

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo,  
Universidad de Castilla-La Mancha.

SUMARIO: I. Introducción. II. Unas preguntas necesarias. III. Unas respuestas desiguales. IV. Dispositivos de comunicación. V. Después de “Melloni”<sup>\*</sup>.

### I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años el Tribunal Constitucional está reconfigurando su doctrina sobre las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y la Constitución interna. Son dos los ámbitos principales en los que se está desarrollando este proceso. El primero es el de la articulación recíproca de los diversos niveles de protección de los derechos fundamentales que pueden resultar de esos dos sistemas: ¿cómo resolver los casos en los que un derecho es tutelado en diversa medida en uno y en otro ordenamiento? El segundo es el de la relevancia constitucional que, desde la perspectiva de los diversos derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española (CE), pueden llegar a adquirir las resoluciones judiciales que interpretan o aplican indebidamente normas de Derecho de la Unión: ¿cuándo lesionan estas resoluciones los derechos a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías?

En estos dos terrenos LUIS ORTEGA compartió, a mi juicio acertadamente, el criterio de la mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional. Un criterio que, con toda seguridad, él mismo contribuyó a formar, toda vez que el de las relaciones entre sistemas era un problema que le había venido ocupando desde hacía muchos años. Este artículo se centra en el primero de esos ámbitos y en él pretendo identificar algunos de los rasgos y dificultades más destacables en ese proceso de redefinición, así como los principales interrogantes que el Tribunal Constitucional tiene planteados en este momento. El problema de las relaciones entre los sistemas de protección iusfundamental interno y supranacional se ha vuelto a

\* Este artículo se publicó en el N<sup>o</sup> 174 de la *Revista Española de Derecho Administrativo* (2015) como homenaje a mi maestro LUIS ORTEGA ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y Magistrado del Tribunal Constitucional español.

suscitar en los últimos años con motivo del planteamiento por el Tribunal Constitucional de sus primeras cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia en el asunto “Melloni”. A continuación me detendré en la valoración que merece la decisión misma de promover esas cuestiones (*infra* II), para analizar posteriormente la respuesta otorgada por el Tribunal de Justicia (*infra* III), así como el desenlace que finalmente ha tenido el incidente (*infra* IV). Terminaré con algunas reflexiones acerca de la posible evolución de la doctrina constitucional (*infra* V).

## II. UNAS PREGUNTAS NECESARIAS

Las cuestiones se plantearon mediante el ATC 86/2011. El proceso tenía su origen en una euroorden emitida por las autoridades judiciales italianas para la entrega de un ciudadano de esa nacionalidad que había sido condenado en ausencia en aquel Estado miembro<sup>1</sup>. El Sr. Melloni había huido de la acción de la Justicia y no estuvo presente en el juicio, a pesar de que le llegaron a notificar correctamente la futura celebración de la vista oral y de que fue defendido por dos Letrados de su confianza. En casos como éste, el artículo 4 bis de la Decisión Marco sobre la euroorden<sup>2</sup> obliga a las autoridades nacionales a ejecutarla sin condicionar la entrega a la posibilidad de una futura revisión judicial de la condena. Por este motivo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó ejecutar la euroorden en esos términos.

El Sr. Melloni interpuso un recurso de amparo contra esa resolución de la Audiencia Nacional porque, a su juicio, vulneraba el derecho a la defensa (artículo 24.2 CE), tal y como este había sido interpretado por el Tribunal Constitucional. En efecto, de acuerdo con esa interpretación las resoluciones de órganos judiciales españoles que ejecutan una solicitud de extradición<sup>3</sup> o una euroorden<sup>4</sup> para lograr el cumplimiento de una condena impuesta en ausencia vulneraban indirectamente ese derecho, en cuanto que la presencia del condenado en la vista oral se consideraba una exigencia absoluta del derecho a la defensa. Con ello quería decirse que esa garantía integraba la parte de su contenido capaz de desplegar efectos *ad extra*, de tal manera que se consideraba una vulneración indirecta

1 En relación con el planteamiento de estas cuestiones prejudiciales, vid. ARROYO JIMÉNEZ, L., “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional: Bases, contenido y consecuencias”, *InDret*, 4/2011; PÉREZ MANZANO, M., “El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio”, 95 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, 311 ss.; REVENGA SÁNCHEZ, M., “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)”, 41 *Revista Española de Derecho Europeo*, 2012, p. 139 y ss.

2 Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo del 13 de junio, relativa a la orden de detención europea, posteriormente modificada mediante Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo de 26 de febrero.

3 STC 91/2000.

4 SSTC 177/2006 y 199/2009.

del derecho a un proceso con todas las garantías y, en particular, del derecho a la defensa (artículo 24.2 CE), la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la entrega a países que, al menos en casos de delitos muy graves, dieran validez a las condenas en ausencia sin someter su eficacia a la condición de que el condenado pudiera impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa.

La resolución de la Audiencia Nacional recurrida en amparo parecía vulnerar, por tanto, el derecho fundamental aducido, tal y como éste había sido interpretado por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en lugar de estimar el recurso, este último decidió suspender el procedimiento y, por vez primera, formular tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

(i) si el artículo 4 *bis* de la Decisión Marco sobre la euroorden debía efectivamente interpretarse en el sentido de que impide condicionar la entrega a que la condena pudiera ser revisada para garantizar los derechos de defensa;

(ii) si, en caso de que así fuera, el precepto no vulneraba el derecho a la tutela judicial y a un proceso equitativo, así como el derecho a la defensa, pero ahora tal y como estos derechos resultan protegidos por el Derecho de la Unión Europea y, en particular, por los artículos 47 y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), respectivamente; y

(iii) si, en caso de que no lo hicieran, un Estado miembro podría, de conformidad con el artículo 53 CDFUE, condicionar la entrega en los términos señalados en el supuesto de que su Constitución interna otorgara al derecho a la defensa un nivel de protección mayor que el fijado por el Tribunal de Justicia.

En lo que aquí interesa, la segunda cuestión suscitaba dudas respecto a la satisfacción por parte del artículo 4 bis de la Decisión Marco de los requisitos fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de admitir las condenas en ausencia. Incluso en el caso de que éstas se despejaran, todavía quedaba por esclarecer si la Carta protegía o no el derecho a un proceso con todas las garantías con mayor intensidad que el Convenio, tal y como permite el segundo inciso del artículo 52.3 CDFUE.

