso del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE que él sí debe controlar⁵⁴), es la que vendría de asumir la tesis del TJ sobre la incorporación de los DFUE a través de la teoría de la distinción de situaciones iusfundamentales, la distinción de las situaciones «*Melloni/Akerberg*». Y la segunda, más trabajosa y costosa, la que pasa por convertir al propio TC también en Juez garante de los DFUE (si bien, sin quitarle la última palabra en materia de control de los contralímites también en materia de respeto de los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución nacional), una posible solución que, de alguna manera, tiene su apoyo en una posición sobre el control de europeidad de las leyes mantenida hace tiempo por parte del Consejo de Estado. Veámoslas de forma un poco más detenida.

A. *Una posible solución «sencilla»: la aceptación de la incorporación nacional directa de los DFUE a través de la teoría de las «situaciones Melloni y Akerberg». El nada desdeñable margen de juego de la «situación Akerberg»*

Ya hemos apuntado que el TC no se ve a sí mismo como Juez de aplicación del Derecho europeo y tampoco (salvo excepciones también apuntadas) como Juez que controla la aplicación judicial nacional del Derecho de la Unión y de los DFUE. Sin embargo, por otro lado, hemos constatado asimismo que el Juez nacional que debe aplicar el Derecho de la Unión se debe primariamente a ese Derecho y a esos DFUE antes que al Derecho interno e, incluso, a los Derechos reconocidos por la Constitución nacional (obviamente, cuando se encuentra ante un supuesto que entra en el radio de acción del Derecho europeo). El problema consiste en que cuando el TC controla, en atención a parámetros iusfundamentales constitucionales, la actuación del juez nacional que debe garantizar (primariamente) los DFUE pueden surgir diferencias que es necesario salvar de la «mejor manera».

En la STC 26/2014 el Tribunal Constitucional opta por dar al Juez nacional la solución del caso apuntada y, a la postre, exigida por el TJ en la Sentencia *Melloni*, pero entendiendo que ese Juez nacional debe llegar a la misma a través de la aplicación de la concepción nacional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (esto es, entendiendo que ese derecho está informado, vía art. 10.2 CE, por el derecho a la tutela judicial reconocido en la CDFUE según éste es entendido en la Unión), no por medio de la aplicación directa o como parámetro directo de la CDFUE. El Tribunal Constitucional quiere seguir diciendo la última palabra en materia de DF también a ese Juez nacional que actúa como Juez europeo, y quiere hacerlo sin asumir que éste se debe primero a los DFUE. Prefiere entender que la solución comunitariamente «debida» e incontestable es la constitucionalmente querida (aunque la jurisprudencia constitucional pre-

54. Sobre el tema véase UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «*La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español*», *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, 2013, pp. 391-428, especialmente el apdo. IV.3, pp. 425 y ss.

via y el propio ATC 86/2011 vengan a señalar que la orientación constitucional previa era la opuesta). Sencillamente, éste es el caso de la STC 26/2014. Pero esta situación no puede mantenerse durante mucho tiempo, echando mano del «método procrustiano» cada vez que el Juez nacional se encuentre con que no coinciden el parámetro europeo y el nacional. Esta no es la mejor solución posible, y además, como se ha señalado, no está exenta de riesgos serios.

La que sí es una solución posible es precisamente la que pergeñó y ofreció el propio TJ con las dos Sentencias que emitió, simultáneamente, el mismo 26 de febrero de 2013: la propia Sentencia *Melloni* (derivada, precisamente, de la primera prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional mediante el ATC 86/2911), y la Sentencia *Akerberg*⁵⁵. Una solución que, distinguiendo dos situaciones distintas, hace encajar el sistema nacional con el sistema europeo de los Derechos Fundamentales, el respeto judicial debido a los Derechos Fundamentales constitucionales con el deber de la incorporación nacional de los DFUE.

Dichas sentencias confirman categóricamente que los DFUE son el parámetro o canon de enjuiciamiento en el ámbito nacional de aplicación del Derecho de la Unión, pero reconocen, por primera vez, de forma clara una regla o pauta que dirime cuándo y en qué condiciones puede actuar «también» el sistema nacional de protección de los DF dentro del ámbito delimitado por la aplicación interna del Derecho de la Unión, y por tanto de forma compatible con los DFUE. Como decimos, la regla que cabe inferir, de forma idéntica, de ambas Sentencias, es una regla que contempla dos situaciones iusfundamentales diferentes, cada una con su consecuencia. Según establece la misma –una regla que el Tribunal entiende «confirmada» por el artículo 53 de la Carta– «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»⁵⁶, mientras que –cabe deducir a sensu contrario–, cuando la aplicación nacional del Derecho de la Unión deba realizarse sin margen para adoptar aquellas medidas normativas internas, no habrá otra posibilidad que aplicar el estándar iusfundamental de la Unión. Si ésta situación se da en el asunto *Melloni*, aquella, por el contrario, aparece escenificada en el asunto *Akerberg*⁵⁷. Veámoslo de forma un poco más detenida.

a. La situación *Melloni*

Es la situación iusfundamental que se genera cuando un acto del Derecho de la Unión no requiere medidas nacionales para su ejecución, porque la regula-

55. STJ de 26 de febrero de 2013, as. *Hans Akerberg FRANSOON* (C-617/10).

56. Regla recogida en el apartado 60 de la Sentencia *MELLONI*, que se ve reiterada, como veremos más adelante, en el apartado 29 de la Sentencia *AKERBERG*.