La tercera cuestión planteaba frontalmente el problema del significado y función del artículo 53 CDFUE, en cuya virtud “[n]inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, (...) por las constituciones de los Estados miembros”. El Tribunal Constitucional identificaba tres posibles lecturas de esta disposición: que permitiera con carácter general a los Estados miembros proteger con mayor generosidad los derechos fundamentales a través de sus respectivas Constituciones, que no lo hiciera nunca o, en fin, que lo hiciera sólo en ocasiones.

De la decisión de la mayoría del Tribunal se apartó el Magistrado PABLO PÉREZ TREMPs, en cuya opinión el Tribunal, en lugar de acordar el reenvío prejudicial,

debería haber desestimado directamente el amparo. Por un lado, consideraba problemática la propia noción de las vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales y, en todo caso, improcedente su aplicación a los mecanismos de cooperación procesal instaurados en el marco del Derecho de la Unión Europea. Por otro lado, incluso en el caso de aplicarse, el Magistrado discrepante entendía que la presencia del condenado en la vista oral no debía considerarse una exigencia absoluta del derecho a la defensa, toda vez que el precepto de la Decisión Marco controvertido impone claramente la obligación de ejecutar la orden y, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habría excluido que las condenas en ausencia impuestas en situaciones como la del asunto principal lesionen el derecho a un proceso equitativo reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El Magistrado PABLO PÉREZ TREMPs celebraba expresamente que el Tribunal se decidiera a hacer uso por vez primera del mecanismo del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, pero consideraba, en definitiva, que éste no era el caso adecuado para hacerlo.

Frente a este criterio, entiendo que las tres cuestiones eran obligadas tanto desde el punto de vista del Derecho europeo, como desde la perspectiva de nuestra Constitución interna.

En cuanto al Derecho de la Unión, el artículo 267 TFUE exigía, en efecto, este reenvío prejudicial. El carácter preceptivo de la cuestión relativa al enjuiciamiento de la validez del artículo 4 bis de la Decisión Marco resulta directamente del monopolio que corresponde al Tribunal de Justicia respecto al juicio de contraste de las normas de Derecho derivado con los Tratados. Un monopolio que no sólo ha sido afirmado por su titular<sup>5</sup>, sino también reconocido por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>. Las cuestiones de interpretación de las disposiciones de Derecho de la Unión Europea (esencialmente, el artículo 4 bis de la Decisión Marco y los preceptos de la Carta a los que se ha hecho referencia), por su parte, eran preceptivas porque los problemas que en ellas se suscitaban, además de ser de enorme relevancia, no habían sido aún afrontados por el Tribunal de Justicia. El Tribunal europeo no se había pronunciado aún, en particular, acerca del contenido del derecho a la defensa y de la relevancia iusfundamental de la presencia del inculcado en la vista oral, ni tampoco sobre la articulación de los dos sistemas de protección de los derechos fundamentales, cuando la Carta y la Constitución interna dispensan niveles de tutela distintos a un mismo derecho. La interpretación de los artículos 47, 48 y 53 CDFUE suscitaba, por tanto, cuestiones nuevas que eran de interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y sobre las que, sencillamente, no existía aún jurisprudencia del Tribunal de Justicia (cfr. artículo 267 TFUE y las Recomendaciones del Tribunal de Justicia

5 STJ, 22/10/1987, As. 314/85, "Foto-Frost", p. y 15 ss.

6 DTC 1/2004, FJ 2.

sobre la interposición de las cuestiones prejudiciales<sup>7</sup>). La lectura conjunta de los dos incisos del artículo 52.3 CDFUE, referidos a la interpretación de la Carta a la luz del Convenio, impedía, por lo demás, entender aplicable la doctrina del acto claro<sup>8</sup>.

Las cuestiones eran también necesarias desde el punto de vista del Derecho Constitucional interno. En efecto, el Tribunal Constitucional había señalado que la determinación de las exigencias absolutas del derecho a un proceso con todas las garantías, esto es, la parte de su contenido que despliega efectos *ad extra*, habría de ser determinada a la vista del Convenio de Roma, por supuesto, pero también del Derecho de la Unión. Y en relación con este último las normas relevantes no serían ni sólo ni principalmente las de la Decisión Marco (según parece entenderse en el voto particular discrepante), sino sobre todo las de la Carta, tal y como son interpretadas por el Tribunal de Justicia. El alcance que el Tribunal de Luxemburgo diera al derecho a la defensa, así como la respuesta que se ofreciera a la funcionalidad del artículo 53 CDFUE eran, por tanto, de una relevancia fundamental a la hora de que el Tribunal Constitucional pudiera construir el canon de enjuiciamiento aplicable a las resoluciones judiciales de ejecución de euroórdenes<sup>9</sup>.

En definitiva, las cuestiones eran necesarias. Pero es que, además, su formulación fue oportuna desde la perspectiva de la política judicial del Tribunal Constitucional. De un lado, las preguntas iban a llegar en todo caso al Tribunal de Justicia, con toda probabilidad a través de cuestiones formuladas por los órganos judiciales encargados de la aplicación de las euroórdenes, que se encontraban vinculados simultáneamente por exigencias incompatibles procedentes de uno y otro sistema. Y la voz del Tribunal Constitucional sólo se iba a escuchar en Luxemburgo si era él quién las planteaba. Una opinión distinta mantienen, de otro lado, quienes consideran que la cuestión prejudicial debe ser utilizada por el Tribunal Constitucional como un mecanismo de último recurso ante una inminente crisis constitucional. Así parece haberla empleado estratégicamente el Tribunal Constitucional Federal alemán en el asunto de la adquisición de deuda soberana por el Banco Central Europeo (BVerfG, 2 BvR 1390/12, del 17/12/2013). La cuestión prejudicial, sin embargo, no debe utilizarse como instrumento al servicio de un pluralismo de confrontación. Si la planteada en el asunto “Gauweiler” por el Tribunal Constitucional alemán es la cuestión del conflicto<sup>10</sup>, la formulada

7 Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, 2012/C 338/01, 12 ss. (DOUE C 338, 6.11.2012).

8 STJ, 06/10/1982, As. 283/81, “CILFIT”, p. 16 y ss.

9 ATC 86/2011, FJ 4 b).

10 STJ (Gran Sala), 16/06/ 2015, C-62/14, “Gauweiler”.

en el asunto “Melloni” por el Tribunal Constitucional español es la cuestión de la cooperación leal.

### III. UNAS RESPUESTAS DESIGUALES

La respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Constitucional en su ATC 86/2011 llegó en 2013 mediante una sentencia dictada por la Gran Sala<sup>11</sup>. Dejando ahora a un lado la primera de las preguntas planteadas, los problemas fundamentales que afronta la sentencia son los dos siguientes: primero, si los derechos a la tutela judicial y a la defensa reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíben o no las condenas impuestas en ausencia en supuestos como el del Sr. Melloni y, segundo, si, en caso de que el nivel de protección que la Carta dispensa a esos derechos (o a cualquier otro) sea inferior al propio de una Constitución interna, los órganos judiciales pueden o no mantener su estándar nacional más elevado. La respuesta del Tribunal de Justicia merece, como se verá, una valoración diferente en relación con cada uno de estos dos asuntos.

Por un lado, en relación con la presencia del inculpado en el juicio, el Tribunal de Justicia hace suyo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>:

“[A]unque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto (...). El acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. Más concretamente, no se produce una vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no ha comparecido en el juicio, cuando haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto”.

11 STJ (Gran Sala), 26/02/2013, C-399/11, “Melloni”. Vid. UGARTEMENDÍA, J. I. y RIPOL, S., “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)”, 46 *Revista Española de Derecho Europeo*, 2013, pp. 151 y ss.; TORRES MUÑOZ, 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)”, 97 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, pp. 343 y ss.; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “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”, 30 *Revista General de Derecho Europeo*, 2013; IZQUIERDO SANS, CRISTINA, Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, 4 *La Ley Unión Europea*, 2013, p. 3 y ss.

12 STEDH (Gran Sala), 01/03/2003, “Sejdovic”. *Italia*, p. 81 y ss.

Siendo ése el canon de control iusfundamental, el artículo 4 bis de la Decisión Marco, lejos de limitar el derecho fundamental, se limitaría a enunciar “[I]as condiciones en las que se considera que el interesado ha renunciado voluntariamente y de forma inequívoca a comparecer en su juicio, de modo que la ejecución de la orden de detención europea para hacer cumplir la pena a la persona condenada en rebeldía no puede someterse al requisito de que ésta tenga derecho a un nuevo proceso, con su presencia, en el Estado miembro emisor”.

Esta respuesta plantea problemas de cierta relevancia. En primer lugar, el tratamiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es discutible. Mientras que Estrasburgo ha exigido la concurrencia simultánea de los dos requisitos controvertidos para admitir que el inculcado ha renunciado implícitamente a su derecho a estar presente en la vista oral<sup>13</sup>, el artículo 4 bis 1 a) de la Decisión Marco y el propio Tribunal de Justicia se conforman con que se cumpla uno sólo de ellos. Al Tribunal parece darle igual, incluso, cuál sea éste (“... cuando haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto”). La diferencia entre lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice y lo que el de Luxemburgo le atribuye no es menor<sup>14</sup>.

En segundo término, al Tribunal Constitucional acaso no le fuera desconocida la jurisprudencia de Estrasburgo cuando formuló su reenvío. Lo que preguntaba a Luxemburgo era más bien si el nivel de protección que la Carta dispensa al derecho fundamental relevante era sólo el del Convenio (artículo 52.3 I CDFUE) o si éste era uno de esos supuestos en los que el Derecho de la Unión otorga un nivel de protección más elevado (artículo 52.3 II CDFUE). No dedicar ni una palabra a este asunto, expresamente planteado en el Auto de remisión, parece sencillamente inadmisibile, especialmente en una decisión que reclama al Tribunal de un Estado miembro que reduzca el nivel de protección de sus derechos fundamentales<sup>15</sup>. El silencio de la Gran Sala a este respecto es particularmente inexplicable si se tiene en cuenta que el Abogado General BOT sí se había enfrentado al problema en sus Conclusiones y había sugerido al Tribunal una respuesta que, con todos los problemas que planteaba, hubiera permitido alcanzar el mismo resultado<sup>16</sup>. En su opinión, el nivel de protección del derecho que se deriva de la Decisión Marco era el adecuado para alcanzar sus objetivos,

13 *Ibíd.*, 87, 89, 92.

14 PÉREZ MANZANO, M., “El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio”, 95 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, p. 327.

15 En sentido crítico, Díez-Hochleitner, J., “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, WP IDEIR N° 17, 2013.

16 TORRES PÉREZ, A., “Melloni in three acts: From dialogue to monologue”, 10 *European Constitutional Law Review*, Issue 2, 2014, p. 308 y ss.

sin que de las tradiciones constitucionales comunes se derive la necesidad de protegerlo más intensamente, tal y como demostraría el hecho de que el precepto se aprobó por unanimidad<sup>17</sup>.

El otro asunto es el relativo a los distintos niveles de protección del derecho fundamental. Que un mismo derecho resulte protegido en distinta medida en el marco de dos (o más) sistemas de protección iusfundamental no necesariamente ha de conducir a un conflicto entre normas. Pero puede, desde luego, hacerlo y “Melloni” era uno de esos casos: la Audiencia Nacional tenía que optar entre ejecutar la euroorden y vulnerar el derecho a la defensa del Sr. Melloni, tal y como éste estaba protegido por el artículo 24 CE, o denegar la solicitud (o condicionar la ejecución) e incumplir la Decisión Marco, cuya validez desde la perspectiva del Derecho primario de la Unión queda confirmada en la sentencia del Tribunal de Justicia. Es en este contexto donde cobra relevancia la cuestión formulada al Tribunal de Justicia: ¿puede el juez español optar por lo segundo a la vista del artículo 53 CDFUE, que dispone que “[n]inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, (...) por las constituciones de los Estados miembros”?