57. Para un análisis del encaje de posteriores SSTJ relativas a Derechos Fundamentales en una u otra situación vid. supra el apartado II.2.B).

ción está totalmente detallada o determinada. Pues bien, el Tribunal deja entender que en este supuesto no hay margen para utilizar estándares nacionales de protección de los Derechos Fundamentales ante la actuación interna. Ésta era la ya descrita situación del asunto *Melloni*, pues el art. 4 bis DM, en su versión de 2009, ya regula –de manera conforme a la Carta y el Convenio– todo lo relativo a los derechos procesales de las personas en cuanto al reconocimiento de las resoluciones dictadas a raíz de juicios sin comparecencia del imputado⁵⁸. De manera que, en este caso, no habría margen para (introducir particularidades nacionales como) condicionar la entrega (al hecho de que se asegure la revisión de la condena en Italia) y salvar así la vulneración indirecta del art. 24 CE, pues ello va contra la uniformidad y efectividad de una DM). En la situación *Melloni*, no hay margen para juzgar la resolución judicial de entrega bajo el estándar iusfundamental nacional que venía utilizándose con carácter previo a la STC26/2014, se eche mano o no del art. 10.2 CE (apertura constitucional al Derecho supranacional e internacional de los Derechos humanos, incluido el de los DFUE).

b. La situación *Akerberg*

La otra situación contemplada, ésta de forma explícita, es la «situación del caso *Akerberg*»⁵⁹, la que se da, a diferencia de *Melloni*, cuando el acto de la Unión requiere medidas de ejecución, esto es, cuando la actuación de aplicación estatal no esté totalmente determinada o armonizada. La Sentencia *Akerberg*, por lo que ahora interesa destacar, trae causa de una remisión prejudicial de un Tribunal sueco, planteando, entre otras cuestiones prejudiciales, si es posible entablar una acción penal por infracción fiscal contra una persona a la que ya se ha impuesto un recargo fiscal por los mismos hechos de declaraciones fiscales falsas en materia de IVA, de acuerdo con el derecho fundamental a no ser inculcado o sancionado «penalmente» dos veces por la misma infracción (principio *non bis in idem*) reconocido en el artículo 50 de la Carta⁶⁰.

Tras recordar que la actividad de los Estados está vinculada por la Carta y las exigencias derivadas de los derechos de la misma «cuando apliquen Derecho de la Unión», y pese a las observaciones presentadas al respecto por algunas de las partes interesadas y la posición del propio Abogado general⁶¹, el TJ enten-

58. Véanse al respecto, por ejemplo: los apartados 59 y ss. de la Sentencia y 67 y ss. de las Conclusiones del Abogado General.

59. STJ de 26 de febrero de 2013, as. *Hans Akerberg Fransson* (C-617/10). Sobre el tema, entre otros, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el ámbito de aplicación nacional...», *op. cit.*, pp. 391 y ss.; ALONSO GARCÍA, R., *El Juez nacional en la encrucijada europea...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss., espec. 35 y ss.

60. Artículo 50: «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción: Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

61. En el sentido de que ni la norma nacional con arreglo a la cual se impusieron los recargos fiscales, ni la legislación en la que se basa la acción penal, constituyen una aplicación del Derecho de la Unión, de manera que el TJ no debe apreciar el caso como un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del art. 51.1 de la Carta.

derá que los recargos fiscales impuestos al Sr. Hans Akerberg y la acción penal ejercitada contra él se deben en parte al incumplimiento de sus obligaciones declarativas en materia de IVA (la inexactitud de la información proporcionada en dicha materia), y que por ello «constituyen una aplicación de los artículos 2, 250, apartado 1, y 273 de la Directiva 2006/112 (anteriormente artículos 2 y 22 de la Sexta Directiva) y del artículo 325 TFUE, y por lo tanto del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta»⁶². Una vez identificado así el ámbito de aplicación interna del Derecho europeo, volverá a resaltar, de forma muy similar a como lo hizo en la Sentencia *Melloni*, la regla de que «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, Rec. p. I-0000, apartado 60)»⁶³.

Y para el TJ la situación del caso *Akerberg* es precisamente esa en la que —a diferencia de lo que ocurre en una situación como la del caso *Melloni*— la actuación del Estado miembro, aunque tiene su origen o entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión⁶⁴, no está totalmente regulada o armonizada por éste Derecho (en este caso, a la hora de establecer la potestad sancionadora del Estado para evitar el fraude contra el IVA y combatir contra las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión). De manera que el Juez sueco del caso podrá seguir aplicando los estándares nacionales de protección de los Derechos Fundamentales (sin dejar de ser Juez nacional que actúa como Juez comunitario). Aunque, eso sí, bajo dos condiciones aceradas: (b.1) que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, de manera que la Carta sigue siendo una referencia iusfundamental incondicionada; (b.2) y que tampoco afecte a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

62. Apartado 27 de la Sentencia. Se refiere en concreto a de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DO L 347, p. 1), de la que se deriva que cada Estado miembro tiene la obligación de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar que el IVA se perciba íntegramente en su territorio y para luchar contra el fraude. El artículo 325 TFUE, por su parte, exige a los Estados miembros que combatan las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas.

63. Apartado 29 (énfasis añadido). En el mencionado apartado 60 de la STJ *MELLONI* el Tribunal se referirá a la existencia de esas mismas facultades (condicionadas) «cuando un acto del Derecho de la Unión requier[a] medidas nacionales para su ejecución».

64. Cfr. apartados 27 y 28 de la Sentencia.

Llegados aquí, cabe concluir que no hay margen de actuación para los estándares nacionales de protección si no hay margen de actuación nacional en la ejecución del Derecho de la Unión o, dicho de otra manera, si el acto de aplicación aparece totalmente determinado por el Derecho de la Unión, como ocurre en *Melloni*. Pero cuando sí exista ese margen, como ocurre en el asunto *Akerberg*, lo habrá también para el sistema nacional de los Derechos Fundamentales, aunque sea con el límite de que éste no pueda condicionar ni el nivel de protección de la Carta, ni la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión. El supuesto de hecho que analiza la STC 26/2014 es claramente un supuesto que entra plenamente en la situación *Melloni*. No hay espacio para la duda, y eso significa que tampoco para entender que la incorporación nacional de los DFUE puede ser condicionada, modulada o matizada por el sistema nacional de los Derechos Fundamentales. Pero, cabe pensar, sin embargo, que es una lástima que el Tribunal Constitucional no haya aprovechado la ocasión para realizar una valoración más profunda acerca de las posibilidades o del juego que reconoce el TJ en ésta «situación *Akerberg*» (sólo hay dos menciones fugaces a dicha Sentencia, y ambas están realizadas en voto particular⁶⁵). Máxime pudiendo augurarse que, muy probablemente, una gran parte de los casos de conflicto iusfundamental que se produzcan en la UE (especialmente en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, donde probablemente surgirán muchos y cada vez en mayor número) responderán a ésta situación, a la situación que deja

65. Véase el *Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita*, cuando señala que el TC 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, o sobre las implicaciones que derivan del sentido que da el TJ al art. 53 de la Carta para las relaciones entre el ordenamiento estatal y el de la Unión. Y que «para realizar la necesaria reflexión en este sentido, este Tribunal tendría que haber comenzado por situar la Sentencia *Melloni* en el contexto más amplio de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, considerando otros importantes pronunciamientos como, por ejemplo, la otra Sentencia dictada por la Gran Sala el mismo día 26 de febrero de 2013 en el asunto *Åkerberg Fransson* [...] (final del apartado primero de su voto particular). O el *Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías*, cuando señala [en el apartado 6.c) del voto particular] que: «Todos los Jueces y Tribunales nacionales deben aplicar el derecho europeo y por ello, todos, sin excepción, son "jueces europeos"» cuando se trate de dicha aplicación. También en materia de derechos fundamentales, y en la aplicación del Derecho de la Unión, deben atender al estándar europeo, con la posibilidad, no obstante, de que, en el supuesto de que la normativa comunitaria deje margen a la discrecionalidad, recurran, si así lo estiman, al canon nacional (STJ de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg Fransson*). También debe actuar así la jurisdicción constitucional, como lo demuestra que el propio Tribunal Constitucional, en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, se reconozca como "órgano jurisdiccional" en el sentido de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea [ATC 86/2011, de 9 de junio, FJ 4 e)]. [...]. De lo expuesto se deriva claramente que cuando un Tribunal de uno de los Estados miembros decide interponer este tipo de cuestión, está reconociendo que el competente para resolverla, es el Tribunal ante el que se formula dicha cuestión, salvo que su decisión afecte a los límites materiales de la Constitución, en los términos ya expuestos».

margen de maniobra al sistema nacional de los derechos fundamentales, y permite jugar un papel determinante al Tribunal Constitucional en materia de aplicación judicial nacional de los DFUE.