El Tribunal de Justicia, asumiendo, por cierto, una de las posibles lecturas planteadas en el ATC 86/2011, considera que el artículo 53 CDFUE debe interpretarse de manera diferente según los casos. Cuáles sean esos casos y cómo se comporta la Carta en cada uno de ellos resulta de la lectura conjunta de la sentencia “Melloni” y de la sentencia “Åkerberg”, una resolución dictada también por la Gran Sala en la misma fecha<sup>18</sup>.

Por un lado, “... 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”<sup>19</sup>.

En estos casos el artículo 53 CDFUE debe interpretarse en el sentido de que configura el nivel de protección de la Carta como un estándar mínimo común, atribuyendo a esta última, por tanto, una función subsidiaria en la tutela de los derechos fundamentales, en términos semejantes a los que corresponden al Convenio de Roma (artículo 53 del Convenio). Parece como si el Derecho de la

17 Conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012, As. C399/11, “Melloni”, 83 s.

18 STJ (Gran Sala), 26/02/2013, As. C-617/10, “Åkerberg”.

19 *Ibíd.*, 29.



Unión admitiera aquí el desplazamiento de la Carta por parte de las Constituciones nacionales.

Por otro lado, en una situación como la de “Melloni”, en la que la acción de los Estados miembros se encontraba totalmente determinada por el Derecho de la Unión, de manera que aquéllos carecían de margen alguno de maniobra (de hecho, la *ratio* del artículo 4 bis de la Decisión Marco es suprimir la que tenían), las autoridades nacionales no pueden aplicar sus estándares nacionales de protección iusfundamental, incluso siendo estos más elevados, si con ello afectan “a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”<sup>20</sup>. En estos casos, la Carta se comportaría como un instrumento de protección de los derechos fundamentales de carácter federal, en el sentido de que produce el desplazamiento de las constituciones nacionales con independencia del nivel de protección que resulte de cada instrumento.

No es posible desarrollar aquí ni las dificultades que plantea, ni los méritos que presentan las dos resoluciones citadas<sup>21</sup>. Baste decir que la idea del desplazamiento recíproco no permite describir correctamente el resultado al que conduce esta construcción jurisprudencial: ni en las situaciones “Åkerberg” admite el Tribunal de Justicia el desplazamiento de la Carta por las constituciones nacionales, ni el Tribunal de Justicia diseña realmente dos reglas distintas para estos dos grupos de casos.

Lo primero se hace evidente si se tiene en cuenta que el Tribunal de Luxemburgo permite aplicar los estándares nacionales más generosos sólo en la medida en que el Estado miembro que actúa en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión disponga de margen de maniobra para adoptar decisiones diferentes. Es en el ejercicio de ese margen de actuación donde se plantea la posibilidad de que una de las posibles decisiones supere el estándar europeo y no el nacional. “Jeremy F.” es un claro ejemplo y, por referirse a la euroorden, permite contrastar el caso con la solución alcanzada en “Melloni”: la Carta no exige que las resoluciones dictadas en ejecución de una euroorden puedan ser objeto de un recurso suspensivo y la Decisión Marco reconoce a los Estados miembros un margen de maniobra al respecto, en cuyo ejercicio éstos pueden aplicar “sus reglas constitucionales relativas, en particular, al derecho a un proceso equitativo”<sup>22</sup>. Pero, en este tipo de situaciones, la aplicación de la prohibición de optar por la decisión que no supera el estándar nacional y que resulta de la Constitución interna es indiferente desde la perspectiva del Derecho de la Unión. No hay, por tanto, norma europea alguna

20 STJ (Gran Sala), 26/02/2013, C-399/11, “Melloni”, 60.

21 Vid. SARMIENTO, D., “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, 50 *Common Market Law Review*, Issue 5, 2013, p. 1267 y ss.

22 STJ, 30/05/2013, As. C168/13 PPU, “Jeremy F.”, 53.

cuya aplicación resulte desplazada en beneficio de la norma interna porque en esos supuestos no se produce verdaderamente una contradicción internormativa.

Lo mismo ocurre con lo segundo. Tanto en un grupo de casos como en el otro la regla que configura las relaciones entre los dos sistemas es la misma: la Carta impide la aplicación de la norma iusfundamental interna (i) si ésta protege menos el derecho fundamental y (ii) si, incluso de no hacerlo, ello pudiera afectar “a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”. Lo que ocurre es que en las situaciones “Åkerberg” el Tribunal admite la posibilidad de que no se produzca tal efecto, mientras que en las situaciones “Melloni” esa posibilidad queda excluida radicalmente. En definitiva, la aplicación del mismo criterio en contextos diferentes arroja resultados así mismo distintos, pero el criterio del Tribunal es el mismo.

#### **IV. DISPOSITIVOS DE COMUNICACIÓN**

Cuando alguien pregunta a otro es porque, al menos en apariencia, le interesa lo que este último tiene que decir. La Sentencia del Tribunal de Justicia respondía a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional, obligándole a revisar su doctrina acerca de las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa en caso de ejecución de euroórdenes emitidas para hacer cumplir condenas impuestas en ausencia. En la STC 26/2014 el Tribunal Constitucional debía, por tanto, modificar el canon de control iusfundamental aplicado tradicionalmente en estos casos, reducir el nivel de protección de ese derecho y, en consecuencia, desestimar el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Melloni. Sobre esto no debía haber una gran incertidumbre puesto que de la propia resolución de planteamiento se derivaba ya la disposición del Tribunal a modificar su doctrina a la vista de la del Tribunal de Justicia.