Es verdad que asumir esta posición de las «dos situaciones» exige cierta modulación en cuanto al rol de control que ejerce el TC sobre el juez nacional (que actúa como juez europeo) en materia de Derechos Fundamentales. Pero tanto las exigencias irreductibles de la situación *Melloni* al igual que las condiciones o límites que, pese a todo, marca la Sentencia *Akerberg* son el precio a pagar por la integración europea, que a estas alturas conlleva también una inescindible exigencia de integración iusfundamental, a riesgo de que, en caso contrario, se elimine la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. No obstante, la aceptación del juego o teoría de estas dos situaciones permitiría salvar tanto la obligación de incorporar el sistema europeo de los DF como el respeto debido a los reconocidos por el sistema constitucional nacional, debiendo avenirse sólo en los supuestos en los que estén en juego los arriba mencionados caracteres sustanciales de la integración europea (primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión). Y nunca debiendo aceptar lo que es inaceptable o irrenunciable según estándares constitucionales nacionales. En efecto, esa modulación hacia la avenencia iusfundamental no significa hipotecar la tutela constitucionalmente debida de los derechos fundamentales en manos del TJ, puesto que, como señalaremos más adelante, el TC debe seguir siendo el Tribunal de los contralímites constitucionales a la Unión, también en materia de Derechos Fundamentales.

B. Una posible solución «compleja»: El Tribunal Constitucional como juez garante de los DFUE

Otra «posible» solución, aunque no se nos escapa que mucho más compleja, es la conversión del propio Tribunal Constitucional en juez del Derecho de la Unión y de los DFUE. Cabe señalar, en esta línea, la existencia de dos Informes del Consejo de Estado⁶⁶ que, al advertir de los problemas de seguridad jurídica que genera la inexistencia de un cauce para la eliminación *erga omnes* de la ley contraria a Derecho comunitario (consecuencia del carácter difuso del control de comunitariedad de la norma interna de rango legal realizada por el juez ordinario del caso) reflexionará sobre la necesidad de «una posible solu-

66. El Informe del Consejo de Estado, de 16 de febrero de 2006, *sobre modificación de la Constitución Española* [al respecto, por ejemplo: RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2006; ALONSO GARCÍA, R., «La recepción del proceso de construcción europea según el informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional española», REDE, 19, 2006, pp. 329 y ss.; SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., «La reforma de la Constitución Española y el proceso de integración europea». Comentario al Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 24, 2006, pp. 571 y ss.] y el Informe, de 14 de febrero de 2008, *sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español* (vid. *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del Informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado/CEPC, Madrid, 2008).

ción» al respecto. De forma más concreta el Consejo de Estado presentará como posible solución el articular un sistema de depuración de la ley infractora del Derecho comunitario, dotando de los mencionados efectos *erga omnes* a la declaración hecha en este sentido en un procedimiento *ad hoc* (haciéndolo sin menoscabo de la potestad del juez de inaplicarla sin esperar a su expulsión del ordenamiento jurídico interno, esto es, de la conocida doctrina *Simmenthal* del TJ). La duda que se le planteaba era determinar a qué órgano debería atribuirse la competencia para realizar dicha declaración general de desconformidad.

En el Informe del año 2006 sobre la reforma constitucional, el Consejo de Estado contemplaba dos diferentes posibilidades por lo que respecta a 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»: (a) recogerla en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), o, (b) «si se quiere mantener más fielmente la sujeción de la jurisdicción ordinaria a la ley», en la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). Según señalaba el Informe, «si el problema se quiere resolver en términos de mera inaplicación, bastaría con la declaración *erga omnes* efectuada por el Tribunal Supremo de que una ley es contraria al Derecho comunitario; pero si se quiere resolver el problema en términos de invalidez, lo que no plantea dificultades constitucionales insalvables, la competencia para tal declaración debería atribuirse al Tribunal Constitucional, modificando los correspondientes preceptos de su Ley Orgánica»⁶⁷. En el Informe del año 2008 sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, el Consejo de Estado estimará que «existen argumentos suficientes para residencial el indicado procedimiento en el Tribunal Constitucional», entendiéndolo, por lo que ahora interesa destacar, que ésta «solución competencial propuesta conllevaría la asignación de un papel europeo al Tribunal Constitucional (...)»⁶⁸.