Lo que no estaba nada claro era la manera en la que el Tribunal debía realizar esa operación, una cuestión esta de gran relevancia no sólo para el caso concreto, sino, en términos más generales, para la articulación de las relaciones entre el Derecho de la Unión y la Constitución interna. La STC 26/2014 es muy importante porque en ella se plantea cuál debe ser interfaz constitucional que permita la comunicación entre los dos sistemas o, dicho de otro modo, el dispositivo de incorporación de la doctrina jurisprudencial vertida por el Tribunal de Justicia en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales. En ese recurso de amparo, el asunto se refería al derecho a un proceso con todas las garantías (artículos 47 II y 48.2 CDFUE, y 24.2 CE), pero en el futuro puede plantearse a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 47 I CDFUE y 24.1 CE), la prohibición de la discriminación (artículos 20 y 21 CDFUE, y 14 CE), el derecho a la educación (artículos 14 CDFUE y 27 CE) o cualquier otro derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional tenía a este respecto tres alternativas. La primera consistía en incorporar la respuesta del Tribunal de Justicia a través de la doctrina de las vulneraciones indirectas del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), en el marco de procesos de ejecución de resoluciones penales dictadas por órganos extranjeros. De acuerdo con esa construcción, como se ha indicado, para interpretar las exigencias que se derivan del artículo 24.2 CE, en casos como estos hay que tener en cuenta el Derecho europeo. Esta era, en apariencia, la vía de recepción natural a la vista de la cuestión formulada por el Tribunal Constitucional. De acuerdo con el ATC 86/2011, en efecto, si se preguntaba al Tribunal de Justicia era porque su respuesta era necesaria para delimitar el alcance de las exigencias absolutas del derecho reconocido en el artículo 24.2 CE (es decir, aquéllas que despliegan efectos *ad extra*) y, por tanto, para determinar en qué supuestos los órganos judiciales españoles pueden incurrir en una vulneración indirecta cuando ejecutan euroórdenes. En los términos del ATC 86/2011:

“[P]ara precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta (...) revisten especial relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como cualificado criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales que los reconocen” [FJ 2 b), con cita de la STC 91/2000, FJ 7].

Y esta ha sido también la vía de recepción efectivamente utilizada en la STC 26/2014:

“En este contexto, tanto la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio europeo como la realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y de defensa recogidos en los artículos 47 y 48.2 de la Carta, coincidentes en buena medida, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos que nos 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 indirecta en caso de que acuerde la entrega por los poderes públicos españoles” (FJ 4).

Por este camino, el Derecho de la Unión y, en particular, la interpretación que el Tribunal de Justicia realiza de los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (artículos 47 y 48 CDFUE), adquiere una eficacia interpretativa limitada en la resolución del amparo. De un lado, la relevancia de la Carta puede calificarse como interpretativa porque, en lugar de aplicar directamente

al caso sus disposiciones y, con ellas, la regla construida por el Tribunal de Justicia en su interpretación, el Tribunal Constitucional aplica la norma interna interpretando la correspondiente disposición constitucional (artículo 24.2 CE) de conformidad con el Derecho de la Unión. El caso se resuelve aplicando la norma interna, aunque para su interpretación se tenga en cuenta la europea. La frase es en apariencia inocua pero contiene una declaración de enorme relevancia: la respuesta de Luxemburgo, dice el Tribunal, “... nos será de gran utilidad a la hora de determinar aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) que despliega eficacia *ad extra*” (FJ 2).

De otro lado, a través de la doctrina de las vulneraciones indirectas, la eficacia interpretativa de la Carta queda limitada a los procesos de ejecución de resoluciones penales dictadas por órganos extranjeros, pues es éste el ámbito sobre el que se proyecta aquella construcción. Más particularmente, el problema es entonces determinar si la eficacia interpretativa de la Carta y, con ella, el alcance del *overruling* al que aquélla conduce debe quedar restringido a las resoluciones judiciales por las que se ejecutan euroórdenes para hacer cumplir condenas impuestas en ausencia, que es el supuesto al que se referían las quejas del Sr. Mello ni, o si también se proyecta sobre las solicitudes de extradición. La STC 26/2014 opta claramente por extender la reducción del nivel de protección más allá de la euroorden, con cita expresa de la STC 91/2000, referida a las extradiciones:

“Así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 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 conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado. En consecuencia, ello nos debe conducir derechamente a la desestimación del presente recurso de amparo...” (FJ 4).

Existían argumentos para limitar el *overruling* a las euroórdenes. En especial, el nivel de confianza recíproca exigible (y admisible) que opera como presupuesto del reconocimiento mutuo (y, por tanto, de la renuncia a aplicar el estándar nacional) es mayor dentro que fuera del sistema de la Unión. A esta cuestión apunta el voto particular formulado por el Magistrado ANDRÉS OLLERO a la STC 26/2014, en el que se cuestiona la conveniencia de reducir el estándar de protección no sólo en los casos de ejecución de euroórdenes dictadas por otros Estados miembros, sino también en relación “a la inmensa mayoría de países ajenos a la Unión Europea”, esto es, en las extradiciones. El problema es que esa consideración es muy relevante en el contexto del Derecho de la Unión, pero no tanto desde la perspectiva de la doctrina de las vulneraciones indirectas. En

efecto, es difícil justificar por qué la misma condena impuesta en ausencia vulnera o no el contenido absoluto del derecho a la defensa (artículo 24.2 CE) en función de que la hayan impuesto los tribunales italianos o los suizos. Pese a todo, acaso podía haberse realizado un esfuerzo adicional para tratar de limitar más estrictamente el alcance de la revisión doctrinal al supuesto que el Tribunal tenía ante sí planteado.

La segunda posibilidad de recepción consistía en incorporar la respuesta del Tribunal de Justicia a través del artículo 10.2 CE: para determinar las exigencias que se derivan con carácter general del artículo 24.2 CE es preciso interpretar esta disposición constitucional de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que se encuentra la Carta tal y como es interpretada por el Tribunal de Justicia. Por esta vía el Derecho de la Unión y, en particular, la interpretación que el Tribunal de Justicia realiza de los derechos recogidos en la Carta, adquiriría una eficacia interpretativa general. Los efectos del pronunciamiento del Tribunal de Justicia continuarían siendo meramente interpretativos. Su alcance, sin embargo, no quedaría circunscrito a la determinación de las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías que tendrían efectos *ad extra*, sino que se proyectaría también sobre supuestos puramente internos. Esto pone de manifiesto que la doctrina de las vulneraciones indirectas constituye realmente un caso especial de aplicación del artículo 10.2 CE que se individualiza por la limitación de su alcance.

A través de esta segunda vía de recepción, la reducción del nivel de protección derivado del artículo 24.2 CE no sólo operaría respecto de las resoluciones judiciales españolas dictadas a raíz de euroórdenes o solicitudes de extradición formuladas por autoridades judiciales extranjeras, sino también respecto de las condenas en ausencia impuestas por nuestros propios tribunales penales, y aún frente al legislador procesal penal. Los primeros podrían vulnerar la ley en caso de imponer condenas en ausencia en los supuestos en los que el artículo 786.1 II LECrim no permite tal cosa (básicamente, penas superiores a dos años), pero si se cumplen las condiciones fijadas en la Decisión Marco y que, según el Tribunal de Justicia, delimitan el contorno de los derechos recogidos en los artículos 47 y 48 CDFUE, ya no lesionarían al hacerlo el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE). El segundo, por su parte, podría modificar el artículo 786.1 II LECrim para permitir las condenas en ausencia por delitos graves siempre que se cumplieran las citadas condiciones, sin que ello planteara problemas de constitucionalidad desde la perspectiva de este derecho fundamental.

Hay, a mi juicio, buenas razones para revisar el alcance de la doctrina constitucional sobre las condenas en ausencia y las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías que despliegan efectos *ad intra*. Una de ellas es que, si el inculcado conocía la futura celebración de la vista y las posibles consecuencias

de su ausencia pero decidió de manera voluntaria no comparecer personalmente (por ejemplo porque decidió sustraerse a la acción de la justicia), y aún así estuvo representado y asistido en la vista por letrado, difícilmente puede afirmarse que, desde un punto de vista material, haya padecido verdadera indefensión. Una vez puestos en la tesitura de extender la regla a los casos puramente internos, el artículo 10.2 CE estaría llamado a servir a ese propósito al permitir atribuir al Convenio de Roma y a la Carta eficacia interpretativa general<sup>23</sup>. Sin embargo, no hay nada en la STC 26/2014 que permita afirmar que el Tribunal Constitucional ha iniciado ese camino. En definitiva, más allá de los casos de ejecución de eu-róórdenes y solicitudes de extradición, el artículo 24.2 CE continúa prohibiendo al legislador y a los tribunales penales, respectivamente, permitir e imponer condenas en ausencia por delitos graves.

La tercera vía de recepción consistía en resolver el caso aplicando directamente el Derecho de la Unión y, con él, la interpretación que de la Carta realizó el Tribunal de Justicia: encontrándonos dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, éste desplazaría sin más a las normas internas que resultan incompatibles con él, de tal modo que el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Melloni no habría de resolverse de conformidad con el canon de control que resulta del artículo 24.2 CE, sino aplicando directamente la Decisión Marco y los artículos 47 y 48 CDFUE. Por este camino, la Carta adquiriría una eficacia directa limitada: directa en cuanto que no meramente interpretativa de las disposiciones internas y limitada porque ella misma constriñe su eficacia a los supuestos que se encuadran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Fuera de ellos, la Carta aún podría adquirir relevancia interpretativa general en los términos del artículo 10.2 CE o, en su caso, eficacia interpretativa limitada a través de la doctrina de las vulneraciones indirectas si ésta última es relevante por razón de la materia. Así mismo, dentro de su ámbito de aplicación la Carta no impediría tomar en consideración estándares de protección constitucionales más generosos en el caso de que ello no condujera a una verdadera contradicción internormativa, tal y como puede ocurrir en una situación “Åkerberg”.

Esta era la vía auspiciada por las Magistradas ADELA ASÚA y ENCARNACIÓN ROCA a la SCT 26/2014<sup>24</sup>. En el voto particular de la primera se afirma: “... el fundamento jurídico de la aplicación a las personas afectadas por una orden europea

23 Con todo, las divergencias entre ambos instrumentos señaladas *supra* 2. plantearían en tal caso numerosas dificultades.

24 Cfr. también UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. Y RIPOL CARULLA, S., “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)”, 50 *Revista Española de Derecho Europeo*, 2014, pp. 105 ss.; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni”, 48 *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, 2014, p. 603 y ss.

de detención y entrega del nivel de protección que deriva del Derecho de la Unión no puede ser una norma interna como el artículo 24.2 CE, por mucho que sea interpretada vía artículo 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 (FJ 4) (...). La idea de que esta jurisdicción no aplica derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española, si bien convenientemente interpretados de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección reconocido en la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente”.

No hay duda de que esta es la solución que resulta del Derecho de la Unión, cuyas normas desplazan en caso de conflicto a las normas de Derecho interno de sus Estados miembros en virtud del principio de primacía. Desde la perspectiva del Derecho europeo, por tanto, el Tribunal Constitucional no debía tomar en consideración el Derecho de la Unión al objeto de interpretar las disposiciones de la Constitución, sino limitarse a aplicar la Decisión Marco reguladora de la euroorden de conformidad con la interpretación de los artículos 47 y 48 CDFUE realizada por el Tribunal de Justicia. Pero es que además, y ahora desde la perspectiva del Derecho interno, la Constitución permite su propio desplazamiento por las normas de Derecho de la Unión en los casos comprendidos en el ámbito de aplicación de este último de conformidad con el artículo 93 CE. El voto particular de la Magistrada ENCARNACIÓN ROCA destaca el diferente fundamento constitucional de la aplicación de las normas europeas en uno y otro caso: “... no nos encontramos ante Tratado Internacional a los efectos dispuestos en el artículo 10.2 CE, sino ante un sistema incluido como consecuencia de la cesión de competencias llevada a cabo a través del artículo 93 CE”.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido tradicionalmente esta diferenciación. Por ejemplo, en la DTC 1/2004 sostuvo lo siguiente:

“La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la

Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el artículo I-6 del Tratado.

(...) Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las –competencias derivadas de la Constitución–, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el artículo 93 CE.

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

## V. DESPUÉS DE “MELLONI”

Y, sin embargo, la mayoría acertó. Tal y como trataré de justificar a continuación, la elección realizada por la STC 26/2014 descansa en sólidos argumentos jurídico-constitucionales y en prudentes razones de política judicial.

Los votos discrepantes de las Magistradas ADELA ASÚA y ENCARNACIÓN ROCA describen correctamente la manera en que el Derecho de la Unión Europea vincula a los órganos integrantes del poder judicial. El Derecho de la Unión vincula al juez ordinario en los términos de los artículos 93 y 10.2 CE, respectivamente, según que el asunto se encuentre o no dentro de su ámbito de aplicación. En definitiva, en casos como el del Sr. Melloni, los juzgados y tribunales deben aplicar directamente el Derecho de la Unión Europea, también en lo que respecta a los derechos fundamentales.