Es obvio que el tema da juego para muchas reflexiones y valoraciones de distinto tipo. No obstante, centrándonos en lo que ahora importa, cabe apuntar que si no es descabellado pensar en que el Tribunal Constitucional pueda utilizar el Derecho de la Unión como parámetro directo de enjuiciamiento de la actuación del legislador nacional, tampoco lo es que pueda utilizar ese parámetro (el Derecho de la Unión Europea, en este caso una parte del mismo, el relativo a los Derechos Fundamentales) para enjuiciar y controlar la actuación del juez nacional que actúa aplicando el Derecho de la Unión. Ello implicaría la conversión del Tribunal Constitucional en garante de los DFUE, obligando al Tribunal a cambiar su clásica posición autoinhibicionista con respecto al Derecho de la Unión Europea (y los DFUE), esto es, con respecto a ser Juez de aplicación del Derecho europeo y juez que controla la aplicación judicial del mismo. Se trata, en cualquier caso, de una solución más compleja y problemática.

67. Apartado III.6.3 del Informe del 2006.

68. Apartado V.2.2 del Informe (pp. 185 y 186, según la edición del Consejo de Estado y el CEPC antes señalada).

C. *El papel del Tribunal Constitucional como Tribunal garante de los derechos fundamentales nacionales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión y de los DFUE*

Pensemos por un momento en el supuesto de que, de una u otra manera, también el Tribunal Constitucional acabe aceptando que, en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea, el Juez nacional se debe a los DFUE antes incluso que a la concepción nacional de los DF (siempre que, como hemos podido ver, no coincidan ambos parámetros, y la utilización del canon nacional vaya en detrimento de la uniformidad, primacía y efectividad del Derecho de la Unión). No se trata de nada descabellado. Es simplemente lo que exige el Derecho de la Unión. Ante ello, la pregunta clave todavía seguiría siendo ¿qué papel debe jugar entonces el TC en materia de garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución nacional frente al poder público nacional –legislador, ejecutivo, poder judicial– encargado de aplicar el Derecho de la Unión? y/o, por lo que ahora interesa ¿Qué papel juega el alto Tribunal a la hora de controlar al juez nacional que actúa como Juez de aplicación del Derecho Europeo y de los DFUE?

Parece obvio que los DFUE son una parte del Derecho de la Unión, Derecho que ese Juez nacional está obligado a tutelar de forma efectiva, a título de Derecho europeo. Y no sólo por exigencias del Derecho europeo⁶⁹, sino que, igualmente, de las derivadas del contenido del Derecho Fundamental (constitucional) a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico europeo (artículo constitucional que juega, así, un papel trascendental en la «integración» del Derecho de la Unión a través de la garantía de los derechos reconocidos por ésta). Y el Tribunal Constitucional deberá encajar esta cuestión.

No obstante, esa aceptación de la incorporación nacional/judicial del Derecho de los DFUE a título de Derecho de la Unión (con sus efectos característicos, incluido el efecto directo y la primacía, y no sólo a modo de canon mediato de constitucionalidad) no puede ni debe significar que el TC hace una dejación de su función de garante máximo de los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional. Ciertamente, esa obligación es indisponible e irrenunciable para el Tribunal. Otra cosa es que, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, dicha función sufra una cierta modulación, de manera que en el futuro se caracterizaría, al menos, ciñéndonos a lo que ahora importa, por los siguientes dos rasgos. Por una parte, y como ya se ha dicho, por tener que asumir, como mínimo, las exigencias estipuladas en la ya mencionada juris-

69. SSTJ: de 15 de mayo de 1986, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, apdos. 18 y 19; de 15 octubre de 1987, as. *HEYENS Y OTROS*, 222/86, apartado 14; de 25 de julio de 2002, as. *UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES/ CONSEJO*, C-50/00 P, apartado 39; 13 de marzo de 2007, as. *UNIBET*, C-432/05, apartado 37; de 28 de febrero de 2013, as. *ARANGO JARAMILLO Y OTROS /BEI*, C-334/12 RX-II, apartado 40. Véase también, obviamente, el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

prudencia de las situaciones «Melloni/Akerberg», según que la actuación estatal esté o no totalmente determinada por el Derecho europeo. Es obvio, que habría aquí una cierta contracción de la autoridad iusfundamental del Tribunal Constitucional. Pero por otra, esa modulación implica que el Tribunal Constitucional no puede renunciar a la tarea de ser el último resorte en controlar la «salud constitucional» de los derechos fundamentales en el conjunto del ámbito de aplicación nacional de los DFUE frente a eventuales graves recortes o vulneraciones (por ejemplo, del contenido absoluto de un derecho fundamental) que pudiera generar el sistema europeo. En definitiva, que no puede renunciar a ser el Tribunal de los contralímites en materia de Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución nacional. Y ello porque la obligada incorporación nacional de los DFUE vía art. 93 en conexión con el art. 61 TUE (y 51.1 CDFUE) no puede hacer perder la soberanía del Estado en materia de protección de los Derechos Fundamentales. El Estado mantendría, *in fine*, su soberanía iusfundamental, tal y como vino a señalar la DTC 1/2004, de 13 diciembre. Y el Tribunal Constitucional sería el valedor de la misma⁷⁰. Este segundo rasgo, a diferencia del anterior, generaría una sublimación o aumento de su responsabilidad de control iusfundamental, ahora más concentrada en el conjunto del sistema, abarcando también, a la postre, un control sobre las exigencias iusfundamentales establecidas por la Unión).

En realidad, la STC 26/2014 se hace eco de la doctrina de los límites materiales –derivados de la Constitución– a la integración de la DTC 1/2014 en su FJ 3. Pero no extrae ninguna consecuencia de este recordatorio, ni siquiera la de señalar que en este caso no cabe hacer uso de los referidos límites a la integración, dado que no se cumplen las condiciones establecidas. Y es que no deja de ser que en el presente asunto ni se plantea el eventual conflicto entre el DUE y la CE ni la cuestión debatida (si la celebración de un nuevo juicio tras la sentencia dictada en rebeldía es parte o no del contenido absoluto del derecho de defensa) parece tener entidad suficiente para afectar a la identidad nacional del Reino de España. Así lo expuso el Abogado General, lo reconoció el Agente de España ante el TJ y, a la luz de la Sentencia, lo comparte el Tribunal

70. Cuando, como es conocido, señala 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)» (FJ 2). Y que «en el caso difícilmente concebible» de que en la dinámica ulterior 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 al propio Derecho originario de la Unión fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en el mismo, «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 suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes» (FJ 4).

Constitucional, que no ha dudado en revisar su doctrina según la cual la celebración de un nuevo juicio tras la sentencia dictada en rebeldía es parte del contenido absoluto del derecho de defensa y, por lo tanto, condición para proceder a la entrega a un tercer Estado.

En todo caso, el ejercicio de esta función del Tribunal Constitucional de controlar el respeto de los contralímites podría concretarse, además, a no mucho tardar, como hace ver el profesor Ricardo ALONSO GARCÍA⁷¹, de continuar determinados excesos de la propia jurisprudencia del TJ en el último año. Como se ha señalado, en una «situación Akerberg» (esto es, aquella en la que la acción de los Estados miembros no está totalmente determinada por el Derecho de la Unión) los Estados estarían «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» (bookmark0facultades de las que carecerían, sin embargo, en una «situación Melloni», esto es, aquella en la que carezcan del más mínimo margen de maniobra)⁷². Pero la incolumidad o la indisponibilidad de éstas, esto es, de la esencia de la Unión, se configura más bien como un límite genérico, pensado para supuestos extremos⁷³. No obstante, hay que constatar la presencia de alguna que otra Sentencia del TJ (posterior a *Melloni* y *Akerberg*), como por ejemplo, la recaída en el asunto G. y R.⁷⁴, en la que parece que el Tribunal de Luxemburgo sacrifica la lógica de la tutela de los derechos fundamentales a la dura y pura efectividad del Derecho de la Unión, sometiendo y negando el desplazamiento del estándar europeo de los derechos por parte de los estándares nacionales, en una situación en la que los Estados gozan de amplio margen de maniobra, al «efecto útil» del Derecho europeo (en el caso, en concreto, a la «Directiva retorno», 2008/115/CE)⁷⁵. Ante ello, nuestro autor concluye que «si estos fueran los derroteros por los que hubiera de moverse en un futuro el Tribunal de Justicia, construyendo sin rigor y a la baja los estándares europeos de la Carta en ámbitos tan sensibles como los que hasta hace poco presidía el espíritu intergubernamental (i.e., los concernientes al antiguo tercer pilar), y desconociendo en última instancia la puerta abierta por *Akerberg* a hipotéticos estándares superiores de protección de la mano de los catálogos nacionales, auguro un renacimiento, de la mano de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, de la doctrina de los contra-límites al Derecho de la Unión elaborada en Italia y Alemania en la década de los sesenta»⁷⁶.

71. ALONSO GARCÍA, R., *El Juez nacional en la encrucijada europea...*, op. cit., pp. 35 y ss.

72. Cfr. Apartado 60 y 61 de la STJ MELLONI.

73. Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *ibid.*, p. 38.

74. De 10 de septiembre de 2013, C-383/13.

75. Y no parece un caso aislado. Así, como ejemplo de otra STJ de construcción a la baja del estándar europeo de protección de los Derechos Fundamentales en presencia de margen de maniobra de los Estados miembros, el mencionado autor señala asimismo la sentencia recaída en el asunto *TEXTDATA SOFTWARE*, de 26 de septiembre de 2013, C-418/11 (*ibid.*, p. 47).