Sin embargo, a la hora de resolver un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional no puede colocarse a sí mismo en la posición que diseña el artículo 93 CE. O, para ser precisos, en caso de hacerlo, el Tribunal no debería entrar en el fondo del asunto sino inadmitir la demanda de amparo. La Constitución y su Ley Orgánica no encomiendan al Tribunal Constitucional resolver los recursos de amparo que ante él se interpongan con independencia de cuál deba ser el parámetro de control aplicable. La jurisdicción del Tribunal alcanza, por el contrario, a resolver los recursos en los que se aduzca la vulneración de un derecho de los mencionados en el artículo 53.2 CE, siempre que el canon de control que resulte



aplicable sea el derivado de las disposiciones constitucionales a las que ese precepto se remite. Eso no significa que el Tribunal no deba interpretar y aplicar disposiciones que no pertenecen a la Constitución, tanto de Derecho europeo como de Derecho interno, cuando resuelve un recurso de amparo, pero ello sólo puede tener lugar si el asunto se mantiene dentro del ámbito de la jurisdicción del Tribunal Constitucional y, por tanto, en caso de que sea la Constitución interna la que opere como parámetro de control iusfundamental.

A diferencia de los órganos del Poder Judicial (así, por ejemplo, la Audiencia Nacional en el marco de una euroorden), es discutible, por tanto, que el Tribunal Constitucional tuviera jurisdicción para resolver un recurso de amparo interpuesto por la vulneración de, pongamos, el derecho a la legalidad sancionadora, si el canon aplicable no fuera el derivado del artículo 25.1 CE sino el que resulta del artículo 49.1 CDFUE. Cuestión distinta, como se ha dicho, es que, con carácter general, el segundo pueda y deba ser tomado en consideración por el propio Tribunal en el marco del primero y, en esa medida, también aplicado en los términos del artículo 10.2 CE. Obviamente, esta cuestión no tiene nada que ver con la (indiscutida ya) consideración del Tribunal Constitucional como un órgano jurisdiccional en el sentido del Derecho de la Unión, sino con el alcance de la jurisdicción que la Constitución le otorga. En definitiva, el desplazamiento del Derecho interno a través del 93 CE afecta al Poder Judicial pero no al Tribunal Constitucional, porque, desde la perspectiva de este último, si se produjera tal desplazamiento con él desaparecería también su jurisdicción. En esos casos, no habría que resolver el recurso de amparo aplicando el 49.1 CDFUE: habría que inadmitirlo.

Esta es, por lo demás, la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con los recursos interpuestos contra actos de los poderes públicos nacionales que implementan Derecho de la Unión cuando éste no deja margen alguno de actuación (es decir, en situaciones “Melloni”). La recepción del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional a través del artículo 93 CE no llevaría al resultado sugerido en los votos particulares, es decir, a la resolución sobre el fondo aplicando el Derecho de la Unión Europea, sino a otro bien distinto como es la inadmisión del recurso. Tal y como ha afirmado recientemente T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: “... no puede descartarse que en el futuro, el Tribunal Constitucional español, en línea con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán, renuncie a confrontar con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución aquellos actos de los poderes públicos españoles dictados en aplicación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación, por considerar que se da una equivalencia en la protección dispensada por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, propugnar la necesidad de que el Tribunal Constitucional deje en suspenso su capacidad de controlar los actos de los poderes públicos

nacionales que aplican el Derecho de la Unión sin margen de apreciación, es algo enteramente distinto a propugnar la conversión del Tribunal Constitucional en un órgano aplicador del Derecho de la Unión, como propugnan los referidos votos particulares a la STC 26/2014”<sup>25</sup>.

Esta última referencia pone de manifiesto que en asuntos como éste no sólo se plantea el problema de la selección de la norma aplicable al caso, sino también la determinación del concreto impacto que la entrada de España en las Comunidades Europeas y la posterior evolución del proceso de integración ha tenido sobre el sistema constitucional español. Lo que está en juego es, en otras palabras, la configuración de los términos de la mutación constitucional generada por el proceso de integración europea. Por este motivo, tras la elección de la vía de recepción de la doctrina del Tribunal de Justicia se esconden, inevitablemente, consideraciones de política constitucional.

De cara al futuro, más precisamente, el Tribunal tiene ante sí planteados tres posibles cursos de actuación. El primero consiste en mantener la solución de la mayoría en la STC 26/2014 e incorporar el Derecho de la Unión a través del artículo 10.2 CE o, en su caso, de la doctrina de las vulneraciones indirectas si ésta resulta aplicable por razón de la materia. En ambos casos, ello supone atribuir a la Carta y a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia una eficacia puramente interpretativa. El segundo es al que propiamente conduce la aplicación del artículo 93 CE y consiste en inadmitir a trámite los recursos y cuestiones relacionados con normas y actos internos dictados en ejecución del Derecho de la Unión Europea sin margen de actuación (situaciones “Melloni”), manteniendo abierta la vía del artículo 10.2 CE para otros casos (situaciones “Åkerberg”). El tercer curso de actuación es la solución que propugnan los votos particulares formulados a la STC 26/2014 por las Magistradas ADELA ASÚA y ENCARNACIÓN ROCA, en cuya virtud el artículo 93 CE permitiría al Tribunal Constitucional aplicar directamente el Derecho de la Unión como canon de control en la resolución del recurso de amparo, con el correspondiente desplazamiento de las normas constitucionales internas, manteniendo también abierta la vía del artículo 10.2 CE para otras situaciones. Por los motivos señalados, esta alternativa llevaría aparejada una importante transformación del alcance de la jurisdicción y aún de la propia posición institucional del Tribunal Constitucional.