76. ALONSO GARCÍA, R., *ibid.*, p. 46 [recordando la Sentencia 183/1973, de 27 de diciembre –asunto *Frontini*– en la que el Tribunal Constitucional italiano sostenía la doctrina de

Sea como fuere, la conclusión es clara. Es lógico que asumir la doctrina de la necesaria incorporación nacional de los DFUE por parte del Juez nacional le resulte algo difícil de aceptar al Tribunal Constitucional, especialmente si se teme que esa incorporación podría, en algunos casos derivar en rebajas inaceptables en la garantía de los derechos constitucionales según estándares constitucionales (por ejemplo, que se obligue al Juez nacional a asumir una rebaja del contenido absoluto de un Derecho Fundamental, que era, al principio, antes de que el TC haya cambiado de jurisprudencia en esta Sentencia, el supuesto de este asunto Melloni). Creo que es difícil negar, en este sentido, que, en alguna medida, vivimos en la convicción de que el nivel de garantía de los Derechos Fundamentales en el contexto constitucional es claramente superior al establecido por los estándares europeos. Pero el temor a esa rebaja no puede ni debe conjurarse, si es que aceptamos el objetivo y las exigencias de la integración europea (que también lleva implícita una integración iusfundamental), renunciando a reconocer y a asumir que el juez nacional que actúa como Juez europeo debe realizar una incorporación nacional directa de los DFUE (Melloni/Akerberg), una incorporación que le exige priorizar, llegado el caso, la aplicación de los estándares europeos de garantía sobre los nacionales. Esa cautela de protegerse o de prepararse ante una rebaja constitucionalmente inaceptable no debe hacerse al precio de no aceptar la integración iusfundamental establecida por el Derecho europeo (o de aceptarlo sólo desde los márgenes del art. 10.2 CE). Debe realizarse, llegado el caso de una rebaja constitucionalmente inaceptable, a través del uso responsable de la doctrina de los contralímites. Así pues, la solución no es realizar una sentencia recatada, acomodándonos a las exigencias iusfundamentales europeas del caso a través del art. 10.2 CE, y no a través de la incorporación nacional de los DFUE vía art. 51.1 de la Carta. La solución es aceptar asumir la doctrina de la incorporación nacional directa de los DFUE, pero protegiendo el sistema constitucional contra los eventuales excesos de la misma a través del juego de los contralímites (y lo que, en cualquier caso, no tiene sentido es *blandir* este juego o recordar severamente su existencia –como hace la STC 26/2014 en su FJ 3– cuando ni siquiera se acepta que el Juez nacional está obligado a utilizar el estándar europeo de los DFUE con primacía sobre el canon interno, esto es, cuando estas utilizando como estándar de control tu propio canon iusfundamental⁷⁷). Mientras el nivel general de

los «contralimiti» a la integración, según la cual la limitación de soberanía derivada de la integración europea no podría en ningún caso desembocar en el otorgamiento a las instituciones comunitarias de «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana»; una doctrina que confirmaría en las Sentencias 170/1984, de 8 de junio –asunto *Granital*– y 232/1989, de 21 de abril –asunto *Fragd*–. Y recordando, en la misma línea, la doctrina *Solange I* del Tribunal Constitucional Alemán –Auto de 29 de mayo de 1974, 2 BvL 52/71–; sobre el tema, *in extenso*, el mismo autor: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 385 y ss.].

77. Véase en este sentido, el pertinente voto particular de la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita (apdo. 2) al destacar que «a mi juicio, es incoherente que, en un ámbito *en el que no existe problema alguno* de compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con la Constitución española (*pues la propia Sentencia se encarga en el fundamento jurídico 4 de reinterpretar y ajustar a la baja el contenido absoluto del derecho fundamental afec-*

protección de los derechos en manos del TJ sea sustancialmente equivalente al que reciben en el plano constitucional interno, el TC debe aceptar que opere en territorio español la jurisprudencia de la incorporación nacional directa de los DFUE del TJ (basada en el art. 6.1 TUE, 51.1 de la Carta de DFUE y en la previa jurisprudencia *Wachauf*). Desde luego, la supremacía de la tabla de derechos de la CE se relativiza en el marco del DUE y cede a favor de la tabla de derechos fundamentales de la UE, aunque siempre desde los límites establecidos en la DTC 1/2014. Pero existe un objetivo de relevancia constitucional que justifica este resultado: la integración europea (art. 93 CE).

Por otra parte, tampoco cabe olvidar que, a la postre, tanto el sistema constitucional como el sistema europeo-comunitario de los Derechos Fundamentales se encuentran bajo la tutela –a la postre unificadora– del también sistema regional de derechos Humanos del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH. Y ello no ya por lo establecido en los apartados 2 y 3 del art. 6 del TUE (y la jurisprudencia previa del propio TJ considerando a dicho Convenio como una fuente de inspiración privilegiada de la consideración de los DF como principios generales del Derecho de la Unión), sino que también por lo estipulado por la propia Jurisprudencia del TEDH, en el sentido de que el CEDH vincula también toda la actividad estatal que responde a una aplicación del Derecho de la Unión. Pero igualmente, y si cabe de forma muy especial, ahora que el Protocolo n° 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado el 2 de octubre de 2013⁷⁸, que entrará en vigor una vez ratificado por diez Estados⁷⁹, ha venido a prever una nueva vía de control incidental abierta a los procesos nacionales vinculados al control de convencionalidad de normas internas⁸⁰. Una vez

tado), parezca cuestionarse la primacía incondicionada de dicho Ordenamiento sobre el Derecho interno y se recuerde enfáticamente sus límites. La reiteración de esos límites podría sugerir la existencia de un conflicto profundo entre ambos ordenamientos, postulado que ni se desprende de nuestra jurisprudencia ni creo que sea la opinión mayoritaria del Pleno». E igualmente, cuando –en el mismo apartado 2, *in fine*– abunda en la idea, enfatizando que «sinceramente no entiendo que, *en un supuesto en el que no existe un problema de interpretación divergente ni por supuesto un conflicto con norma constitucional alguna*, este Tribunal recuerde y traiga a colación la doctrina formulada en la DTC 1/2004 para los casos hipotéticos y difícilmente concebibles de conflicto con la Constitución española que puedan surgir en la futura dinámica del Derecho de la Unión. Si la mayoría del Pleno consideraba que estábamos ante uno de esos supuestos, debería haberlo argumentado así lisa y llanamente; y si, por el contrario, consideraba que ese no era el caso, sobraba la advertencia» (énfasis añadido).

78. *Vid.*, al respecto: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>.

79. De forma más precisa, y según establece el artículo 8.1: «el primer día del mes siguiente a la expiración del período de tres meses después de la fecha en que diez Altas Partes Contratantes del Convenio hayan manifestado su consentimiento de quedar vinculados por el Protocolo, conforme a las disposiciones del artículo 7».

80. Al respecto, para lo que sigue, véase el trabajo de ALONSO GARCÍA, R., «La novedosa opinión consultiva del Protocolo número 16 del CEDH», en ALONSO GARCÍA, R. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (Dir.), *La cuestión prejudicial europea*, *op. cit.*, pp. 179 y ss.; LÓPEZ GUERRA, L., «Los protocolos de reforma n° 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *REDE*, 49, pp. 11 y ss.; CRIVELLI, E., «Il protocollo n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?», *Quaderni Costituzionali*, 4, 2013, pp. 1021-1023.

en vigor, y tal y como señala el apartado 1 del artículo 1 del Protocolo: «*Los altos tribunales de las Partes Contratantes, especificados de conformidad con el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos*». El Tribunal en cuestión podrá presentar la *opinión consultiva*, siempre que sea –continúa el apartado 2 del mismo artículo– en el ámbito de una causa pendiente ante el mismo órgano remitente⁸¹. De manera que, la entrada en vigor de dicho Protocolo permitirá que un «alto Tribunal» nacional, incluido obviamente el (alto Tribunal nacional) que actúa como Juez de la Unión y de los DFUE, pueda plantear una opinión consultiva en relación a la tutela de los derechos que debe realizar al aplicar normativa nacional, tanto si es o no en ejecución del Derecho europeo (incluso antes de plantear una cuestión prejudicial, aunque siempre con atención al DF a no sufrir dilaciones indebidas). Es decir, permitirá que el Juez nacional (incluido el propio TC) pueda activar un control incidental de convencionalidad del sistema iusfundamental europeo de Derechos Fundamentales, ante eventuales excesos derivados de las exigencias de realizar una incorporación nacional de los Derechos Fundamentales de la UE contraria al Convenio.

81. Los otros elementos más característicos que cabe extraer de la lectura del Protocolo sobre esta nueva vía incidental en manos de algunos órganos de la jurisdicción ordinaria son, dicho ahora de forma resumida, los siguientes: en primer lugar, que la legitimidad para solicitarlas está residenciada en «*los altos tribunales*» nacionales (a los que la respectiva parte contratante reconozca, opcionalmente, legitimación), que deberán hacerlo de forma motivada (interesa constatar que, en cualquier caso, el Protocolo no se circunscribe a los «más altos» Tribunales). En segundo lugar, la de tratarse de una solicitud de *carácter facultativo*, y cuya respuesta por parte del TEDH *carece de efecto vinculante* (art. 5), si bien no cabe perder de vista que la apertura de esta vía incidental no obsta para que luego se pueda interponer una demanda ante el mismo Tribunal. En tercer lugar, que las solicitudes de opinión convencional consultiva deberán *referirse a «cuestiones de principio» relativas a la interpretación o aplicación del Convenio y sus Protocolos* (no hay, pues, lugar para una cuestión incidental de validez).