Considero que en el momento presente el Tribunal Constitucional haría bien en mantener su criterio: la Carta y la doctrina del Tribunal de Justicia vertida en su aplicación pueden vincular a los tribunales ordinarios, según los casos, directamente a través del artículo 93 CE o por vía interpretativa a través del artículo

25 DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”, WP IDEIR N° 23, 2015, p. 27 y ss.

10.2 CE, mientras que al Tribunal Constitucional sólo lo hacen en los términos este último precepto citado.

En primer lugar, adoptar el criterio del Tribunal Constitucional Federal alemán supondría, paradójicamente, renunciar a participar en el proceso de interpretación de los derechos fundamentales en Europa en un buen número de asuntos (en principio, todos aquellos en los que el Derecho de la Unión no deja margen de maniobra a los Estados miembros). Los interlocutores del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales pasarían a ser exclusivamente los tribunales ordinarios. Además, la intervención de los Tribunales Constitucionales sólo llegaría a plantearse en términos de conflicto a través de las doctrinas dirigidas a limitar el alcance de la primacía del Derecho de la Unión. El diálogo judicial formalizado que permite la cuestión del artículo 267 TFUE conduciría aquí, inevitablemente, tal y como se ha indicado en relación con el caso “Gauweiler”<sup>26</sup>, a un pluralismo de confrontación. Frente a ello, el caso “Melloni” pone de manifiesto que el artículo 10.2 CE permite al Tribunal Constitucional participar activamente en un proceso de interpretación colectiva de los derechos fundamentales en Europa basado en la cooperación leal, sin comprometer la primacía del Derecho de la Unión ni la competencia que corresponde en su interpretación al Tribunal de Justicia.

En segundo término, adoptar el criterio de las Magistradas discrepantes plantea no menos dificultades. Un buen número de recursos de amparo se interponen en ámbitos en los que la Administración o los jueces están sometidos al Derecho de la Unión. La vía del artículo 93 CE conduciría entonces a que esos recursos no se resolvieran por aplicación de las normas constitucionales sino de las de la Carta. El efecto de sustitución (no de influencia o información) del canon de control se proyectaría, así, sobre una parte muy importante de los asuntos a los que se enfrenta el Tribunal. En el escenario anterior estos asuntos deberían inadmitirse; en éste, las normas de la Constitución deberían quedar inaplicadas. Esto último es bien conocido para el caso de los tribunales ordinarios, pero resulta, creo, insólito, entre los Tribunales Constitucionales europeos. Como ocurre con carácter general en los procesos de transformación, también en éste sería aconsejable no ser ni los últimos ni los primeros.

En tercer lugar, cualquiera de las dos versiones del artículo 93 CE plantea importantes problemas de implementación. Así, por ejemplo, en cada recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (y, por lo tanto, de la Carta) habría que decidir y justificar si el desplazamiento del Derecho constitucional interno es admisible o no desde el punto de vista de los límites constitucionales al principio de primacía. Dicho desde la perspectiva del propio Derecho de la Unión (aunque dista de estar

26 Cfr. *supra* II.

claro que las dos perspectivas sean simétricas), en todos esos recursos habría que determinar si la aplicación de la Carta y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia afecta o no a la identidad constitucional de España (artículo 4 TUE). Esa valoración tendría que realizarse en buena parte de las resoluciones de amparo del Tribunal Constitucional, pues sería necesaria para delimitar su jurisdicción o, en su caso, determinar el canon de enjuiciamiento constitucional aplicable.

Por último, no es evidente que los Tribunales Constitucionales nacionales deban aceptar en el momento presente la definitiva federalización de la justicia constitucional en Europa en un ámbito, como el de los derechos fundamentales, al que el Tribunal de Justicia se aproxima aún con una perspectiva de análisis y un aparato metodológico tributarios fundamentalmente del Derecho económico. Dicho con otras palabras, acaso sería más conveniente esperar a que el Tribunal de Luxemburgo diera muestras de haber asumido efectivamente su condición de juez de los derechos fundamentales protegidos en la Carta. La propia sentencia “Melloni” y, en particular, el discutible tratamiento de la cuestión relativa a la delimitación del contenido de los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (artículos 47 y 48.2 CDFUE), junto a otras resoluciones recientes del Tribunal de Justicia (por ejemplo, “G. y R.”<sup>27</sup>, “Textdata Software”<sup>28</sup>, “Léger”<sup>29</sup>), parecen sugerir que ese momento aún no ha llegado. Reformulando el título del trabajo citado de D. SARMIENTO, quizás la pregunta no sea quién teme a la Carta, sino quién teme a su Tribunal.

Por estas razones sería prudente que, al menos por el momento, el Tribunal se mantuviera en su criterio. El Derecho de la Unión Europea no requiere que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros acepten explícitamente su función de aplicación directa de la Carta, siempre que ello no conduzca a resultados incompatibles con su primacía y efectividad. Dicho en otros términos, el Derecho de la Unión permite que los Tribunales Constitucionales nacionales mantengan su propia narración constitucional, siempre que se adecuen materialmente a sus exigencias sorteando el conflicto entre los dos sistemas<sup>30</sup>. La estrategia seguida en “Melloni” demandará al Tribunal ir amoldando su jurisprudencia caso a caso a la evolución del Derecho de la Unión. Se trata de un camino difícil, pero muy propio de un marco de pluralismo constitucional como el europeo. En un

27 STJ, 10/09/ 2013, As. C383/13 PPU, “G. y R”.

28 STJ, 26/09/2013, As. C418/11, “Textdata Software”. Sobre esta resolución y la reciente citada, desde esta perspectiva, vid. ALONSO GARCÍA, R., *El juez nacional en la encruzijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas, 2014, p. 52 y ss.

29 STJ, 29/04/2015, C528/13, “Léger”.

30 Explícitamente en relación con el artículo 4 TUE, cfr. LINDEN-RETEK, PAUL P. “Cosmopolitan law and time: Toward a theory of constitutionalism and solidarity in transition”, 4 *Global Constitutionalism*, Issue 2, 2015, pp. 157 y ss.

contexto como éste, el diálogo judicial no consiste tanto en resolver en abstracto estériles debates acerca de la primacía y la *kompetenz-kompetenz*. De lo que se trata es, más bien, de lograr una leal y prudente acomodación de las exigencias que resultan de los diversos sistemas, con la finalidad de prevenir y, en su caso, resolver los conflictos que entre ellos inevitablemente se producen, toda vez que ambos pretenden fundamentarse en sus propias reglas de reconocimiento.

# EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

## I

### *Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*

Dirección

**ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA**

Prólogo

**SERGIO G. FERNÁNDEZ**

---

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE  
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA  
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO  
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI  
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA  
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA  
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO  
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS  
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI  
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ  
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY  
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Octubre de 2016*

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina